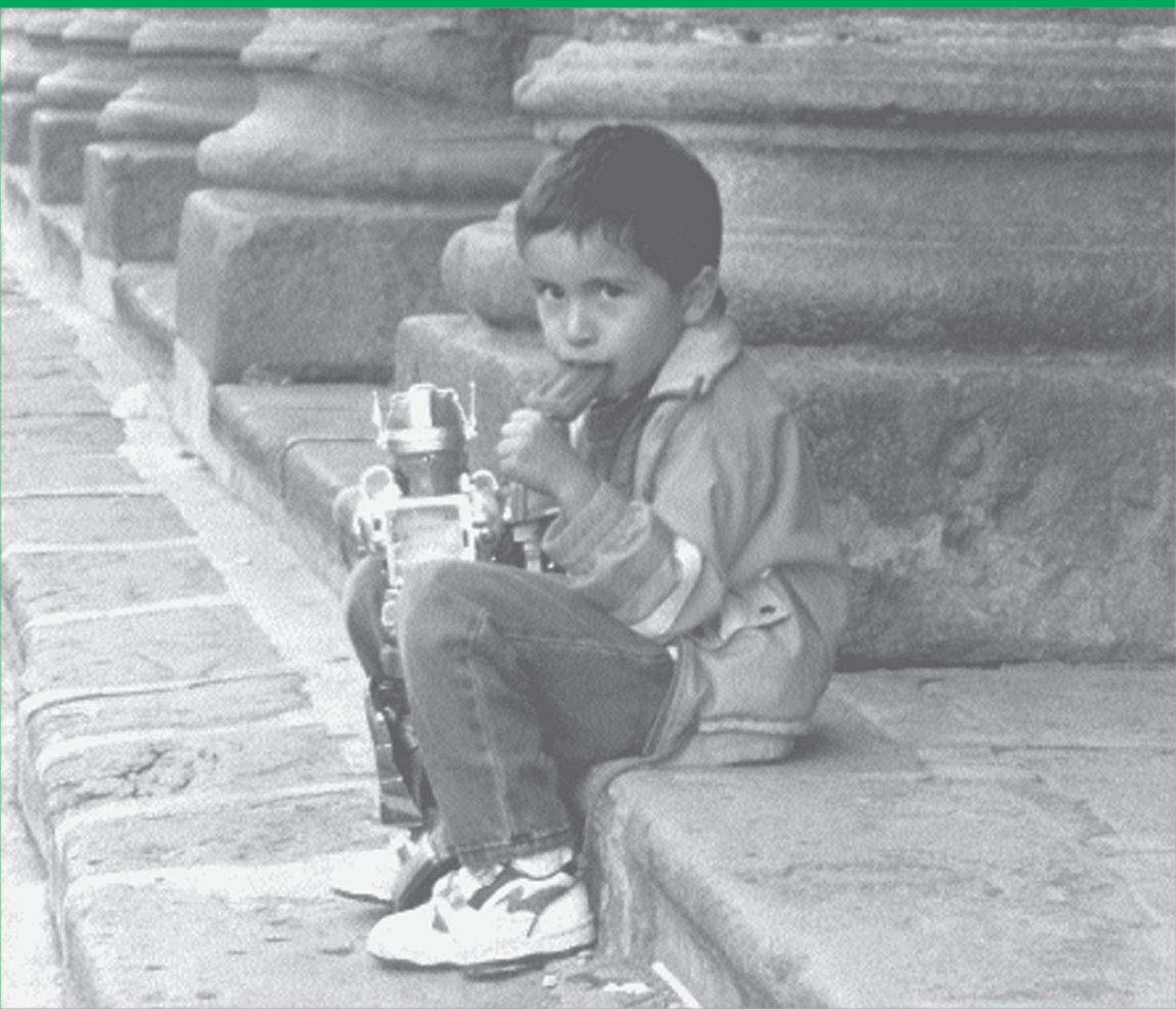


La defensa oficial

*y su impacto en
la jurisprudencia
(parte III)*



Ministerio Público de la Defensa

**XVI Reunión Anual del Ministerio Público de la Defensa
Buenos Aires,
30 de noviembre de 2012**

Defensoría General de la Nación
www.mpd.gov.ar



Foto de tapa: "Niño mirando al sudeste"
de María Fernanda López Puleio

© 2012 Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación
www.mpd.gov.ar
Callao 970 - CP 1023
Ciudad de Buenos Aires

Tirada: 300 ejemplares

Defensoría General de la Nación

Defensora General de la Nación

Dra. Stella Maris Martínez

Defensora Pública Oficial a cargo de la Secretaría General de Política Institucional

Dra. María Fernanda López Puleio

Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

Dra. Sandra E. Yapur

Secretario General de Superintendencia y Recursos Humanos

Dr. Patricio Giardelli

Administrador General

Cdr. Gabriel Torres

Contenidos:

Laura Folch y Tamara Tobal

Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia

Coordinación Editorial:

Subsecretaría de Comunicación Institucional

Secretaría General de Política Institucional

Índice

Parte I. Niños, Niñas y Adolescentes

1. Intervención del Ministerio Público

Caso “D., J. B. y otro c/ EN- Servicio Penitenciario Argentino y otro s/ daños y perjuicios” 11

- Contesta vista por Recurso Extraordinario Federal interpuesto por la codemandada, presentación del **Dr. Julián Langevin**, Defensor Público Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

2. Restitución Internacional de Menores

Caso “F. R., F. C. c/ L. S., Y. U. s/reintegro de hijo” 19

- Recurso Extraordinario Federal presentado por la **Dra. Inés Aldanondo**, Defensora ad-hoc de la Defensoría General de la Nación, Secretaria Letrada titular del Equipo de trabajo creado por Resolución DGN N° 643/08
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Parte II. Las mujeres y el aborto

Caso “F., A. L. s/medida autosatisfactiva” 35

- Contesta vista, presentación interpuesta por la **Dra. Stella Maris Martínez**, Defensora General de la Nación y por el **Dr. Julián Langevin**, Defensor Público Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Parte III. Migrantes. Trámite de expulsión.

Caso “Lambert Correa, Deilys” 97

- Recurso de Casación presentado por la **Dra. Patricia García**, Secretaria Letrada y Defensora ad hoc a cargo de la coordinación de la Unidad de Letrados Móviles ante los Jueces de Ejecución de los Tribunales Orales en lo Penal Económico
- Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I

Parte IV. Pueblos Originarios

Caso “Comunidad Indígena Toba La Primavera –Navogoh- c/ UNAF y/o Provincia de Formosa s/ Medida Cautelar” 111

- Medida cautelar de no innovar interpuesta con el patrocinio letrado del **Dr. Gonzalo Javier Molina**, Defensor Público Oficial ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda instancia de Resistencia, Chaco
- Resolución del Juzgado Federal N° 1 de Formosa

Parte V. La criminalización de la protesta social

Caso “Fiscal c/Landeiro, Oscar y otros s/Av. Inf. Arts. 194 del CP”.....	135
- Fundamento del Recurso de Apelación presentado por la Dra. María Paz García , Defensora <i>ad hoc</i> designada para cumplir funciones ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de Mendoza	
- Sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza	

Parte VI. Derecho Procesal Penal

1. Cauciones

Caso “Amador, Martín Fiorentino s/recurso de casación”	145
- Recurso de Casación interpuesto por el Dr. Marcelo Eduardo Arrieta , Defensor Público Oficial ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Córdoba	
- Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV	

2. Principio de insignificancia

Caso “Murua, Laura p.s.a. de circulación de moneda falsa”	155
- Fundamento del Recurso de Apelación presentado por la Dra. María Mercedes Crespi , Defensora Pública Oficial Subrogante ante la Cámara Federal de Córdoba	
- Sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala B	

Parte VII. Derecho Penal. Responsabilidad de las personas jurídicas

Caso “Coker S.A s/recurso de casación”	169
- Recurso de Casación interpuesto por el Dr. Juan Martín Hermida , Defensor Público Oficial ante los Jueces y Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal N°1, actuando como subrogante de la Defensoría Pública Oficial ante los Juzgados Nacionales en lo Penal Tributario	
- Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I	
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa “ <i>Fly Machine SRL s/recurso de casación</i> ”	

Parte VIII. Ejecución de la pena

1. Sanciones disciplinarias

Caso “San Martín, Jaime Alejandro”	191
- Presentación de la Dra. Virginia Sansone , Defensora Pública Oficial ante los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal N° 1	
- Sentencia del Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 3	

2. Reincidencia

Caso “Deheza, Héctor Floro s/recurso de casación”	203
- Recurso de Casación interpuesto por el Dr. Jorge Perano , Defensor Público Oficial ante el Juzgado Federal de Primera Instancia de Bell Ville, Córdoba, a cargo de la Unidad de Control de la Pena ante los Tribunales Orales N° 1 y 2 de Córdoba	
- Sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II	

Parte IX. Derecho Civil. Medidas cautelares

- Caso “*Pardo, Héctor Paulino y otro c/Di Cesare, Luis Alberto y otro s/art. 250 CPC*” 231
- Recurso de Queja y Recurso Extraordinario Federal presentado por la **Dra. María Cristina Martínez Córdoba**, Defensora Pública de Menores e Incapaces ante los Tribunales Nacionales de Segunda Instancia en lo Civil, Comercial y del Trabajo
 - Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Parte X. Derecho a la Salud. Salud mental

- Caso “*Habeas Corpus en favor del Sr. Alexis Germán Giambisi*” y “*Habeas Corpus a favor del Sr. Diego Alejandro Dre*” 247
- Habeas Corpus interpuesto por la **Dra. María Florencia Hegglin**, Defensora Pública Oficial interinamente a cargo de la Defensoría Oficial ante los Tribunales Orales en lo Criminal N° 3, y la **Dra. Liliana Iurman**, Tutora Pública, ambas Co-titulares de la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional Neuropsiquiátrico de la Defensoría General de la Nación
 - Resolución del Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 2 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora

Parte I. Niños, niñas y adolescentes

1. Intervención del Ministerio Público

El Defensor Público Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, **Dr. Julián Langevín**, contestó el traslado que le fue conferido en virtud del Recurso Extraordinario Federal interpuesto por la codemandada Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal.

En el planteo, el Dr. Langevín solicitó la nulidad de lo dispuesto por los tribunales inferiores por omitir dar intervención al Ministerio Público de Menores en el caso donde era parte un menor de edad.

La CSJN hizo lugar a lo solicitado por la Defensa Pública y destacó que el Ministerio Público de Menores es parte esencial y legítima en todo asunto en el que intervenga un menor de edad, debiendo incluso participar en forma promiscua con el fin de asistirlo y articular todos los medios que provean a su mejor defensa en juicio, bajo pena de nulidad de todo acto llevado a cabo sin su participación (arts. 59, 493 y 494 del Código Civil y 54 de la ley Orgánica de Ministerio Público Nº 24.946).

2. Restitución Internacional de Menores

La **Dra. Inés Aldanondo**, Defensora ad-hoc de la Defensoría General de la Nación y titular del Equipo de trabajo creado por Resolución DGN Nº 643/08, interpuso un Recurso Extraordinario Federal en el cual solicitó la restitución de las menores T. L. y B. N. F. L. a su lugar de residencia habitual en la República de Perú, con la mayor urgencia posible. La CSJN hizo lugar a lo solicitado por la defensa pública, revocó la sentencia apelada y dispuso la restitución de las menores dejando en claro el alcance de la obligación estatal y la urgencia que debe primar en este tipo de procesos.

Julián Horacio Langevín, Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, constituyendo domicilio en la calle Paraguay 1855, 1° piso (contrafrente), Capital Federal, vengo a contestar la vista conferida a fs. 365.

- I.** En atención a lo que surge de estos obrados, asumo la representación que por ley le corresponde al Ministerio Público de la Defensa (cf. arts. 59 CC y 54, incisos “a”, “b”, “c”, “d”, “e”, “f”, e “i” de la Ley N°24.946), respecto de los menores J. G. D, nacido el 14 de mayo de 1993, y de J. B. D., nacida el 6 de marzo de 1995 (cf. fotocopias de las partidas de nacimiento glosadas a fs. 43/45 respectivamente de los autos principales).
- II.** En tal carácter, paso a expedirme con relación al recurso extraordinario federal concedido a fs.355, el cual fuera interpuesto por la codemandada Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal a fs. 337/350 vta., contra la sentencia dictada el 10 de febrero de 2009 por la Sala IV de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (cf. fs. 329/332vta.). Tal resolución confirmó parcialmente la sentencia de grado, en cuanto hizo lugar a la acción interpuesta por la actora, y la revocó, en cuanto a la excepción del pago en bonos, conforme lo expuesto en el considerando 12.
- III.** Respecto a la procedencia formal, entiendo que en el *sub lite* se encuentra en juego el alcance e interpretación de normas que integran el bloque de constitucionalidad (arts. 16, 17, 18 y 75 inc. 22 C.N.) y el decisorio impugnado ha sido contrario a las pretensiones que la recurrente fundara en ellas (cf. art. 14, inc. 3°, de la ley 48; Fallos: 323:3804; 324:1648, 2193, entre otros y Fallos: 326:2906). Por ello, considero que el remedio federal deducido ha sido correctamente concedido.
- IV.** Sentado ello, de una atenta lectura de la causa se desprende con meridiana claridad que **se ha omitido conferir intervención al Ministerio Público de Menores, fundamentalmente con posterioridad al dictado del pronunciamiento de la Alzada**, lo que sin dudas conculca las garantías de defensa en juicio, del debido proceso legal, de acceder a la justicia en un pie de igualdad; como así también, el derecho que tiene todo niño a ser oído (arts. 16, 18 de la Constitución Nacional; art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño), lo cual torna al procedimiento nulo, de nulidad relativa.

Así, la última intervención que se registra es al momento de ejercer la facultad de alegar que confiere el artículo 482 del C.P.C.C.N. y si bien la sentencia de grado resultó favorable al interés de los niños, la sentencia de Cámara dictada tras el recurso de la demandada modificó parcialmente lo decidido en perjuicio de estos.

Como podrá apreciar V.E., deviene palmario que se ha privado a los menores de la representación que ejerce el Ministerio Pupilar -con la consiguiente imposibilidad para mi colega de la instancia anterior de interponer de considerarlo pertinente- el correspondiente recurso extraordinario, con

sustento en el gravamen irreparable que le ocasiona la sentencia en crisis, en cuanto revoca parcialmente la decisión de grado, y resuelve que en el *sub lite* no encuadra en la excepción del artículo 18 de la ley 25.344.

Tal omisión, no puede quedar subsanada con la vista que se me confiere; en atención a que tal omisión ha generado un grado de indefensión, que acarrea, en definitiva, un proceso “injusto”.

Así, surge palmariamente, que su edad los ha colocado en una situación de vulnerabilidad frente al resto de las partes, pues conforme a *las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (Doc. presentado por el Grupo de Trabajo a la Tercera Reunión Preparatoria Andorra, 4 al 8 de febrero de 2008)*, se considera personas en situación de vulnerabilidad, a aquellas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico-; y mis defendidos se vieron claramente impedidos de ejercer su derecho de recurrir ante el Superior (art. 27 de la ley de Protección Integral de los derechos de niños, Niñas y Adolescentes, Ley Nº 26.061). Máxime, **teniendo en cuenta de que el letrado apoderado de la parte actora consintió dicho decisorio.**

Nuestro ordenamiento legal, establece que el Ministerio Público de Menores es parte esencial y legítima en todo asunto en el que intervenga un menor de edad, debiendo incluso participar en forma promiscua con el fin de asistirlo y articular todos los medios que provean a su mejor defensa en juicio, bajo pena de nulidad de todo acto llevado a cabo sin su participación (arts. 59, 493 y 494 del Código Civil y 54 de la ley Orgánica de Ministerio Público Nº 24.946). A mayor abundamiento, cabe puntualizar, que la doble representación legal prevista por la normativa precitada, tiene por finalidad controlar que no exista contraposición con los intereses de sus representantes legales, quienes como se ve en innumerables casos, no siempre actúan diligentemente, ya sea por falta de buena fe o bien por otras circunstancias no reprochables que pudieran impedírselo.

Así, en las presentes actuaciones, como lo ha sostenido ese Alto Tribunal en casos análogos, “*...se soslayó conferir la intervención al ministerio popular para que ejerciera la representación necesaria del incapaz en el trámite de la causa, circunstancias que habrían producido gravamen irreparable al privar a su representada de hacer valer acciones y defensas antes de dictarse el fallo...*”; y ello por imperativo legal ocasiona la nulidad relativa de todo lo actuado, pues “*debe primar la evidente finalidad tutiva perseguida por el legislador al prever la defensa apropiada de los derechos del menor, especialmente cuando el tema fue objeto de consideración específica en tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema), tales como la Convención sobre los derechos del Niño, arts. 12 inc.2 y 26, inc. 1)*” (Fallos: 320:1291).

En consecuencia, considero que se ha incurrido en un grave incumplimiento por omisión, una violación a la garantía del debido proceso legal (arts. 18 C.N., 27

ley 26.061 y art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño), y al derecho de igualdad de mis representados; fundamentalmente, en mérito a que la normativa vigente en materia de protección integral de los derechos de los niños, les reconoce expresamente el derecho a participar activamente en el proceso y ejercer su derecho de defensa, lo que en autos tampoco se ha contemplado. Por ello, soy de la opinión, que corresponde decretar la nulidad de las actuaciones cumplidas con posterioridad al dictado de la sentencia de la Alzada, y su posterior remisión a dicha instancia, a fin de que se garantice la doble representación a la que se ha aludido.

- V. Para el hipotético e improbable supuesto que no se comparta la solución que propugno; me referiré en primer término, a los hechos en que se funda la presente acción.

A fs. 48/61vta., se presentó con patrocinio letrado la Sra. L. V. S., en representación de sus hijos menores J. G. y J. B. D., a los efectos de promover demanda por daños y perjuicios contra el Servicio Penitenciario Federal Argentino, Cárcel de Encausados de la Capital Federal Unidad Uno, y contra el Estado Nacional Argentino, por los daños y perjuicios derivados del homicidio de su progenitor, J. R. D.

Expuso que el día 18 de septiembre de 1997, el celador del servicio penitenciario, donde se encontraba detenido el Sr. D. por la presunta participación en el delito de tentativa de robo, advirtió que en el sector donde aquél se encontraba alojado había una pelea entre internos, por lo que convocó de inmediato al personal de seguridad con el objeto de controlar la situación; observándose que en la reja del acceso al sector se encontraba uno de los internos sosteniendo al Sr. D., quien estaba en estado de inconsciencia, por lo que fue trasladado de inmediato al hospital Penitenciario Central, donde se comprobó que presentaba una herida de cuatro centímetros en el hipocondrio derecho, que le produjo su muerte.

A fs. 87/94vta., se presentaron los letrados apoderados que representan al Estado Nacional *“en aquellos juicios en los que deba intervenir el Ministerio de Justicia de la Nación por causa que se originen en el Servicio Penitenciario Federal”*, quienes contestaron la demanda incoada, negaron los hechos expuestos, y solicitaron su rechazo, con costas.

A fs. 300/304, con fecha 5 de julio de 2007, el Juzgado resolvió hacer lugar a la demanda entablada, condenando al Estado Nacional (Servicio Penitenciario Federal), a pagar la suma de \$ 30.000 en concepto de valor vida y perdida de chance, y la suma de \$ 70.000 en concepto de daño moral, para cada uno de los menores actores. Asimismo, estableció que atento al carácter alimentario que revisten los montos indemnizatorios estipulados, encuadrar el presente caso dentro de la excepción prevista en el art. 18 de la ley 25.344.

Dicho decisorio fue apelado por el letrado apoderado de la parte demandada a fs. 307; quien expresó agravios a fs. 314/324vta.

A fs. 329/332vta., con fecha 10 de febrero de 2009, la Excma. Cámara confirmó parcialmente la sentencia de primera instancia, en cuanto hizo lugar a la demanda, y la revocó, con relación a la excepción del pago de los montos indemnizatorios en bonos.

Contra dicha resolución, la accionada interpuso recurso extraordinario federal (v. fs. 337/350vta.); el que fue concedido a fs. 355.

- VI. Sentado ello, pasará a contestar los agravios esgrimidos por la recurrente. En primer lugar, se agravia respecto de la responsabilidad que se le atribuye por la muerte del causante (art. 1112 del código Civil), en tanto considera que la actora debió demandar solo a aquellas personas que intervinieron en la riña y que provocaron el lamentable hecho.
- Discrepo con tal aseveración, acorde con los argumentos que expondré seguidamente.
- En primer lugar, cabe puntualizar, que se desprende claramente de la causa que el Sr. José Duarte falleció como consecuencia de la herida de arma blanca que recibiera en el tórax, durante un enfrentamiento entre varios internos dentro de la Unidad 1 de Caseros, del Servicio Penitenciario Federal, donde se encontraba detenido desde hacía un mes (cf. declaración testimonial prestada por el jefe de turno de la unidad, obrante a fs. 102, y dictamen médico forense, glosado a fs. 288/291, de la causa penal nº 82.653/97).
- Por otra parte, nótese que quedó fehacientemente comprobado en el acta de secuestro que: *“De la celda Nro. 37 (...) se secuestraron tres (03) elementos corto punzantes de aproximadamente 30 cm. de largo por 03 cm. los que se encontraban en el interior de una zapatilla Marca Topper color blanca y envuelto en un conjunto joggings color verde destacándose que uno de los elementos corto punzante se encontraba con manchas de sangre”* (cf. fs. 81).
- Dilucidado lo anterior, cabe señalar, que en el *sub examine* resulta aplicable lo resuelto recientemente por V.E. en el precedente del 22 de diciembre de 2009, en los autos “Gatica, Susana Mercedes c/ Buenos Aires, Provincia de s/daños y perjuicios” Letra G, N° 383 XL, en el que se remarcó que: *“...el postulado que emana del artículo 18 de nuestra Constitución Nacional tiene un contenido operativo que impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia, obligación que se cimienta en el respeto a su vida, salud e integridad física y moral. La seguridad, como deber primario del Estado, no sólo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia sino también, como se desprende del citado artículo 18, los propios de los penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema.”* (conf. consd. 6º). Asimismo, destacó: *“... que el derecho a la integridad personal no sólo implica que el Estado debe respetarlo (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlo (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana”* (considerando 44 y 45 de la causa “Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, Fallos: 328:1146). Que, en consecuencia, la demandada tiene a su cargo, entre otros, el deber de garantizar la seguridad de los internos. (...) Por ello, y para cumplir con ese objetivo, el Servicio Penitenciario tiene la obligación de evitar que los internos tengan a su

alcance elementos de evidente peligrosidad, tales como los secuestrados en este caso, susceptibles de producir daños en la salud física de aquéllos y de terceros.” (cf. consid. 8º y 9º) “10º) Que con respecto a la ejecución irregular del servicio, como uno de los presupuestos ineludibles para la procedencia de la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, este Tribunal ha expresado que quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y debe afrontar las consecuencias de su incumplimiento o ejecución irregular (Fallos: 306:2030; 312:1656; 315:1892, 1902; 316:2136; 320:266; 325:1277; 328:4175; 329:3065; 331:1690).”

Como corolario, va de suyo, que ha quedado debidamente probada la responsabilidad de la apelante, pues se acreditó fehacientemente el incumplimiento de los deberes de seguridad a su cargo; lo que implicó en la práctica, una irregular prestación del servicio de su parte, en tanto debió resguardar la salud física y moral del causante, durante el lapso que se encontrara detenido.

A ello cabe adunar, que la jurisprudencia comparada, al expedirse en materia de responsabilidad del Estado, ha señalado cuales son las fuentes generadoras de la responsabilidad y, qué es lo que se debe probar para su atribución, sosteniendo que: “*La expresión “falta de servicio” es el presupuesto que constituye la fuente generadora de la responsabilidad del Estado. Se produce cuando los órganos o agentes estatales no actúan debiendo hacerlo, o cuando su accionar es tardío o defectuoso, lo que provoca, en uno u otro caso, un daño a los usuarios (...). En estos procesos, los perjudicados deben invocar y acreditar la existencia de esta falta en la actividad del órgano administrativo, y que ella es la causa del daño experimentado.*” (Corte de Apelaciones de Concepción, (Chile), sentencia del 18-12-2003, reseñada en “*Investigaciones*” 3 (2003) Investigaciones de Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2004, Bs. As., p. 527).

Admitir una postura contraria, implicaría deslindar de responsabilidad a la accionada, restando trascendencia a conductas que son jurídicamente relevantes y plenamente eficaces (cf. Fallos 300:909; 307:1602; 308:72, 323:3035, entre muchos otros).

- VII.** Por estos breves fundamentos, solicito se haga lugar a la nulidad impetrada en el punto IV). En su defecto, peticiono a V.E. que proceda a desestimar el remedio federal deducido, y confirmar el pronunciamiento atacado.

Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 11 de marzo de 2010.

Buenos Aires, 11 de octubre de 2011

Vistos los autos: “D.J.B. y otro c/EN -Servicio Penitenciario Argentino- y otro s/daños y perjuicios”.

Considerando:

1º) Que el juez de primera instancia, al hacer lugar a la demanda promovida por Laura Valeria Saravia -en representación de sus dos hijos menores-, condenó al Estado Nacional al pago de una indemnización en concepto de valor vida y daño moral, con fundamento en que se hallaba configurado un supuesto de responsabilidad estatal por “falta de servicio”. Arribó a dicha conclusión con sustento en que no se adoptaron las medidas necesarias para resguardar la salud e integridad física y evitar el homicidio de José Ricardo Duarte, que se encontraba detenido en la Unidad 1 -Caseros- del Servicio Penitenciario Federal. De este modo, el aspecto sustancial de la pretensión de la actora fue admitida, y el pago del monto de la condena se consideró excluido del régimen de consolidación de deudas del Estado en virtud de la excepción prevista en el art. 18 de la ley 25.344 (fs. 300/304).

2º) Que aquella decisión fue apelada por la parte demandada, quien cuestionó la sentencia en su totalidad (fs.314/324 vta.).

3º) Que, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, confirmó la decisión de la instancia anterior en relación con la responsabilidad del Estado Nacional por la falta de servicio atribuida -violación al deber de seguridad- y con los montos de la indemnización, y la revocó en cuanto había excluido la condena del régimen de la consolidación (fs. 329/332 vta.).

Esta decisión motivó la interposición por parte de la demandada del recurso extraordinario de apelación ante esta Corte (fs. 339/350 vta.), que fue concedido por el *a quo* (fs. 355). Dicho recurso no fue respondido por la parte contraria.

4º) Que este Tribunal, al advertir que no había to-

mado intervención el Ministerio Público de la Defensa, dio vista a la Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

5º) Que el señor Defensor Oficial -en lo que aquí interesa- destacó que en el caso se había soslayado la oportuna intervención del Ministerio Pupilar “fundamentalmente con posterioridad al dictado del pronunciamiento de la Alzada”, pues la última intervención que se registra es al momento de ejercer la facultad de alegar (fs. 292), “y si bien la sentencia de grado resultó favorable al interés de los niños, la sentencia de Cámara dictada tras el recurso de la demandada modificó parcialmente lo decidido en perjuicio de éstos.”; todo lo cual comprometía las garantías de defensa en juicio, del debido proceso legal, de acceder a la justicia en un pie de igualdad, y el derecho a ser oído, tutelados -con relación a los menores- por la Constitución Nacional y por la Convención sobre los Derechos del Niño (ver el punto IV del dictamen agregado a fs. 366 vta./367 vta.).

En este sentido, recordó la jurisprudencia del Tribunal con arreglo a la cual debe primar la evidente finalidad tutiva perseguida por el legislador al prever la defensa apropiada de los derechos del menor, especialmente cuando el tema fue objeto de consideración específica en tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional -art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema-, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño -arts. 12, inc. 2; y 26, inc. 1-.

Sobre estas bases, el señor Defensor Oficial opinó que correspondía decretar la nulidad de las actuaciones cumplidas con posterioridad al dictado de la sentencia de la alzada -ver párrafos tercero y onceavo, del punto IV, del dictamen-, y la posterior remisión de la causa a dicha instancia, a fin de que se garantice la doble representación prevista por el ordenamiento jurídico.

6º) Que, concordemente con lo señalado en el dictamen de la Defensoría Oficial, corresponde recordar que el Tribunal reiteradamente ha expresado que es “...descalificable la sentencia que, al confirmar una resolución, omitió dar intervención al ministerio pupilar para que ejerciera la represen-

tación promiscua a pesar de que dicha resolución comprometía en forma directa los intereses de la menor, lo que importa desconocer el alto cometido que la ley le ha asignado a dicho ministerio, y no sólo menoscaba su función institucional sino que acarrea la invalidez de los pronunciamientos dictados en esas condiciones..." (ver Fallos:325:1347; 330:4498 y 332:1115; también doctrina de Fallos:305:1945 y 320:1291).

En el caso, si bien el Defensor Oficial asumió la representación promiscua de los menores y adhirió a la demanda interpuesta por la representación necesaria de aquéllos (fs. 75)- demanda que fue admitida en lo sustancial-, no ha tenido intervención alguna en la causa a partir del dictado de la sentencia de primera instancia. Sin embargo -como se ha señalado *ut supra*- el ministerio pupilar considera que tal pronunciamiento resultó favorable al interés de los niños, y sólo invocó la indefensión de los menores ante el gravamen que les provocó la sentencia de cámara "...en cuanto revoca parcialmente la decisión de grado, y resuelve que el *sub lite* no encuadra en la excepción del artículo 18 de la ley 25.344..."

Por lo expuesto, habida cuenta de que es doctrina reiterada de este Tribunal que en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe anular las actuaciones cuando el vicio afecte un derecho o interés legítimo y cause un prejuicio irreparable, sin admitirlas cuando no existe una finalidad práctica, que es razón ineludible de su procedencia; y que la nulidad resultante de la falta de intervención del defensor oficial en las causas que interesen a la persona o a

los bienes de un incapaz se funda en el interés y la protección del incapaz mismo, los que se encuentran estrechamente relacionados con la idea de justicia y la pronta solución de las causas (doctrina de Fallos: 323:929 y 325:1404), corresponde declarar la nulidad de lo actuado desde el dictado del fallo de cámara, y disponer que el Ministerio Pupilar tome intervención a los fines de hacer valer los derechos que estime corresponder en el juicio.

Por ello, y lo concordemente expuesto en el punto IV del dictamen del señor Defensor Oficial, se deja sin efecto lo actuado con posterioridad a la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que tome intervención el Ministerio Pupilar con arreglo a lo expresado en la presente, y haga valer los derechos que estime corresponder en el juicio.

Notifíquese y remítase.

Ricardo Luis Lorenzetti - Elena I. Highton de Nolasco - Enrique Santiago Petracchi - Juan Carlos Maqueda - E. Raúl Zaffaroni - Carmen M. Argibay.

Es copia

Recurso extraordinario interpuesto por **el Estado Nacional – Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal, demandado en autos, representado por el Dr. Ariel Rodrigo Prieto**. Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal Sala IV**. Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N°1**

Interpone recurso extraordinario **Excelentísima Cámara:**
Inés Aldanondo, Defensora *ad-hoc* de la Defensoría General de la Nación y titular del Equipo de trabajo creado por Resolución DGN 643/08, en representación de Fernando Christian Florez Ramos, manteniendo el domicilio constituido en Talcahuano 624, piso 1º, of. del “Equipo de trabajo para casos de restitución de menores”, ciudad de Buenos Aires, Zona de notificación Nº119, Teléfono 4371-7363, en los autos caratulados “Florez Ramos Fernando Christian c/Laveriano Salvatierra Yndira Ursula s/reintegro de hijo”, Expte. Nº 91.626/08, a V.E. me presento y respetuosamente digo:

I. Objeto Que en tiempo y modo legal vengo a interponer recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48, contra la sentencia dictada por V.E. con fecha 14 de abril de 2010, de la cual esta parte quedó notificada personalmente el día 19 de mayo de 2010, la cual reviste el carácter de sentencia definitiva; solicitando que en virtud de las razones de hecho y derecho que a continuación se expondrán, se conceda el recurso interpuesto y se proceda a elevar las presentes actuaciones a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

II. Requisitos para la procedencia del recurso interpuesto En el caso se encuentran reunidos todos los requisitos necesarios, los cuales hacen a la procedencia del recurso extraordinario aquí interpuesto:
II. a) Requisitos de forma.
1) Lugar de interposición: el recurso extraordinario debe interponerse en la sede del tribunal superior de la causa, por lo cual se interpone el presente ante la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.
2) Plazo de interposición: se debe interponer dentro de los diez días de notificado el pronunciamiento que se cuestiona, haciéndolo dentro de dicho plazo pues esta parte quedó notificada de la resolución de la Sala L el día 19 de mayo de 2010.
3) Fundamentación: el contenido del presente escrito de interposición se basta a sí mismo ya que incluye la debida fundamentación del recurso que en este acto se interpone.
4) Cumplimiento de las disposiciones previstas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la Acordada 4/2007: el presente escrito se ajusta a las prescripciones de la citada acordada y se adjunta la carátula requerida en el art.2º.
II. b) Requisitos sustanciales
1) Existencia de “juicio” o “causa”: el presente recurso se interpone en el marco de un proceso judicial civil sobre restitución de dos menores en los términos del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Convención de La Haya).
2) Intervención previa de un tribunal de Justicia: en las presentes actuaciones lo han sido el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro. 12, Secretaría Única, y la Sala L de la Excmo. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.
3) Existe una decisión jurisdiccional sobre una situación ventilada en juicio, carácter que indudablemente revisten las presentes actuaciones en las que se ha revocado la resolución de fs.245/247 y en consecuencia no se hace lugar al pedido de restitución de menores formulado. Es decir, se interpone contra una

resolución judicial emitida por un órgano permanente del Poder Judicial de la Nación con motivo de una causa en la que le incumbe intervenir.

4) Existencia de “sentencia definitiva”: entendiendo por tal a aquéllas que ponen fin al pleito, impiden su continuación o causan un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior, queda claro que la sentencia de la Sala L de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de fecha 14 de abril del corriente año que revoca la sentencia de anterior grado y no hace lugar a la restitución de menores solicitada le genera, a mi mandante y a sus hijas, un agravio imposible de reparar posteriormente, pues no existe otro remedio procesal que éste contra ella.

5) Sentencia dictada por el Superior Tribunal de la causa: en el caso la resolución que se ataca ha sido dictada por la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, quien es el Superior Tribunal en esta causa ya que la cuestión federal debatida en el juicio es insusceptible de ser revisada por otro órgano dentro de la organización local.

6) Existencia de cuestión federal suficiente: en el caso en la sentencia que se impugna se ha tomado una resolución desconociendo derechos que emanen directamente de la Constitución Nacional y de Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, como la Convención sobre los Derechos del Niño; además de resultar violatoria de otro tratado internacional como el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Convención de La Haya). Existe relación directa e inmediata entre lo que se debate en juicio y la cuestión federal, porque el Tribunal se ha apartado de los principios que emanen de la Constitución Nacional y de la Convención sobre los Derechos del Niño, al no hacer lugar a la restitución de las hijas de mi mandante que han sido retenidas en forma ilícita en este país, pronunciándose en forma contraria a una norma constitucional como lo es el art.11 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo se ha expedido en contra de lo prescripto por un tratado internacional como la Convención de La Haya, que tiene por finalidad garantizar la restitución de menores que hayan sido trasladados o retenidos ilícitamente en otro país distinto al lugar de su residencia habitual. La cuestión federal fue oportunamente introducida en el escrito de demanda (fs.68/71, punto VII) y mantenida luego en cada oportunidad posible (fs.232/236, 307/312 y 350/358).

7) Existencia de interés personal, jurídico, subsistente: el recurso es interpuesto por el padre de las niñas cuya restitución se ha solicitado, quien tiene un interés personal en que se revoque el pronunciamiento pues desea que sus hijas regresen al lugar de su residencia habitual en la República de Perú, interés que subsiste al día de la fecha pues mantiene su decisión de que sus hijas continúen su vida en ese país.

III. Antecedentes de la causa

A los efectos de proceder a la fundamentación del recurso que en este acto se interpone, corresponde efectuar una breve reseña de los hechos que dieron origen a la promoción de la presente causa y las consecuencias jurídicas que de ella derivaron.

Fernando Christian Florez Ramos e Yndira Ursula Laveriano Salvatierra

mantuvieron una relación de pareja, fruto de la cual nacieron en la República de Perú sus hijas T. L. y B. N. F. L., el 4 de julio de 2001 y el 22 de julio de 2003 respectivamente.

A raíz de la necesidad de intervenir quirúrgicamente a su hija T., Ursula viajó a la Argentina en julio de 2004, residiendo aquí junto a sus dos hijas hasta que el estado de salud de T. permitiera su regreso. En enero de 2005 Fernando viajó a este país para ver a sus hijas y tratar de retornar con ellas a Perú, pero no pudo hacerlo. En enero de 2006, T. viajó al Perú junto a su abuelo paterno, Jorge Florez, y continuó viviendo en ese país junto a su padre, quien se hizo cargo de educar y cuidar a su hija, inscribiéndola en una escuela especial (ya que T. padece Síndrome de Down), tal como surge de las pruebas acompañadas a la demanda. En diciembre de ese año (2006), B. viajó sola a Perú (en compañía de una azafata de a bordo de la línea área) y también se quedó viviendo en ese país con su padre, quien al igual que lo hiciera con su hermana, la inscribió en una escuela y se ocupó de cuidar su salud, educarla, y proveerle todo lo necesario para un adecuado y sano crecimiento. De tal modo, ambas niñas tenían allí, en su país de origen, su lugar de residencia habitual, con el consentimiento de su madre que jamás inició reclamo alguno mientras residieron en ese país. En junio de 2007 Ursula regresó a Perú, y con la excusa de realizar un tratamiento médico para T., solicitó a Fernando que autorizara el viaje de ambas niñas a la Argentina, asegurándole que volvería en cuanto la salud de T. lo permitiera. Así, Fernando firmó una autorización de viaje para realizar el trayecto Lima -Buenos Aires, Argentina- Lima para sus dos hijas.

Sin embargo, en diciembre de 2007 al reclamar verbalmente Fernando el regreso de las niñas, la madre se negó a restituirlas a su hogar. Ello así, en marzo de 2008, Fernando dió inicio en el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social de Perú (MIMDES), autoridad central en materia de restitución de menores en ese país, al pedido formal de restitución de sus hijas.

El pedido arribó a la Dirección de Asistencia Judicial Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de nuestro país (autoridad central en esta materia) antes del 15-05-08, ya que ese día fue remitido por oficio a la Defensoría General de la Nación a fin de radicar el pedido ante el Juzgado competente. Tras cumplir con trámites faltantes, se dio inicio a esta acción judicial por restitución internacional de las niñas T. L. y B. N. F. L. el 22 de octubre de 2008. Entre tanto, las niñas vivían en este país en la casa de la madre de Ursula, junto a los hermanos de ésta. En tales circunstancias, B. habría sido objeto de abuso sexual por parte de su tío Mirko, por lo cual se labró la causa penal nº 9030/08, en la cual fue imputado Laveriano Salvatierra Mirko por el delito de violación según párrafo 4º, art.119 inc.f, del Código Penal, la cual tramitó ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal de Instrucción Nº18. A su vez, a raíz de ciertos hechos de violencia ocurridos en derredor de las niñas, se inició el Expte. Nº76.348/08 “Florez Ramos Marlene Geovane c/ Laveriano Salvatierra Yndira Ursula s/denuncia por violencia familiar”, ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº12, los cuales desde ya se ofrecen como prueba.

En el presente proceso, se dio el correspondiente traslado de la demanda a

Yndira Úrsula Laveriano Salvatierra, quien no se opuso fundadamente a la restitución solicitada ni invocó alguno de los supuestos de excepción (por los cuales no correspondería proceder a la restitución) previstos en el art.13 de Convención de La Haya; demostrando además una actitud displicente al no asistir a las tres audiencias designadas por el Juzgado de Primera Instancia sin dar justificativo alguno. Tras el trámite correspondiente, el 4 de junio de 2009, se dictó sentencia en primera instancia disponiendo la inmediata restitución de las niñas T. L. y B. N. F. L. a su país de origen junto a su progenitor Fernando Christian Florez Ramos.

La demandada apeló tal decisorio, y tras una serie de medidas probatorias y los dictámenes de la Sra. Defensora de Menores e Incapaces y el Sr. Fiscal de Cámara, el 14 de abril de 2010 la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resolvió revocar el decisorio de anterior grado y no hacer lugar a la restitución de las niñas F. L.

Contra tal resolución, violatoria de derechos y garantías constitucionales, se interpone el presente recurso.

IV. Fundamentación

La sentencia de la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que resuelve revocar la sentencia de primera instancia y no hacer lugar a la restitución de T. y B. F. L. constituye claramente un pronunciamiento contrario a garantías y derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por Tratados Internacionales de jerarquía constitucional, como así también a la Convención de La Haya, lo cual configura la cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria (conf. art.14, inc.1, de la ley 48).

En efecto, al así decidir, el Tribunal de Alzada viola el derecho de mis hijas a no ser retenidas en forma ilícita en este país, y las priva de su derecho a regresar al lugar de su residencia habitual en su país de origen, la República del Perú, junto a su padre. Esto atenta contra lo dispuesto en el art.11 de la Convención de los Derechos del Niño en cuanto a que “los Estados Parte adoptarán las medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero”. Asimismo, desatiende el compromiso asumido en un tratado internacional como es el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores, conocido como Convención de La Haya, que establece que los Estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios los objetivos del convenio (art.2), que son garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante (art.1). Con ello se pronuncia también en contra del interés superior de las niñas, violando el art.3 de la Convención de los Derechos del Niño, pues como ya lo señalara esta parte en anteriores presentaciones, “la Convención parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al *statu quo* anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos” (conf. Jörg Pirrung en J. von Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13º, Edición, 1994. Dieter Henrich, Jan Kropholler y Jörg Pirrung, Berlín, 1994, parágrafo 683, pag.272, citado en “”Wilner Eduardo M. c/Osswald María Gabriela s/recurso de hecho”, 14-06-95, W.12 XXXI).

Si bien el fallo de la Sala L alude a la misión de la Convención de La Haya, luego se aparta de su objetivo, cayendo en primer lugar en un error acerca del caso planteado, pues asegura que “en el caso en estudio la ilicitud del traslado de las menores a nuestro país no aparece manifiesta” cuando jamás se cuestionó el traslado, sino la retención ilícita de las niñas. Es decir, siempre se reconoció que Fernando Florez Ramos había dado una autorización de viaje para sus hijas -por lo cual el traslado no ha sido ilegal- pero se remarcó que la autorización era para un viaje temporario (aunque no se fijó fecha de regreso) y para realizar el trayecto Lima -Buenos Aires, Argentina- Lima; por lo cual, claramente, las niñas debían regresar a Lima, Perú, pese a no contar con una fecha definida. Al no hacerlo, más aún frente al reclamo formal de su padre, cabe concluir que encuentran retenidas ilícitamente en este país, pues residen aquí en contra de la voluntad de su progenitor que se encontraba en ejercicio de su patria potestad en Perú. Este es el punto a resolver y no otro, como el traslado al que alude el Tribunal de grado.

Sin perjuicio del legítimo reclamo del padre, el Tribunal de segunda instancia rechaza el pedido de restitución forzando la interpretación de una norma internacional de un modo inaceptable. El art.12 de la Convención de La Haya dispone que cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente y en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado a su nuevo medio”.

El fallo que se recurre, pese a reconocer que desde el último viaje de las niñas hasta la fecha de iniciación del procedimiento de restitución ante las autoridades administrativas transcurrió menos de un año, se aparta de lo prescripto en la norma citada en cuanto a que corresponde ordenar inmediatamente la restitución de los menores, y forzando una interpretación del art.12 citado sobre la base de viajes anteriores, se dedica a analizar la excepción prevista para otros supuestos (aquellos donde el reclamo se inicia transcurrido un año del traslado o retención ilícitos). Esto es inadmisible pues como ya lo señalara esta parte, el viaje realizado anteriormente al de agosto de 2007, fue temporario y por motivos de salud para una mejor atención de T.; y aún teniendo en cuenta tal período de permanencia en Argentina, T. ha residido más tiempo en Perú que en nuestro país (conforme la explicación realizada en el escrito de fs. 350/358).

Pero además de apartarse arbitrariamente, con una justificación aparente, de lo prescripto por el art.12, primer párrafo, para el caso de autos, el Tribunal para fundar la adaptación de las niñas al medio en que actualmente viven, hace mérito del tiempo transcurrido, incluso de aquél en que han vivido aquí en forma ilícita frente a la oposición de su padre.

Es absolutamente injusto que se haga pesar una circunstancia como el trans-

curso del tiempo, que se debe fundamentalmente a la demora en tramitar un proceso que debió haber sido urgente, para resolver esta cuestión. Nótese que el padre inició ante la autoridad central de su país el pedido de restitución de sus hijas 7 (siete) meses después de su partida de Perú y el trámite fue recibido por nuestra autoridad central a más tardar 2 (dos) meses más tarde (antes del 15-05-08) pero como finalmente la sentencia definitiva en segunda instancia se dicta casi tres años después, se decide rechazar la restitución por el tiempo que han transcurrido las niñas en este país, olvidando que la mayor parte de ese tiempo lo han hecho en forma ilícita, en contra de la voluntad de su padre. De este modo, el fallo dictado por la Sala L consolida una situación de ilicitud absoluta, violatoria de derechos constitucionales, y termina dando un marco legal a una conducta (como la retención ilícita de menores) reñida con garantías constitucionales; además, premia a la demandada con el paso del tiempo y la falta de celeridad de un procedimiento que -pese a haberse solicitado su habilitación en feria en cada oportunidad posible- demoró un tiempo que mal puede computarse en contra de los intereses de las niñas y del reclamante, alentando así a que otros padres retengan ilícitamente a sus hijos demorando la tramitación de un proceso legal.

En un fallo reciente, nuestro más Alto Tribunal (al remitirse al dictamen del Procurador General) ha señalado que “los Estados Partes han adquirido el compromiso de combatir la sustracción de menores; y -salvo circunstancias singulares, no acreditadas en autos- no deberían abdicar de la obligación contraída ante la comunidad mundial, al abrigo de hechos consumados, generados irregularmente por uno de los progenitores; y -agrego hoy - profundizados a partir de la demorada actuación institucional, alejada largamente de la premura impuesta en el art.11. Bien se dice que el centro de vida no ha de adquirirse tras un traslado ilícito. De lo contrario, la Convención de la Haya devendría inaplicable...” (conf. C.S., “B., S. M. c/P., V.A. s/restitución de hijo”, 19-05-2010, B. 389. XLV).

Pero además, en el fallo en crisis se realiza una valoración absolutamente parcial de la vida de las niñas en este país, haciendo referencia a algunos informes y constancias de la causa, sin abordar en ningún momento los cuestionamientos más graves realizados por esta parte sobre el cuidado brindado por la madre a las niñas. En tal sentido, los Jueces omiten toda alusión a hechos de suma gravedad como el abuso sexual que habría sufrido B. por uno de los hermanos de su madre y que ésta naturalizó y minimizó. Más allá del resultado de la causa penal labrada con motivo de ese hecho y del principio constitucional de inocencia, lo cierto es que los hechos relatados por la propia demandada a fs.36/37 del Expte. N° 76.438/08 “Florez Ramos Marlene G. c/Laveriano Salvatierra Yndira U. s/denuncia por violencia familiar” y los informes de fs.26/27 y 129 de dicha causa son elocuentes en cuanto a la situación de las niñas en este país.

Tras su lectura difícil es hablar de una posible adaptación de las niñas Florez Ramos a este país como concreción de su interés superior. Si el interés superior de dos niñas es vivir en las circunstancias reseñadas en los informes socio ambientales mencionados, pobre es el destino y el aseguramiento de sus derechos que se da desde este Estado.

Y no es cierto que las circunstancias hayan mejorado, tal como menciona el Tribunal, sobre la base de un informe absolutamente parcial llevado a cabo en segunda instancia (fs. 336/339). Oportunamente esta parte demostró las falencias de dicho informe y puso de manifiesto la total mendacidad de la demandada, quien faltó a la verdad en diversos puntos, al computar el tiempo de residencia de las niñas en este país, al afirmar que era el único sostén económico del grupo familiar, al afirmar que el reclamo por la restitución se inició pasado el año del viaje, entre otras cosas, falsedades que fueron probadas con la presentación de fs. 350/358.

En tal oportunidad se destacó otra vulneración más a los derechos de mi mandante, como fue no darle jamás la oportunidad de oírlo en la segunda instancia de este proceso, contrariamente a la actitud que se adoptó con la demandada, a quien sólo se escuchó y se siguió en sus argumentaciones. De tal modo, se ha violado en esta segunda instancia el derecho de defensa en juicio de Fernando Florez Ramos, quien no tuvo nunca la oportunidad de contestar las afirmaciones de la demandada ni de dar su propia explicación y versión de los hechos, como sí pudo hacer en el Juzgado de Primera Instancia donde fue escuchado en una audiencia (a la cual la demandada no concurrió).

El fallo emitido en segunda instancia continúa esa misma línea, al no hacerse cargo de ninguno de los argumentos expuestos por esta parte (tanto en el escrito de fs. 350/358 como en el de fs. 307/312), omitiendo tratarlos y haciendo interpretaciones dogmáticas, particularmente en lo que hace a la autorización de radicación para T., que como ya fuera explicado, no tuvo como finalidad autorizar su radicación o nacionalización sino solamente procurarle una mejor atención médica.

De tal modo, el fallo sigue una línea argumental propia, ceñida a las constancias de la causa que arbitrariamente elige y apartada de lo que establece la Convención de La Haya y la Convención de los Derechos del Niño que rigen el caso de autos.

Lo cierto es que T. L. y B. N. F. L. nacieron en Perú, vivieron allí junto a sus padres hasta julio de 2004, y se trasladaron transitoriamente y al sólo efecto de proveer asistencia médica a T. a la Argentina. Regresaron a su país natal, T. el 23-01-06 y B. el 23-12-06, solas sin la compañía de su madre, que jamás reclamó administrativa o judicialmente su restitución desde este país, por lo cual ambas vivieron en Perú con el consentimiento de ella. Tenían entonces allí su lugar de residencia habitual, y prueba de ello son las constancias documentales acompañadas a la demanda, de donde surge su concurrencia a establecimientos educativos, su atención médica y psicológica, en el caso de T. su asociación a la Sociedad Peruana de Síndrome de Down, entre otras circunstancias. En agosto de 2007, la madre solicitó a mi mandante que extendiera una autorización de viaje para ambas a fin de traerlas a la Argentina, donde residía su familia, y a fin de hacer un control médico a T. Resultando atendibles sus argumentos, Fernando Florez Ramos autorizó el viaje de T. y B. para realizar el trayecto Lima -Buenos Aires, Argentina- Lima (fs.225 y 226). Si bien no estableció un límite de tiempo, quedó claro de los mismos términos de la autorización que las niñas debían regresar a Lima.

Al no hacerlo, mi mandante inició el pedido de restitución de ambas niñas el 26 de marzo de 2008 (7 meses después de viaje) ante la Autoridad Central de la República de Perú, trámite que nuestra autoridad central (Dirección de Asistencia Jurídica Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto) recibió antes del 15 de mayo de 2008, ya que en esa fecha fue remitido a la Defensoría General de la Nación. Esta fecha, es decir, la de recepción del trámite ante la autoridad central del Estado contratante donde se hallan las menores, es la que debe ser tenida en cuenta a la hora de aplicar el art.12 de la Convención de La Haya. Por lo tanto, habiéndose iniciado ante nuestra autoridad central el reclamo correspondiente antes del año del traslado o retención ilícitos, corresponde ordenar inmediatamente la restitución de T. L. y B. N. F. L., dando así efectividad a lo dispuesto y al compromiso asumido por nuestro país al signar el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Debe recordarse en este punto que “corresponde a la Suprema Corte, como cabeza de uno de los poderes del Gobierno Federal, aplicar -en la medida de su jurisdicción- los tratados internacionales a que el país está vinculado, a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida por su incumplimiento” (conf. dictamen del Procurador General en “B., S. M. c/P., V.A. s/restitución de hijo”, en fallo dictado por la C.S. el 19-05-2010, B. 389. XLV). Merece destacarse que ni la demandada ni la Defensora de Menores de primera instancia alegaron en su oportunidad alguna de las excepciones previstas en el art.13 de la Convención, ni alegaron tampoco el supuesto del art.12, segundo párrafo, con lo cual de rechazarse la restitución sobre la base de alguna de esas excepciones se estaría vulnerando el principio de preclusión procesal, violándose, en consecuencia, el derecho de defensa en juicio de esta parte (art.18 de la Constitución Nacional).

Sin perjuicio de ello, cabe aclarar que no se presentan en autos las excepciones aludidas, ya que mi mandante jamás consintió la retención ilícita de sus hijas (art.13, inc.a); y en relación a la autorización de radicación expedida sólo para una de ellas oportunamente explicó que no recordaba precisamente los términos del documento firmado aunque sí que, de haberlo hecho, era al sólo efecto de proporcionar una mejor atención médica para T. mientras se encontraba transitoriamente en este país, pero jamás con la intención de radicarla aquí. En este sentido, cabe señalar que sólo el fin alegado justificaría semejante autorización sólo en relación a una de las niñas (justamente la que presenta problemas de salud) y no a favor de la segunda, B. De haber querido radicar a ambas niñas en nuestro país, hubiera firmado la misma autorización para su hija menor, pero no lo hizo.

No se ha probado tampoco que exista un grave riesgo de que la restitución exponga a las niñas a un peligro físico o psíquico, o que se las exponga a una situación intolerable (art.13, inc.b), pues no se ha acreditado que el regreso a su país de origen signifique un riesgo físico o psíquico para alguna de ellas; por el contrario, ya se ha demostrado con la prueba documental agregada a la demanda que tanto B. como T. pueden recibir en Perú la educación y atención médica que ambas requieren, y aún en el caso de T. atención especializada en los centros cuyos informes se han acompañado.

Asimismo, y más allá de que no corresponde analizar la integración de las niñas a su nuevo medio por no presentarse el supuesto del art.12, segundo párrafo, de la Convención, cabe señalar que la supuesta “integración” que habrían logrado no representa el interés superior de las niñas, pues como ya se explicara a fs. 307/312 y 350/358 su adaptación a un medio tan riesgoso como el descripto en los informes socio ambientales obrantes en el Expte. N° 76.348/08 a fs. 26/27 y 129 no puede considerarse como la mejor alternativa para estas pequeñas.

Por otra parte, “la integración del menor al nuevo medio no constituye un motivo autónomo de oposición a su restitución, aún cuando el segundo desplazamiento fuese conflictivo” (conf. C.S. en autos “Wilner Eduardo M. c/Osswald Gabriela” 14-06-95, Fallos 318:1269) y, asimismo, la mera invocación genérica del beneficio del niño o del cambio de ambiente no bastan para configurar la situación excepcional que permitiría negar la restitución (C.S., id., id.)

Por todo lo expuesto, encontrándose reunidos los presupuestos previstos en los arts.3, 4, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 de la Convención de La Haya, corresponde ordenar la restitución de las niñas F. L. a su lugar de residencia habitual en la República de Perú, dando así cumplimiento al compromiso asumido al signar dicho Convenio y la Convención de los Derechos del Niño (arts. 3 y 11).

De este modo, toda vez que la resolución contra la cual se interpone este recurso al rechazar el pedido de restitución de las niñas, vulnera manifiestamente derechos y garantías reconocidos por nuestra Carta Magna y por Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, como la Convención de los Derechos del Niño (arts. 3 y 11), pronunciándose en contra de su validez, y decide en contra de lo prescripto en un tratado internacional como la Convención de La Haya, corresponde tener por configurada la cuestión federal a que alude el art. 14 de la ley 48, y -en virtud de ello- conceder el recurso que se interpone. En consecuencia, solicito que V.E., declare la procedencia del presente recurso extraordinario, elevando las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a fin que proceda a conocer en este proceso, y pido al Supremo Tribunal que se haga lugar a la pretensión en el sentido de revocar la resolución de fecha 14 de abril de 2010 y, por ende, se deje sin efecto la revocatoria de la decisión de fs. 245/247, haciéndose lugar a la restitución de T. L. y B. N. F. L. a la República de Perú junto a su padre con la mayor urgencia posible.

Cabe recordar que nuestro más Alto Tribunal ha señalado ya que “existe cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria en los términos del inc.3 ley 48, si se ha cuestionado la inteligencia de un tratado internacional -Convención Interamericana sobre Restitución de Menores- (en ese caso) y la decisión impugnada es contraria al derecho que la recurrente pretende sustentar en aquél” (conf. Dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema, en autos “S.A.G. s/restitución internacional de menor”, fallo del 20-12-05, JA 2006-IV-30).

- V. Petitorio** Por todo lo expuesto en el presente recurso extraordinario, es que solicito a V.E.
I.- Tenga por presentado en tiempo y modo legal el presente recurso extraordinario.

II.- Se conceda el recurso interpuesto, disponiéndose la elevación de los autos a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a fin de que emita su pronunciamiento.

III.- Oportunamente se haga lugar a lo solicitado mediante la interposición de este recurso, y se revoque la sentencia de la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de fecha 14 de abril de 2010, dejando sin efecto la revocatoria de la decisión de fs. 245/247, haciendo lugar a la restitución de T. L. y B. N. F. L. a su lugar de residencia habitual en la República de Perú, con la mayor urgencia posible.

Proveer de Conformidad

Será Justicia

F. 441. XLVI.

F. R., F. C. c/ L. S., Y. U. s/reintegro de hijo.

Buenos Aires, 8 de noviembre de 2011

Vistos los autos: “F. R., F. C. c/ L. S., Y. U. s/reintegro de hijo”.

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento de la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que, al revocar la sentencia de primera instancia, rechazó el pedido de restitución de las menores T.L. y B.S. de nacionalidad peruana, el actor interpuso recurso extraordinario que fue concedido (fs. 407/414 y 434).

2º) Que las cuestiones planteadas han sido adecuadamente examinadas en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, cuyos fundamentos son compartidos por el Tribunal y a los que corresponde remitirse, por razones de brevedad.

3º) Que, sin perjuicio de ello, no resulta ajeno a esta Corte Suprema que la menor T.L., que padece de Síndrome de Down y de una anomalía anorectal severa, se encuentra en la actualidad con el debido cuidado y seguimiento profesional e integrada al medio social en el que vive. Dicha adaptación, lograda a partir de la retención ilícita que este Tribunal considera configurada en el caso, así como las nuevas dificultades en su evolución que podría producir su traslado, no resultan óbice para la aplicación del CH 1980, pues de las constancias de la causa surge acreditado que durante la estadía de T.L. en la República del Perú en el período 2006/2007, su padre F.R. se preocupó y ocupó de la salud y del desarrollo educativo de su hija, al brindarle la misma asistencia psicoterapéutica (conf. fs. 23/24, 28/42 y 47).

4º) Que el derecho a la salud y su debida preservación, encuentran un marco de protección en los arts. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y en lo que respecta a los menores la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho a acceder a servicios para el trata-

miento de enfermedades y la rehabilitación de la salud, debiendo los Estados Parte asegurar la plena aplicación de esta prerrogativa a través de medidas adecuadas (art. 24).

Asimismo y en estrecha vinculación con la particularidad que presenta el caso, en el art. 23 de la citada convención los Estados Parte reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar abastarse a sí mismo y faciliten su participación activa en la comunidad; el derecho a recibir cuidados especiales, y el acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de espaciamiento con el objeto de lograr su integración social y el desarrollo individual. El Comité de los Derechos del Niño -órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus Estados Parte-, en su Observación General N° 9 (2006), entre otras recomendaciones vinculadas con los derechos de los niños con discapacidad, ha tenido oportunidad de destacar que las medidas adoptadas para la aplicación de tales derechos contenidos en la Convención, por ejemplo en los ámbitos de la educación y de la salud, deben dirigirse explícitamente a la inclusión máxima de esos niños en la sociedad (conf. Cap. II, pto. B, págs. 4/6).

5º) Que, en ese mismo sentido, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad -aprobada por la ley N°26.378- reconoce que los niños y niñas con discapacidad deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás, recuerda las obligaciones que a este respecto asumieron los Estados Parte en la Convención sobre los Derechos del Niño y prevé que en todas las actividades relacionadas con los menores con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño (art. 7º).

6º) Que esta Corte ha señalado que los tribunales están obligados a atender primordialmente el citado interés, sobre todo cuando es doctrina del

Tribunal que garantizar implica el deber de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, debiendo los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción (conf. Fallos: 331:2691 y causa V.24.XLVII “V., D. L. s/ restitución de menores – ejecución de sentencia”, pronunciamiento del 16 de agosto de 2011).

7º) Que el art. 7º del CH 1980 establece que las Autoridades Centrales de los Estados requirente y requerido, que cumplen un rol primordial en los procesos de restitución, tienen la obligación de cooperar entre sí y con las autoridades locales competentes para el funcionamiento eficaz del convenio y el retorno seguro de los menores.

La primera parte de la Guía de Buenas Prácticas del mencionado convenio -elaborada por la Comisión Especial organizada por el Buró Permanente de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado-, específicamente destinada al funcionamiento de las Autoridades Centrales, contempla que dicha colaboración no sólo debería implicar contar con la asistencia de los agentes locales -fuerzas de seguridad, tribunales y organizaciones sociales-, sino también el aporte mutuo de información acerca de la asistencia jurídica, financiera y social, y de todo mecanismo de protección existente en el Estado requirente, de modo de facilitar el contacto oportuno con estos cuerpos en el caso de resultar apropiado (conf. Guía de Buenas Prácticas del CH 1980, Primera Parte, pto. 3.18, pág. 42).

8º) Que por otra parte, el citado art. 7º también obliga a las Autoridades Centrales a prevenir que el menor sufra mayores daños -facultándolas para adoptar las medidas provisorias que correspondan- y a garantizar la restitución del menor sin peligro (conf. incs. b y h). Sobre la base de dichas obligaciones, la mencionada Guía señala que los Estados Parte reconocen que las Autoridades Centrales tienen una obligación, en virtud del artículo 7(h), para asegurar que los organismos de protección a la infancia hayan sido alertados de tal forma que puedan actuar para proteger el bienestar del menor en el momento del retorno en los casos en que su seguridad esté en entredicho, hasta que la competencia del tribunal apropiado haya sido in-

vocada efectivamente. Asimismo, recomienda la implementación de “órdenes de retorno sin peligro del menor” (safe return orders), que no es más que establecer procedimientos que permitan obtener, en la jurisdicción a la cual el menor es retorna do, todas las medidas provisionales de protección necesarias antes de la restitución (conf. pts. 3.18 y 6.3, págs. 41/42 y 79, respectivamente).

9º) Que, en consecuencia, a fin de garantizar los derechos a la salud integral y a recibir los cuidados especiales que la condición de la menor T.L. requiere, y de prevenir que sufra mayores daños con el traslado a realizarse, hágase saber a la Autoridad Central argentina que -por medio de los mecanismos adecuados- deberá informar a la Autoridad Central del Estado requirente (República del Perú) acerca de la salud psicofísica, el tratamiento médico y la asistencia educativa que estaba recibiendo la citada niña en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los efectos de asegurar la continuidad de dichas acciones terapéuticas con la debida asistencia de profesionales de la materia, y con el objeto de evitar un retroceso en el estado actual de la menor.

Asimismo, en virtud de las obligaciones señaladas y del interés superior del niño que debe primar en este tipo de procesos, hágase saber a la Autoridad Central argentina que deberá poner en conocimiento de la Autoridad Central del Estado requirente la urgencia con que debe resolverse la cuestión vinculada con el derecho de custodia y de visita de las menores, dadas las particularidades que presenta el caso.

10) Que, por último, dado que el citado interés superior del niño debe constituir la preocupación fundamental para los padres y en virtud de la rapidez que amerita el trámite iniciado por el actor a los efectos de que no se frustre la finalidad del CH 1980, corresponde exhortar a ambos progenitores de T.L. y B.S. a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitar a las niñas una experiencia aún más conflictiva. Igual requerimiento cabe dirigir a la señora jueza a cargo de la causa, que deberá realizar la restitución de la manera menos lesiva y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos.

Por ello y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario dedu-

cido, se revoca la sentencia apelada y, en uso de las atribuciones conferidas por el art. 16, segundo párrafo, de la ley 48, se hace lugar a la demanda de restitución. Con costas (art. 68 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Hágase saber a la Autoridad Central argentina lo establecido en el considerando 9º. Asimismo, esta Corte exhorta a los progenitores de los menores en los términos del considerando 10.

Notifíquese, devuélvase y comuníquese con copia a la Autoridad Central argentina.

Ricardo Luis Lorenzetti - Elena I. Highton de Nolasco - Carlos S. Fayt - Enrique Santiago Petracchi - Juan Carlos Maqueda - e. Raúl Zaffaroni.

Es copia

Parte II. Las mujeres y el aborto

La **Dra. Stella Maris Martínez**, Defensora General de la Nación y el **Dr. Julián Langevín**, Defensor Público Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, contestaron la vista conferida y requirieron a la CSJN que, en su función de intérprete y salvaguarda última de las disposiciones de la Constitución Nacional, se expida sobre la cuestión puntual del aborto en los caso de menores abusados para posibilitar un accionar correcto en casos similares.

El requerimiento de la Defensa Pública se realizó más allá de que en el caso concreto la cuestión había devenido abstracta porque la niña ya se había realizado el aborto.

En respuesta a lo solicitado, el máximo tribunal efectuó un análisis del artículo 86 inc. 1 y 2 del Código Penal de la Nación, optó por una tesis no restrictiva de los mencionados incisos y dejó en claro que cualquier tipo de víctima de violencia sexual puede realizarse un aborto no punible. Además, destacó que no resultaba exigible ni la denuncia ni la prueba de la violación como tampoco su determinación judicial para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción de un embarazo producto de una violación.

Contesta vista **Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación:**
Stella Maris Martínez, Defensora General de la Nación, y **Julián Horacio Langevín**, Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, constituyendo domicilio en la calle Paraguay N° 1855, 1° piso (contrafrente), Capital Federal, venimos a contestar la vista conferida.

- I. Asumimos representación** En atención a lo que surge de estos obrados, asumimos la representación que por ley le corresponde al Ministerio Público de la Defensa (cf. arts. 59 CC y 54, incisos “a”, “b”, “c”, “d”, “e”, “f” e “i” de la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946), respecto de la menor A. G., nacida el 3 de septiembre de 1994 (cf. fotocopia de la partida de nacimiento glosada a fs. 7 de los autos principales).
- II.** En tal carácter, nos expedimos con relación al recurso extraordinario federal concedido a fs. 673/676 (4/06/2010), el cual fuera interpuesto por el Tutor *Ad Litem* y Asesor de Familia e Incapaces del *nasciturus* a fs. 653/658vta., contra la sentencia dictada el 8 de marzo de 2010 por la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y de Minería del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut (cf. fs. 550/594vta.).
Por medio de tal pronunciamiento se dejó sin efecto la sentencia de la Alzada, y en consecuencia, se declaró que el caso de autos encuadra en el supuesto de “abortedo no punible” previsto por el inc. 2º, primera parte, del art. 86 del Código Penal.
- III. Procedencia** Respecto a la procedencia formal, cabe destacar, que se interpuso el remedio federal previsto por el art. 14 de la Ley 48, con sustento en que se halla en juego la aplicabilidad e interpretación del artículo 86, inciso 2º del Código Penal, a la luz del resto del plexo normativo nacional, y del derecho a la vida de la persona por nacer que consagran los pactos y tratados internacionales de rango constitucional (v. fs. 656).
El Supremo Tribunal Provincial resolvió concederlo, expresando en su parte pertinente: “(...) *El día 11 de marzo, en el Centro Materno infantil de Trelew, la menor A.G. fue intervenida médicaamente según informaron sus abogados, el día 12 de marzo, a las 10:51hs. (ver fs. 661). (...) A las 9,35 hs. del día 12 de marzo, en el carácter de tutor ad-litem del nasciturus y ejerciendo -simultáneamente- su representación promiscua, el Señor Defensor General Subrogante de la Provincia de Chubut, plantea Recurso Extraordinario Federal (...) Ni la recurrente, ni la representación legal de (...) han dado cumplimiento a los recaudos formales contemplados por la Acordada N° 04/2007 de la C.S.J.N. Esta circunstancia justifica por sí sola que este Cuerpo declare inadmisible, sin más, la apelación federal en estudio. No obstante ello y teniendo en cuenta que esta Sala declaró que en los presentes autos, media un innegable supuesto de gravedad institucional, corresponde conceder el Recurso Extraordinario Federal deducido, pese a que la práctica abortiva ya se realizó (art. 257 C.P.C.C.N.) (...) La ausencia de gravamen actual y concreto en el apelante, (...) autoriza a declarar abstracta la cuestión planteada pues los agravios invocados, han perdido virtualidad. (...) En la causa: “B.A. s/autorización judicial”, sentencia del 7/*

XII/2001, (*Fallos*, 324:4064 y sgtes.) en la que al tiempo de resolver, ya había tenido lugar el parto respecto de la cual, se solicitó la autorización denegada por el tribunal a quo, el Máximo Tribunal subrayó que dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos, (...)corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a la antes mencionada”(...).” (v. fs. 673/676).

No escapa a nuestro entender que, tal como lo señala el tribunal superior de la causa en el juicio de admisibilidad, el recurso extraordinario articulado no satisface los recaudos formales, en tanto el apelante incumplió con lo normado por el art. 2º y 4º del Reglamento aprobado por la citada Acordada N° 4/2007, pues sólo consignó en forma parcial los datos requeridos en la carátula, y se excedió en la cantidad de renglones allí previstos (cf. en similar sentido, sentencia del 26 de mayo de 2010, en los autos caratulados “*Vega, Beatriz María c/ Banco Formosa S.A. s/acción común*”).

Desde otra arista, cuadra destacar, que el libelo recursivo no satisface el requisito de fundamentación autónoma exigido para su procedencia; y por ende, resulta formalmente inhábil para su apertura (*Fallos*: 323:1261).

A ello cabe agregar, que al momento de la interposición del remedio federal, el recurrente carecía de legitimación para obrar. Nótese que el Tutor *Ad Litem* del *nasciturus*, y Asesor de Familia e Incapaces, efectuó dicha presentación el pasado 12 de marzo del corriente a las 9:35 hs. (cf. cargo de fs. 658vta.), fecha en la que su representado -lamentablemente- había dejado de existir, como consecuencia de la intervención quirúrgica practicada a su progenitora el día anterior, en el Centro Materno Infantil de Trelew, conforme fuera denunciado por sus letrados a fs. 648.

Tales extremos, sin lugar a dudas, provocaron el cese de su legitimación de pleno derecho. Consecuentemente, mal podía alegarse, y reconocerse la representación legal (art. 57 C.C.) y promiscua (art. 59 C.C.) que invocara, con relación a quien ya no existía (cf. art. 74 del Código Civil).

Por último, tampoco se desconoce que a raíz de la práctica abortiva realizada a nuestra asistida, la cuestión debatida ha devenido abstracta, como también fuera advertido por el *a quo*.

No obstante ello, ese Alto Tribunal reconoció que, en su función de intérprete y salvaguarda último de las disposiciones de la Constitución Nacional, es pertinente en ocasiones de gravedad obviar ápices formales que obstarían al ejercicio de tan elevada función (*Fallos*: 257:132; 260:114; 295: 376 y 879; 298:732; 300:1102, entre otros), circunstancias que según nuestro modo de ver, concurren en la especie, pudiendo V.E. utilizar la facultad excepcional contemplada en el art. 11 de la Acordada N° 04/2007.

Y lo cierto es, que la virtualidad de la cuestión propuesta se encontraba sometida al ritmo inexorable de un proceso biológico, como es el del embarazo de la menor y las posibilidades de concretar su decisión de practicarse un aborto en tiempo oportuno.

Si bien es una **regla general muy definida**, que no corresponde pronunciamiento alguno cuando las circunstancias sobrevinientes han tornado inútil la

resolución pendiente (Fallos: 267:499; 285:353 y 328:339), **también existen excepciones, y una de ellas es que el tema sea trascendente, de naturaleza federal o constitucional y que la combinación de todos estos factores luzca como difícil para la presentación de la oportunidad en que la Corte pueda analizar el tema.**

En tal sentido, y como precedentes válidos para nuestro sistema, cabe destacar que esta problemática fue abordada por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América al advertir que las cuestiones relacionadas con el embarazo -o su eventual interrupción- jamás llegaban al tribunal en término para dictar únicamente una sentencia, pues su tránsito por las instancias inferiores insumía más tiempo que el que lleva el transcurso natural del proceso biológico. Ante tal situación asumió, con relación a su orientación básica sobre la cuestión abstracta (*mootness*), una postura más amplia, en orden a poder facilitar a los tribunales la posibilidad de decidir cuestiones que probablemente se repetirán. En esos supuestos, la Corte Norteamericana mostró una notoria flexibilidad en torno a su concepción de las cuestiones abstractas en dos casos sobre aborto: “*Roe v. Wade*” (410 U.S. 113, 1973) y “*Doe v. Bolton*” (410 U.S. 179, 1973), en tanto se destacó que los temas relacionados con el embarazo no podían nunca revisarse en apelación por haberse producido ya el nacimiento. Ello motivó que la Corte buscara signos de que la cuestión no era abstracta, al encontrar latente un interés. (v. al respecto, Wasby, Stephen L., “La Suprema Corte en el sistema judicial federal” 4ta. Edición, Trad. del inglés de Patricia Bermejo, Ed. LEP, La Plata 2003, p. 291/292). Así, optó por decidir las cuestiones propuestas aún sin utilidad para el caso en que recaía el pronunciamiento, con la finalidad de que el criterio del tribunal fuese expresado y conocido para la solución de casos análogos que pudiesen presentarse en el futuro.

Y tal argumentación fue invocada por V.E. en oportunidad de expedirse en el precedente “*T.S.*” en cuanto sostuvo que “...la virtualidad de la cuestión propuesta se encuentra sometida al ritmo inexorable de un proceso biológico, como lo es el embarazo de la actora (...) esa problemática fue abordada por la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica...” “(...), en el sub lite se configura un caso actual, único e irrepetible...” (v. Fallos: 324:5, considerandos 4º y 5º).

Posteriormente ese Alto Tribunal señaló en el precedente “*B., A.*” que: “... **es harto difícil que, en la práctica lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que aquéllas conllevan sin haberse vuelto abstractas. De ahí que para remediar esa situación frustratoria del rol que debe poseer todo tribunal al que se ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición pero que escaparían a su revisión...**” (Fallos: 324:4061), debido a la rapidez con que se produce el desenlace de las situaciones que los originan (cf. Fallos: 310:819, considerandos 6 y 7 del voto de la mayoría y de la disidencia, y especialmente el considerando 7 del voto concurrente y jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana allí citada. Asimismo: “*Carroll v. Princess Anne*”, 393 U.S. 175, págs. 178/179, y sus citas; Fallos: 316:479, considerando 6 del voto de los jueces Cavagna Martínez, Boggiano, Belluscio y Petracchi), y no obsta a

la admisibilidad del recurso extraordinario que el hecho cuya autorización se requería haya acaecido (Fallos: 324:4061).

En ese entendimiento, la Corte de los Estados Unidos ha dicho que **es muy difícil distinguir, y en consecuencia que puede ser dificultoso, en la medida que sea posible, determinar el modo de precisar un test para establecer la cuestión en controversia -esto es, si se requiere una declaración judicial o bien una opinión judicial-** (cf. Maryland Casualty Co v. Pacific Coal and Oil Co., 312 U.S: 270, 1941, at 273).

En tal contexto, y en miras a determinar si estamos o no frente a un caso que amerite una declaración judicial, no puede soslayarse que en el *sub lite se encuentra involucrada una menor de edad* y, respecto al especial deber de protección de niñas y niños, el Comité de los Derechos del Niño interpretó que: **“Todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten”** (Observación General Nº 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño [artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44], adoptada el 3 de octubre de 2003). Por su parte, la Corte IDH señaló que **“La expresión ‘interés superior del niño’, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”** (Opinión Consultiva OC 17/2002, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, del 28/8/2002). En el ámbito interno, esa Corte Suprema ha entendido que el precepto apunta a dos finalidades básicas: **“las de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio, pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos”** (Fallos: 328:2870).

Sentado lo anterior, tampoco escapa a nuestro entender, que el control de constitucionalidad tiene por base la relación sustancial existente entre el peticionario y los hechos del caso sobre el que reclama; como así también que V.E. tiene dicho que se expide sobre la plataforma fáctica existente al momento de resolver (cf. Fallos: 269:31; 308:1087; 316:1824; 317:704; 321:865, y 330:642), es decir que no queda sujeta a los hechos existentes al momento en que se interpone el recurso. Asimismo, cabe destacar que en casos como el presente esa Corte Suprema no se encuentra limitada por las posiciones de las partes o del *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto en disputa (Fallos: 322:1616; 328:3142, entre muchos otros).

En el sub examen, la actualidad de la cuestión o el interés latente se refleja, en la necesidad de que A. y jóvenes como ella, vean efectivamente garantizado su derecho a su propia determinación (*self determination*) como parte de los derechos de su personalidad (v. Kemelmajer de Carlucci, Aída, “*El derecho del menor a su propio cuerpo*” en Borda, Guillermo A. (dir), “*La persona*

humana", Bs. As., La Ley, 2001, p. 252), y puedan continuar con su vida, sin más remordimientos y traumas de los que ya se han puesto en su camino, y en tal sentido es merecedora de una sentencia que declare que su conducta no es punible, en orden a las circunstancias fácticas que rodeaban al caso y a las argumentaciones jurídicas que a continuación se desarrollan.

El núcleo central de la cuestión planteada en autos en base a la situación fáctica hoy existente (en tanto el aborto ya se ha practicado), es determinar si el caso se encuentra comprendido dentro de uno de los supuestos de no punibilidad contemplados por el Art. 86 del Código Penal, cuya constitucionalidad, aunque de modo un tanto confuso y contradictorio, fue cuestionada por el recurrente. Por lo expuesto, consideramos que el recurso extraordinario ha sido bien concedido, y no empece a la admisibilidad del recurso que haya tenido lugar la interrupción del embarazo, respecto del cual se solicitó la autorización, en tanto las cuestiones a resolver constituyen caso federal suficiente.

IV. El caso de A.

Sentado ello, pasamos a dictaminar sobre el fondo de la cuestión planteada.

El difícil problema en torno al cual debemos expedirnos ha sido producto de una profunda meditación que nos conduce sin duda alguna, a la postura que a continuación expondremos y que se sustenta en el interés superior de nuestra defendida, pues no debe perderse de vista que aquel no es más que la satisfacción integral de los derechos fundamentales de A.

En tal sentido, la solución más contemplativa del interés superior de la niña, que como tiene dicho V.E., no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho, sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso (Fallos: 330:642), **será la que mejor satisfaga a todos ellos, entre los que cabe mencionar su derecho a la salud, integridad psicofísica, libertad personal, autodeterminación, dignidad, derechos reproductivos -comprendivos del derecho a formar una familia, a una maternidad libre y responsable-, el derecho sobre el propio cuerpo (derechos estos interdependientes y complementarios del derecho a la vida), como así también, su derecho a ser escuchada y a que su opinión sea tenida en cuenta.**

Asimismo, es dable remarcar, que **el examen no se agota con las necesidades actuales a satisfacer en el caso concreto al momento de resolver, sino que cualquier decisión obliga a proyectar la evaluación de cara al futuro, de modo que pueda considerarse cada fórmula como destinada a facilitar la formación de la menor y establecer las pautas para el desarrollo de su personalidad.** (cf. Roca y Trías, E., "Contestación" al discurso de ingreso de la doctora Alegría Borrás sobre "El interés del menor como factor de progreso y unificación en el ámbito del derecho internacional privado", Revista Jurídica de Cataluña 4 (1994) 976).

En ese entendimiento, cabe entonces preguntarse desde el inicio: **¿Cuáles eran las alternativas disponibles? y ¿Cuál de todas ellas contemplaba efectivamente su interés superior?**; entendido este, en sus dos funciones clásicas: la de "controlar" y la de "encontrar una solución" (**criterios de control y de solución**).

En el **criterio de control**, el interés superior del niño orienta a velar porque el ejercicio de los derechos u obligaciones de los niños sea correctamente efec-

tuado. Mientras que, en el **criterio de solución**: la noción de interés superior sirve para ayudar a las personas que deben tomar decisiones hacia los niños a elegir una buena solución, es “*la pasarela indispensable entre el derecho y la realidad psicológica*” (v. al respecto Fulchiron H., “*De l’ intérêt de l’enfant aux droits de l’ enfant in Une Convention, plusieurs regards. Les droits de l’ enfant entre théorie et pratique*”, IDE, Sion, 1997, p. 30 ss, citado por Jean Zermatten en el “*El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico*”, Informe de trabajo, 3-2003, puede consultarse en http://www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf).

El embarazo forzado de la niña, como resultado de la violación que sufrió, dio lugar a un dilema, frente al cual ninguna de las opciones posibles permitía salvaguardar todos los intereses en juego. Las circunstancias que rodearon el pedido de interrupción del embarazo formulado en este caso daban cuenta de lo dramático de la situación que se vio obligada a atravesar nuestra defendida, y que enseguida nos conducen a sostener que no hay en estos casos opciones ideales de resolución.

Ésta es la característica que en definitiva comparte el caso con las causas de justificación en general: ante la imposibilidad de compatibilizar los intereses en conflicto, es inevitable adoptar una decisión que implique el sacrificio de alguno de los bienes jurídicos en juego. Frente a un conflicto de esta naturaleza, en la que aparecen intereses contrapuestos que no pueden ser armonizados, la amenaza de sanción penal ante la interrupción del embarazo aparece de modo evidente como una coerción extrema, inaceptable e inapropiada.

Así las cosas, conviene repasar la historia de nuestra defendida, de la cual surge que la joven A. pasó por una situación que dejará inevitables secuelas en su aparato psíquico. La interrupción de un embarazo representa en sí misma también una situación traumática, que requiere de un proceso de elaboración y cuyo recorrido no puede preverse de antemano, y es en realidad lo que hoy debiera preocuparnos.

Bajo tales lineamientos, nos compete en este estadio de las cosas y, en el rol de representantes de la menor A., repasar su pasado; analizar las posibles interpretaciones del caso, como así también, de la normativa invocada, para determinar si la solución a la que se arribó en definitiva era la que mejor contemplaba los delicados intereses en juego.

IV.1. Sobre el embarazo de A. y los abusos sexuales sufridos

El 3 de diciembre del año 2009 la Sra. A. L. F. denunció ante el Ministerio Público Fiscal que el 13 de noviembre del mismo año su marido había violado a su hija A. de 15 años de edad. En esa oportunidad, reseñó una situación de abuso sexual ocurrida desde que la niña tenía 11 años (v. fs. 1/vta.).

Al comprobarse el embarazo de la niña, como resultado de la violación, se inició un largo derrotero para obtener un pronunciamiento judicial que autorice la práctica del aborto, con fundamento en el artículo 86 del CP.

Tras dos pronunciamientos contrarios a la pretensión por la jueza de primera instancia y la Cámara de Apelaciones, el 8 de marzo de 2010 la Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia Provincial se pronunció, por unanimidad, a favor de la reali-

zación del aborto legal. Consideró que (a los efectos de evaluar la procedencia del permiso contenido en el art. 86, inc. 2, CP) el embarazo de A. fue producto de la violación cometida por el Sr. O.N. (Cf. consid. V, voto Dr. Caneo; consid. VI, voto del Dr. Pasutti; y consid. V. 2, voto del Dr. Royer). También tuvo por probado que O.N. *había abusado sexualmente de ella durante aproximadamente cuatro años* (Cf. consid. V, voto del Dr. Caneo; y consid. V.2, voto del Dr. Royer).

O.N., de 51 años de edad, era el esposo de la Sra. F. desde que A. tenía 3 años de edad. Además, es el padre de cuatro de sus hermanos, y en la causa judicial se tuvo por cierto que, si bien no es el padre biológico de la niña, en la organización familiar ocupaba un rol parental. Por tales motivos, el abuso sexual era vivido por la joven con un tinte incestuoso.

IV.2. Sobre los obstáculos interpuestos para el acceso al aborto no punible No pueden dejar de remarcarse los obstáculos que debió sortear nuestra defendida previo a practicarse en definitiva el aborto, pues aún cuando el requerimiento esgrimido por la Sra. F. y por su hija tuvo resolución favorable al llegar a la máxima instancia local y la joven pudo practicarse el aborto, el caso muestra que los derechos de la niña fueron violados por las trabas interpuestas, que impidieron que la niña pueda acceder en forma inmediata a la práctica legal, y que sin duda alargaron sus padecimientos y consecuentemente colocaron en riesgo su vida.

En este orden de ideas cabe mencionar, en primer lugar, la negativa del Hospital a realizar la intervención sin una autorización judicial que así lo disponga. Y aunque en el expediente no se esgrimió una negativa formal del Hospital a realizar el aborto con anterioridad a la judicialización del pedido, queda claro que el nosocomio se negaba a proceder sin un pronunciamiento judicial que lo avale. Así, al ser consultado por la jueza de familia sobre la viabilidad del pedido, el Director del Hospital informó que para poder derivar el requerimiento al comité de Bioética del Hospital, era fundamental que la magistrada informe si en el caso planteado concurrían las condiciones excepcionales previstas por el art. 86 del Código Penal (fs. 40).

Además, la madre de la joven explicó que compareció ante el Poder Judicial Provincial debido a la falta de respuesta de los profesionales de la salud. No se ve por qué motivo no habría que creerle a la madre, quien en todo momento acompañó la decisión de su hija de interrumpir el embarazo.

En segundo término, una vez judicializada la cuestión, la niña tuvo que atravesar un largo derrotero judicial, no exento de una gran cuota de revictimización, que la colocó al borde de las posibilidades reales de poder acceder a la práctica.

Recordemos que el embarazo fue acreditado el 23 de diciembre (v. fs. 60 del expte. 25.661). El 14 de enero la Sra. F., en representación de su hija menor de edad, requirió al juez interviniente en la causa penal que dictara una orden judicial a efectos de interrumpir el embarazo y preservar el material genético de prueba. El 15 de enero el juez de instrucción decidió que carecía de facultades de impulso durante la etapa de investigación y que la presentación debía pasar por la Fiscalía. El mismo día, la Fiscal General afirmó que el fuero penal no era el competente para este pedido (v. fs. 79, 83 y 859).

En el mes de enero la madre realizó la presentación ante el fuero de familia, peticionando la habilitación de la feria judicial. En la causa civil tomó participación la Asesora de Familia e Incapaces (fs. 22), se notificó del trámite al padre de la adolescente (fs. 25 vta.), se nombró curador *ad litem* a la joven y posteriormente se le dio participación de ley (fs. 19, 42 y 50). La niña fue escuchada personalmente por la jueza y luego se presentó por propio derecho y designó a sus abogados defensores (fs. 38 y 42). También tomó intervención la Asesora de Familia e Incapaces, en representación promiscua de A. y del *nasciturus* (fs. 49), y la tutora *ad litem* del mismo (fs. 72/79).

Se requirió al Director del Hospital Regional que informe si de acuerdo a los Protocolos el aborto se podía practicar en condiciones lícitas (fs. 28) y se solicitó opinión médica al Comité de Bioética (fs. 50/51). El jefe de departamento de Tocoginecología del Hospital Regional de Comodoro Rivadavia opinó que la comprobación de la violación le consta a la justicia (fs. 80/81). El Comité de Bioética *Ad Hoc* designado por el Director del Hospital Regional el 15 de febrero recomendó la no interrupción del embarazo a fin de no causar mayor daño psíquico a la a la menor madre (ya dañada por el abuso sexual y violación) (fs. 140/143vta.).

Sobre el estado de salud de la niña se pronunciaron: a) psicólogas del Equipo Técnico Interdisciplinario (E.T.I.) (fs. 27/vta.); b) el Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito; c) especialistas en psiquiatría y psicología del Hospital de Comodoro Rivadavia (fs. 82 y 83); d) la psicóloga del E.T.I. presentó además el resultado de las entrevistas a miembros de la familia, relativas a la salud psíquica de la niña (fs. 92); e) cuatro psicólogos del Hospital Regional de Comodoro Rivadavia (fs. 125/126).

El embarazo y el estado de su avance fueron constatados por el médico forense (fs. 46) y por el Jefe del departamento de Tocoginecología del Hospital Comodoro Rivadavia (fs. 128).

El 16 de febrero, la jueza de primera instancia rechazó la solicitud para la interrupción del embarazo (v. fs. 153/169vta.). El 25 de febrero, la Sala B de la Cámara de Apelaciones confirmó la decisión de Primera Instancia (v. fs. 350/379vta.). Contra esta sentencia, la Sra. F. y su hija interpusieron recurso de casación y de inconstitucionalidad (v. fs. 387/407vta.). Finalmente, el 8 de marzo la Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia de Chubut dictó sentencia y, por unanimidad, dejó sin efecto la sentencia recurrida y declaró que el caso encuadraba en el art. 86, inc. 2º, CP. El 11 de marzo, se llevó a cabo la intervención en el Centro Materno Infantil de Trelew.

Es decir, transcurrieron casi dos meses de tramitación judicial, contados desde la primera presentación en la que se solicitó la venia judicial para la realización del aborto, para poder acceder al aborto legal. Durante la tramitación del proceso, la niña fue sometida a múltiples exámenes y evaluaciones, que configuraron un proceso de victimización secundaria constatado por los profesionales del Hospital Regional, quienes advirtieron que “la adolescente ha sufrido un proceso de victimización primaria en manos de su victimario, y actualmente continúan las vivencias de victimización por encontrarse expuesta a diversas instancias de evaluación y abordajes institucionales” (fs. 125/126, el destacado me pertenece).

De tal relato, emerge con meridiana claridad que la exigencia de una venia judicial para la interrupción de un embarazo en los casos comprendidos en el art. 86, CP, o del pronunciamiento de un Comité de Bioética, son requisitos no previstos por la ley que redundaron en una nueva afectación de los derechos de la joven, ya que se vio impedida de acceder a un aborto legal en forma inmediata. En cambio, fue sometida a un proceso revictimizante que insumió prácticamente dos meses de tramitación, lo que casi hace frustrar las posibilidades de acceder a la práctica.

Estas circunstancias implicaron la imposición de cargas desproporcionadas sobre sus derechos.

Sobre este aspecto, la Corte Suprema de Justicia Norteamericana se refirió en el precedente “*Casey*”, explicando que el sufrimiento de la mujer que decide abortar es demasiado íntimo y personal como para que el Estado insista en su propia visión del rol de la mujer. El destino de una mujer debe ser determinado en gran medida por su propia concepción de sus imperativos espirituales y su lugar en la sociedad. Y concluyó, que exigir requisitos que tengan por objeto o efecto interponer obstáculos sustanciales para acceder a un aborto en los casos en los que la práctica está permitida, constituye la imposición de una carga indebida, lo cual “*no puede ser considerado un medio permisible para servir los fines legítimos del Estado*” (Cf. Corte Suprema de Justicia, EE.UU., *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 1992).

Como se desarrollara *infra*, el principio de legalidad (art. 18 C.N.) impide que se restrinja o se dilate excesivamente el acceso al aborto no punible a través de la exigencia de requisitos no contemplados normativamente, y mucho menos, a través de extremos que convierten a supuestos previstos en la ley en letra muerta o que signifiquen la imposición de cargas desproporcionadas para la mujer. Los obstáculos para acceder a procedimientos legales y seguros se convierten en obstáculos para acceder al derecho a la salud, a la integridad y a la dignidad.

Bajo este entendimiento, **adelantamos desde ya -sin perjuicio de las consideraciones que a continuación argumentaremos- que debe rechazarse la interpretación sostenida por el recurrente** en cuanto afirma: “...no es posible (...) extender la aplicación del precepto a casos que, como el de autos, deben ser *precedidos por una investigación penal que -aventando toda duda razonable- finaliza con una declaración que establece la existencia de la violación, a la vez que individualiza y castiga a su autor. Cuestión que, por otra parte a pesar de la falta de discusión fáctica de autos, aquí no ha sucedido*” (v. fs. 657vta. último párrafo y 658), en tanto dicha investigación excedería los tiempos de la gestación.

De ningún modo puede sostenerse que el art. 86, inc. 2º, CP, exige una sentencia de condena, en tanto el principio de legalidad y de razonabilidad coartan este tipo de exégesis.

Como es sabido, la ley nº 21.338 incluía como requisito de procedencia que la víctima haya instado la acción penal (en la legislación nacional nunca se exigió que haya recaído condena). Sin embargo, esta ley fue derogada y la exigencia desapareció de la legislación vigente. En sentido coincidente se pronuncia la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal (AAPDP), al afirmar que es innecesario exigir la prueba del autor de la violación y/o del embarazo. La

mujer no está obligada a hacer la denuncia por violación y nadie la puede investigar de oficio si no la hizo. Si invoca falsamente una violación como causa del embarazo, su hecho será un aborto punible, con o sin error invencible del médico que lo practique (v. <http://www.aapdp.com.ar/>).

Por tanto, se considera que en nuestro marco jurídico basta con que se invoque con seriedad la existencia del hecho ilícito (Cf. Voto del Dr. Pasutti, en esta causa, consid. VI, último párrafo; en sentido coincidente, S.C.J., Provincia Buenos Aires, R.,L.M., rta. 31/07/2006, voto del Dr. Genoud). Pero nunca puede de considerarse que sea necesaria una sentencia de condena.

La exigencia de requisitos no previstos legalmente, como los que tuvo que sortear la niña A. para acceder a la interrupción del embarazo, o como los que pretende exigir el recurrente, violan derechos de la niña consagrados en la Constitución Nacional y en tratados internacionales de derechos humanos elevados a igual jerarquía.

IV.3. Sobre la afectación de la salud

En la causa judicial quedó sobradamente probado el riesgo que generaba el embarazo en la salud e incluso en la vida de la joven A.

En este sentido, se puede mencionar la evaluación realizada por distintos profesionales que tuvieron intervención en el caso:

- a) Psicólogas del Equipo Técnico Interdisciplinario (E.T.I.) se ocuparon de destacar que los efectos del abuso sexual infantil han sido equiparados con el de un disparo en el aparato psíquico, y que su impacto es aún mayor en el caso particular por el embarazo de la niña. Refirieron que la joven había decaído a partir de la confirmación del embarazo, que presentaba síntomas depresivos e ideas suicidas persistentes, rechazo del embarazo (pues consideraba intollerable calificar como hijo a quien sería hijo del padre de sus hermanos y del marido de su madre), que el impacto producido por el embarazo complejizaba enormemente la tarea reparatoria, y que la continuidad del embarazo presentaba grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida (fs. 27);
- b) El Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito también relató que se acreditaba una importante sintomatología depresiva reactiva y sobre todo la recurrencia de ideaciones autodestructivas (fs. 66);
- c) Especialistas en psiquiatría y psicología del Hospital de Comodoro Rivadavia resaltaron nuevamente la presencia de una sintomatología depresiva reactiva a las vejaciones y violaciones sufridas desde los 11 años e ideaciones suicidas si el embarazo no era interrumpido (fs. 82/83);
- d) Profesionales del E.T.I. presentaron además el resultado de las entrevistas a miembros de la familia, quienes también indicaron que ven decaer a la joven y transmitieron gran preocupación (e incluso algunos manifestaron certeza) sobre la posibilidad de que la adolescente atente contra su vida en caso de obligarla a seguir con el embarazo (fs. 92);
- e) Cuatro psicólogos del Hospital Regional de Comodoro Rivadavia informaron que la adolescente presenta un cuadro con sintomatología de carácter depresivo, reactiva a la situación de abuso reiterado desde los 11 años de edad, violación y posterior embarazo. Acerca de las ideaciones suicidas, no desestimaron la posibilidad del pasaje al acto de dichas ideas, encontrándose,

en consecuencia, en continuo riesgo de vida. Señalaron que el embarazo era vivido inconscientemente de manera siniestra y catastrófica ya que aunque biológicamente el victimario no era el padre, emocionalmente la niña lo consideraba como tal (fs. 125/126).

f) El Comité de Bioética *Ad Hoc* designado por el Director del Hospital Regional también concluyó que existía riesgo de vida para la niña en caso de no interrumpir el proceso de gestación, aunque consideró que podía controlarse por otros medios (fs. 140/143).

Sobre la base de lo informado por los distintos especialistas, la Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia provincial tuvo por probado que la continuidad del embarazo contra la voluntad de la adolescente implica un grave riesgo para su integridad psíquica (Cf. Consid. V, voto del Dr. Caneo; y consid. V, voto del Dr. Pasutti; y consid. V.2, voto del Dr. Royer), e incluso un riesgo de vida (Cf. Consid. V, voto del Dr. Caneo; y consid. V, voto del Dr. Pasutti).

No quedan dudas, entonces, acerca de que el embarazo producto de la violación por parte de su padrastro ocasionaba a la niña una grave afectación a su salud e incluso riesgo de vida.

En realidad, la afectación a la salud psíquica suele acompañar los abusos sexuales, y con mayor presencia cuando como resultado del abuso se produce un embarazo no deseado. En el caso particular, otras circunstancias que también incrementaron el impacto en la salud de la adolescente son la edad de la víctima y el hecho de que el autor del abuso era su padrastro (y padre de algunos de sus hermanos), a quien reconocía como autoridad paterna.

Por ello, entendemos que además de quedar comprendido este caso en los supuestos contenidos en el inciso 2, art. 86, CP, el caso de A. encuadra también en los términos del inciso 1.

En tal sentido, se ha sostenido que la *justificación del aborto* debe abarcarse dentro del *ejercicio del derecho a la integridad física o mental*, no sólo en el caso del aborto terapéutico, sino también en el del sentimental o ético y del eugenésico.

Conforme a nuestra ley, la hipótesis genérica está contenida en el inc. 1º del segundo párrafo del art. 86 del CP: “...si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro o puede ser evitado por otros medios.” **Dado que la ley, con todo acierto, exige peligro para la salud, abarcando la salud psíquica (toda vez que no distingue), el resto de las hipótesis constituyen casos particulares de este supuesto: es incuestionable que llevar adelante un embarazo proveniente de una violación, es susceptible de lesionar o agravar la salud psíquica de la embarazada** (v. Zaffaroni, Eugenio, “*Manual de Derecho Penal, Parte General*”, Ed. Ediar, Buenos Aires, Segunda Edición, Tercera Reimpresión, 2006, p. 503).

Algunos magistrados también han delineado expresamente esta interpretación. Tal es el caso del voto de la Dra. Kogan en el caso “*L.M.R.*”, en el que se requería el acceso al aborto legal en un caso de una mujer con discapacidad mental, embarazada como consecuencia de una violación; quien señaló si bien el caso había sido encarrilado primordialmente en torno de la aplicación del inciso 2º del art. 86, CP, las características de una situación de hecho como la que se examinaba

no habrían permitido descartar *a priori* un examen a la luz de los recaudos del inciso 1º del art. 86 según lo interpreta el Profesor Eugenio R. Zaffaroni (Del voto de la Dra. Kogan, S.C.J. Buenos Aires, *R., L. M.*, rta. 31/07/2006).

En sentido similar se sostuvo que, el supuesto del embarazo derivado de una violación no es más que un caso particular de la hipótesis general de peligro para la salud de la madre del artículo 86, inciso 1º, CP, por lo que el encuadre en dicha premisa general tiene expresamente en cuenta que el supuesto también se verifica particularmente en el inciso 2º, en tanto el embarazo es producto de una violación (Del voto del Dr. Loustaunau, C.Corr.Crim. Mar del Plata, O., M. V., rta. 21/02/2007).

Y lo cierto es, que en el *sub lite* se tuvo por cierto el riesgo a la salud y a la vida de la niña: Por ello el caso, además de estar comprendido en los supuestos contenidos en el inciso 2º, art. 86, CP, encuadra en las dos hipótesis previstas en el inciso 1º.

A partir del concepto que la vida tiene en los tratados internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional (Art. 75 inc. 22 CN), la interpretación propiciada del Art. 86 inc. 1 CP, es decir el aborto terapéutico fundado en el peligro para la vida o la salud de la madre se encuadra en el presente caso sin forzar de modo alguno su literalidad ni los argumentos.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) en su Constitución de 1946, define “salud” como el estado de completo bienestar físico, mental espiritual, emocional y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (v. http://www.who.int/features/factfiles/mental_health/es/). La salud implica que todas las necesidades fundamentales de las personas estén cubiertas: afectivas, sanitarias, nutricionales, sociales y culturales. La Convención de los Derechos del Niño en sus art. 24, 25 y 26 habla del derecho a la salud y a la seguridad social del niño. La combinación de “supervivencia y desarrollo” que aparece en los arts. 24 y 26 de la C.D.N tiene como finalidad hacer hincapié en el valor esencial de las actividades que realicen los Estados Partes, sobre la base de reforzar la salud de los niños mediante medidas preventivas de atención sanitaria. Esto no se limita a una perspectiva meramente física, sino que lo que se trata de garantizar es el pleno y armónico desarrollo (espiritual, moral y social), y la función fundamental de la educación en el logro de éste desarrollo (Weinberg, Inés, “*Convención sobre los Derechos del Niño*”, Ed. Rubinzal Culzoni, 2002, p. 397).

En ese sentido, es dable destacar que el aborto terapéutico no es otra cosa que un estado de necesidad (art. 34 inc. 3º, CP), una situación en que se encuentra una persona que, como medio inevitable para salvar bienes jurídicos propios o de terceros, ataca un bien de menor entidad relativa. La comparación entre ambos bienes es siempre un concepto relativo, que cuando no surge del texto de una norma expresa se basa en la medición aconsejada equitativamente por las circunstancias del caso concreto.

De allí que se considere de vital importancia un pronunciamiento de V.E. que brinde certeza sobre los alcances de la norma y sobre la forma en que deben proceder las agencias públicas para no reiterar conductas que pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado, en tanto, los com-

promisos asumidos por nuestro país implican no sólo la obligación de respetar tales derechos (en el sentido de imponer límites a la actuación estatal para no violarlos), sino también el deber de garantía. En virtud de esta última obligación, los Estados tienen que *“organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”* (Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, y párr. 166).

Sin embargo, es frecuente que el personal médico se niegue a practicar los abortos no punibles establecidos en el Código Penal y exija una autorización judicial para realizarlos, cuando en realidad son éstos y no los jueces quienes están capacitados para determinar cuándo existe un peligro para la vida o la salud de la madre. Y lo cierto es que, este requisito no está previsto en la ley y su exigencia impide, en muchos casos, el goce efectivo del derecho a la salud y a la autonomía.

El principio de respeto prohíbe las intervenciones arbitrarias de los Estados en el acceso al aborto justificado, ya que constituyen una vulneración de los derechos de las mujeres a la salud, a la autonomía, a la dignidad y a la vida, entre otros. El deber de garantía busca que se responda al acceso efectivo a los servicios legales y seguros para la interrupción del embarazo cuando se acreditan los supuestos en los que el aborto no es punible, como una medida para garantizar los derechos de las niñas involucradas en estos casos.

Dicho de otro modo, el principio de respeto impide a los funcionarios judiciales o sanitarios imponer requisitos no legales y trabas burocráticas que dilaten indebidamente el acceso al aborto permitido, y que además muchas veces implican una carga desproporcionada para las mujeres. Y el deber de garantía exige al Estado que implemente las acciones positivas necesarias para asegurar el acceso efectivo a la práctica médica a aquellas mujeres que deseen interrumpir un embarazo en los supuestos en los que la intervención está justificada, en los términos del art. 86 del CP.

No obstante ello, estos compromisos no lograron traducirse en prácticas vigentes, como quedó evidenciado en el caso que nos ocupa, en tanto la falta de implementación de las políticas públicas adecuadas que ayuden a las mujeres a evitar embarazos no deseados (planificación familiar, implementación de protocolos médicos que especifiquen qué debe entenderse por grave daño a la salud que justifique la interrupción del embarazo), conducen a que tengan que recurrir a abortos clandestinos, y hacen que en Argentina las muertes por aborto sean la primera causa de muerte materna (v. Bergallo, Paola *“Aborto y justicia reproductiva: una mirada sobre el derecho comparado”*, Doctrina, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Buenos Aires, 2010, Fascículo N° 7, p. 1139), especialmente en adolescentes.

La salud de la mujer embarazada no es una cuestión menor. Según los datos de Unicef del año 2007, relativos a estado mundial de la infancia, se observa que una de cada tres mujeres en América Latina queda embarazada antes de cumplir los veinte años y una de cada 160 mujeres en la región muere como resultado del embarazo (cf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, *“El derecho*

humano a la vida íntima de la mujer embarazada, el riesgo grave para la salud y el principio de igualdad frente a los casos de no punibilidad, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Su impacto en el derecho argentino”, v. <http://www.laleyonline.com.ar>).

En base a lo hasta aquí delineado, en cuanto al caso sujeto bajo análisis y al largo recorrido que tuvo que emprender nuestra defendida para obtener un pronunciamiento judicial que la habilitara a llevar a cabo la práctica legalmente, conviene ahora sí, repasar las distintas interpretaciones del artículo en cuestión, como así también evaluar cuál es el límite del poder punitivo del Estado en casos como el de autos.

V. La normativa cuya interpretación se cuestiona.

V.1. Facultades y obligaciones del Estado en materia penal

El ser humano es causa y fin del Derecho (*Hominum causa omne ius constitutum est*, L. 2, D. *De st. Hom.*, 1,5.). La vida humana tiene un valor intrínseco, en el sentido de que una decisión como la discutida en autos excluye consideraciones instrumentales -las vidas no pueden ser utilizadas como medio para otras vidas-, cuantitativas -muchas vidas no valen más que una-, y subjetivas -el valor personal asignado por cada uno no cuenta en principio, al igual que el económico o cultural- (cf. Dworkin, Ronald, “*El dominio de la vida*”, ed. Ariel, Barcelona, 1994, cap. III, p. 93 y ss.). Por ese orden de razones, debe concluirse que una despenalización *in totum* del delito de aborto no podría admitirse, ya que lo contrario implicaría permitir que cualquier persona pudiera disponer del fruto de la concepción, incluso en contra de la voluntad de la madre. Ello así, ya sea que se considere a la persona por nacer como una persona actual o un estadio previo que carece de autonomía por formar parte del cuerpo de la madre, dado que una discusión tal parece en principio irrelevante para la resolución del *sub lite*, pues tanto en uno como en otro caso la ley protege, en general, tanto la vida y los intereses del concebido como de la persona ya nacida.

Sin embargo, la ley los protege de manera diferente, tanto en sede civil como en penal. El Derecho Civil reclama que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas (art. 63 Cód. Civil), pero priva a las personas por nacer de la mayoría de lo que suelen considerarse atributos fundamentales de las personas, como el nombre, estado y domicilio. Tampoco pueden adquirir todos los derechos, sino sólo algunos, *como si* hubiesen nacido (art. 70 Cód. Civil). Y no pueden contraer obligaciones, ya que se lo considera *como si* hubiesen nacido solamente para todo lo que sea favorable, lo cual contradice el concepto mismo de persona (todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, art. 30 Cód. Civil). El remate de esta situación ficcional, donde una persona por nacer se considera como si fuese igual que una persona nacida, acarrea otra irrealidad que es pura creación legal, dado que si naciere sin vida o muriese antes de estar completamente separado del seno materno, se considera al feto *como si* nunca hubiese existido (art. 74 Cód. Civil).

La distinción marcada por el nacimiento responde precisamente a ese incontrastable dato de la realidad. Toda utilización de ficciones y especialmente aquellas que siguen la filosofía del “*como si*”, tal como la establecida expresamente por el legislador civil, además de tener un cierto sustrato real, únicamente resultan

admisibles si justifican utilitariamente el deliberado y práctico desvío de la realidad en que incurren (cf. Marí, Enrique, “*La teoría de las ficciones*”, ed. Eudeba, 2002, cap. XII, “*Hans Vaihinger y las ficciones del “como si”*”). Esto no implica negar el estatus de persona del *nasciturus*, sino precisamente reconocerlo y a la par destacar que, como es un concepto jurídico inventado por el Derecho, responde a razones esencialmente pragmáticas, entre las cuales se revela como principal la protección de la vida del concebido, pero sin descartar otras, en base a las cuales no se establecen legalmente los mismos derechos que las personas ya nacidas. A juicio de Alfredo Orgaz, el razonamiento que ignore la ficción trazada por el legislador, incurre en el equívoco de asimilar vida humana con persona, que en el sentido técnico asignado por el Derecho significa una cualidad puramente jurídica, que se aplica a todos los sujetos del derecho, sean o no individuos humanos, vgr. personas jurídicas o de existencia ideal (v. Orgaz, Alfredo, “*Personas Individuales*”, Ed. Depalma, 1946, págs. 34). Obviamente, la ley protege la vida y los intereses del concebido por respeto a la vida humana, que ya existe, pero sin olvidar la diferencia signada por el nacimiento.

Este modo de ver las cosas fue receptado por V.E. en el caso “*Sánchez*”, donde, reconociendo la calidad de persona del concebido a los fines de conceder la indemnización prevista por la ley 24.411, a la abuela del por nacer, admitió el reclamo a tal beneficio indemnizatorio por *iure proprio*, en virtud del daño que la pérdida del embarazo a término le ocasionaba. Así se sostuvo: “...el art. 30 del Código Civil define como personas a todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones; mientras que el art. 63 señala como especie del género “persona” a las “personas por nacer”, definiéndolas como aquellas que, no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno. 10) Que el propio Orgaz enfoca la cuestión al distinguir el concepto de “hombre” del de “persona”, y dice “...Persona es, por tanto, quien tiene la aptitud de poder ser titular de derechos y de deberes. Como se trata de una aptitud ‘jurídica’, es claro que ella emana del derecho y sólo tiene sentido y validez dentro del derecho. La personalidad, por consiguiente, no es una cualidad ‘natural’, algo que existe o pueda existir antes de todo ordenamiento jurídico y con independencia de éste: es una cualidad puramente jurídica, repetimos, algo que el derecho construye para sus fines particulares...” (op. cit. pág. 7). Remarca la distinción entre “persona” e “individuo humano” afirmando que la personalidad es “un procedimiento técnico, un expediente jurídico de unificación de derechos y deberes alrededor de un centro. Ser persona es ser el centro ideal de un conjunto de relaciones jurídicas, actuales o solamente posibles” (op. cit. pág. 12)”. 11) (...) Por lo tanto, tratándose en el caso del fallecimiento de una persona “por nacer”, vale decir una de las especies jurídicas del género persona según nuestra ley civil, y aplicando la máxima latina *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus, no existe motivo alguno para negar a la señora Sánchez su pretensión.*” (C.S.J.N., S. 1091. XLI., “*Sánchez, Elvira Berta c/ M° J y DD HH - art. 6 ley 24.411 (RESOL 409/01)*”, rta. el 22/5/2007).

La perspectiva sostenida en el precedente citado, en el sentido de considerar que las personas por nacer no significan jurídicamente lo mismo para la ley que las personas ya nacidas, más allá de compartir el sustrato común de vida

humana, también fue relevada por V.E. en el caso “*Blanco*”, donde, interpretando los alcances de la ley 24.043, negó que la privación ilegal de la libertad que sufriera su madre, mientras el causante se hallaba en el vientre materno, menoscabara de algún modo su libertad física o ambulatoria. Por ello, pese a ser persona, pero indudablemente derivado del hecho de no haber nacido aún, no podía ser sujeto pasivo del delito de privación de la libertad que su madre había sufrido. Así, se afirmó: “*7º) Que resultan completamente diferentes las circunstancias que se presentan en autos, donde el actor Blanco reclama la reparación por haber estado en el seno de su madre cuando aquélla fuera privada de su libertad del 24 de noviembre al 24 de diciembre de 1978. En este sentido, no es posible afirmar que Blanco, en tales condiciones, ha sufrido un menoscabo a su libertad física o ambulatoria, ni tampoco -aun con una lectura más abarcadora- que haya visto limitada de algún modo su esfera de actuación o de libre decisión, por lo que el caso excede el ámbito de aplicación encuadrado bajo las previsiones de la ley 24.043.*” (cf. C.S.J.N., B. 718. XLII, “*Blanco, Luciano Ramón c/ Mº J y DDHH - art. 3 ley 24.043 (resol. 399/03)*”, sentencia del 12/8/2008).

Con respecto al Derecho Penal, nuestro código de fondo estructura los delitos contra la vida bajo dos formas principales: el homicidio y el aborto, cuya frontera viene dada por el nacimiento de la persona, a partir de la cual se tornan aplicables las mayores penalidades previstas por el art. 79 y ss. CP. La regulación del delito de aborto se caracteriza por estar basada en los criterios siguientes: a) represión severa para quien comete el aborto sin el consentimiento de la madre (art. 85, inc. 1º, CP) y menos grave para quien lo realiza mediante violencias sin intención (art. 87 CP.); b) represión relativamente severa para quien practica el aborto con el consentimiento de la mujer (art. 85, inc. 2, CP); c) represión atenuada de la mujer que se práctica ella misma el aborto o consiente que se lo practique un tercero (art. 88 CP.); d) impunidad de los llamados aborto terapéutico, eugenésico, y sentimental -cuya discusión aquí se plantea- (art. 86 CP), como así también de la tentativa de aborto causada por la propia mujer (art. 88 *in fine*, CP).

De la manera como el legislador argentino reguló los comportamientos incriminados y de acuerdo a la graduación de las sanciones previstas para cada uno de los casos, se puede considerar que el presupuesto tomado en consideración es, en primer lugar, la protección del bien jurídico vida humana desde su etapa embrionaria. A la vez, nuestro Código Penal estima, bajo ciertas circunstancias, como diferentes la persona por nacer y la persona ya nacida, lo que se deduce además de las constataciones que se enuncian a continuación:

- a. Distinción clara entre aborto y homicidio.
- b. No sanción del hecho de causar por negligencia la destrucción del embrión, a diferencia de la represión del homicidio culposo (art. 84 CP).
- c. Preferencia reconocida a la vida y a la salud de la madre frente a la vida embrionaria, en caso de peligro grave y siempre que la mujer consienta (aborto terapéutico, eugenésico y sentimental, que aquí se discute).
- d. No sanción de las lesiones causadas, dolosa o culposamente, al feto. Tales hechos que son reprimidos como lesiones (daños a la integridad

corporal o a la salud física o mental) cuando se trata de un ser humano ya nacido (arts. 89, 90 y 91 CP).

e. No sanción de la tentativa de aborto protagonizada por la propia mujer.

f. La severidad de las penas previstas en caso de homicidio, en relación con las estatuidas para el aborto, muestra claramente que el primero es considerado como un acto significativamente más grave que el aborto.

Esa forma de legislar con relación al aborto es común a todos los crímenes, y en especial con respecto a los delitos contra las personas ya nacidas, donde algunas muertes no son tenidas en cuenta para aplicar una sanción por el derecho penal porque no son típicas, otras porque se encuentran justificadas, unas porque la conducta no es culpable, y otras por razones de política criminal, (art. 34 CP). En las que caen bajo su dominio, algunas prevén una pena determinada para el autor (Art. 79 CP.), otras establecen penas menos graves (art. 81, 82, 83, y 84 CP.), o en otros casos, sanciones mucho más graves (art. 80 CP). La renuncia a la criminalización del aborto en determinados casos (art. 86 CP) no implica renuncia a la protección del derecho a la vida, porque el Derecho Penal es solamente uno de los aspectos que otorgan relevancia a ese valor vida. De hecho, ello puede observarse en los ataques a la vida de la persona ya nacida, cuya destrucción se halla sancionada por el delito de homicidio, pero el Estado puede no aplicar pena, pese a la muerte de una persona, cuando no concurre una acción típica, antijurídica y culpable.

Ello deja al descubierto también que, aún para el derecho penal, la muerte de una persona causada por otro no siempre será seguida de una pena (v. Soler, Sebastián, “*Derecho Penal Argentino*”, Ed. Tea, 1978, T. I, p. 302). Y también marca que la protección de un derecho no siempre implica la aplicación del derecho penal. Por ejemplo, medidas de seguridad social son constitucionalmente exigibles para el *nasciturus* y nada tiene que ver el Derecho Penal con ello (art. 75, inc. 23, C.N.). Para una absoluta postura contraria, estarían derogadas la legítima defensa (en más de un caso se han visto implicadas mujeres embarazadas como sujetos activos en homicidios, robos con armas y secuestros extorsivos), el estado de necesidad, el cumplimiento de la ley, el error de tipo, el caso fortuito, el estado de necesidad exculpante, la inimputabilidad y la inculpabilidad en general. Es decir, de un plumazo se borraría toda la construcción que a través de siglos se realizó en orden a la aplicación de una pena con sólidas bases constitucionales. A su vez, también implicaría exigir la criminalización y la aplicación de penas como consecuencia de todas las violaciones a todos los derechos, trasformando así al Derecho Penal en una rama omnicomprensiva de todas las ramas jurídicas, olvidando que en realidad es la *ultima ratio*, debido a su carácter esencialmente subsidiario y fragmentario. En esa inteligencia, conviene señalar que aún cuando en nuestro medio no esté suficientemente resuelto el problema de si -y en su caso, con qué requisitos- el legislador puede estar obligado a penar una conducta lesiva de bienes jurídicos, lo que es seguro es que no existe un mandato constitucional de punición absoluta en todos los casos. La circunstancia de que nuestra legislación otorgue protección a la vida humana desde el momento de la concepción no resulta suficiente para justificar la penalización total sin excepciones, en espe-

cial si se considera que dicha tutela, de igual modo que la protección de otros bienes jurídicos, puede asumir formas diferentes a la adopción de políticas públicas represivas.

A la hora de abordar esta cuestión no debe incurrirse en una interpretación panpenalista (Cf. Ferrajoli, Luigi, *“Derecho y razón”*, Editorial Trotta, 1995, pág. 702), entendiendo erróneamente que lo que no está previsto por una ley penal sencillamente no está protegido por el ordenamiento jurídico. En efecto, aunque el reconocimiento de la existencia de un bien jurídico crea para el Estado la obligación de protegerlo, ello no significa que dicha obligación deba traducirse necesariamente en la sanción de normas penales (Gullico, Hernán *“¿Es inconstitucional el art. 86 inc. 2º del Código Penal?”* en Doctrina Penal, Nº 11, Año 1988, págs. 499 y 500).

Por su parte, Roxin señala con certeza que la protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el derecho penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El derecho penal sólo es la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema, como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, y las sanciones no penales. Por ello, se denomina a la pena como *ultima ratio* de la política social y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos (Cf. Roxin, Claus, *“Derecho Penal. Parte General”*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1997). A su vez, la categoría de bien jurídico, como límite al ejercicio penal, requiere de la lesión a un bien para justificar su prohibición y punición como delito, lo que se erige como condición necesaria, pero nunca suficiente para ello (Cf. Ferrajoli, ob. cit., pág. 471).

Como se verá en el siguiente apartado, el art. 86 del CP, enumera supuestos que justifican la práctica del aborto por entender que ante la imposibilidad de compatibilizar los intereses en pugna, se debe necesariamente sacrificar alguno de los bienes jurídicos en juego. La interrupción del embarazo en estos supuestos está íntimamente relacionada con el ejercicio del derecho a la integridad -tanto física como mental-. Así lo ha entendido Zaffaroni: *“La justificación del aborto debe abarcarse dentro del ejercicio del derecho a la integridad física o mental, no sólo en el caso del aborto terapéutico, sino también en el del sentimental o ético y del eugenésico”* (Zaffaroni, ob. cit., p. 503).

V.2. Constitucionalidad del artículo 86 CP

V.2.a). La norma

En su redacción actual, el artículo 86, segundo párrafo, del Código Penal argentino establece que: *“El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1º si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2º si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.”*

La fuente del precepto bajo análisis fue el Anteproyecto de Código Suizo de 1916, en su versión en francés del original en alemán. El resultado de este peculiar recorrido dio lugar a un texto cuyos alcances aún se discuten. El ante-

proyecto suizo, en su original en alemán, distinguía claramente tres situaciones en las que el aborto estaba permitido: por un lado, en el supuesto de violación (*Notzucht*), es decir el acceso carnal logrado mediante fuerza o intimidación, que se traduce literalmente como “cría en emergencia”, pero significativa de reproducción forzada; y la profanación o estupro (*Schändung*), que proviene del verbo desdorar, mancillar (*Schänden*), que se debe interpretar como el ataque sexual contra alguien incapaz de consentimiento válido (además de las mujeres con alteraciones mentales -llamadas entonces “idiotas”- se incluían en este caso a las que estuvieran inconscientes y a las que por cualquier otra razón no pudieran consentir el acto, Cf. Niño, Luis, “*Acerca del régimen legal para la interrupción voluntaria del embarazo*”, Libro homenaje a Nelly Minyersky, en prensa, y voto de la Dra. Kogan, S.C.J. Buenos Aires, R., L. M., rta. 31/07/2006, consid. 15). El tercer supuesto previsto en el antecedente, que es mencionado expresamente en las consideraciones de la comisión legislativa, aunque no aclarado expresamente en la legislación nacional, era cuando el embarazo provenía de un incesto. El problema que presenta la norma, entonces, responde al hecho de que al realizarse la traducción no se reparó en la circunstancia de que el derecho alemán emplea nombres técnicos distintos para la violación por la fuerza y para la violación de mujer insana o incapaz de consentir, a diferencia de lo que ocurren con el artículo 119, CP, que designaba, en su anterior redacción, con la palabra “violación” todos esos supuestos (Cf. Soler, ob. cit., T 3, p. 114).

Pues bien, la expresión “*Schändung*” del alemán, fue traducida al francés como “*attentat à la pudeur d'une femme idiote, alinée, inconsciente ou incapable de résistance*”. La traducción literal de la versión francesa al español arrojó como resultado la incorporación a nuestro Código Penal de una expresión equívoca y extraña a nuestra terminología, como es “atentado al pudor”, concepto que no figura en otra parte del Código Penal (Cf. Soler, ob cit, p. 114; Donna, Edgardo Alberto, “*Derecho Penal. Parte Especial*”, T. I, Rubinzel-Culzoni Editores, 2003, p. 195).

Por su parte, la discusión parlamentaria de la norma giró preponderantemente en torno al fin eugenésico. En este sentido se expresó en 1922 la Comisión de Códigos del Senado, que fue la que propuso la incorporación de este artículo, al celebrar en su informe que ésta fuera, “...la primera vez que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico para evitar que de una mujer idiota o enajenada, o de un incesto, nazca un ser anormal o degenerado” (v. Moreno (h), Rodolfo, “*El Código Penal y sus antecedentes*”, Buenos Aires, H.A. Tomassi, 1922/1923, Tomo III, p. 420).

Como veremos, el resultado de la adaptación al castellano del texto en francés ha traído como consecuencia distintas disquisiciones del inciso 2º. Conforme a la interpretación restrictiva, este inciso autorizaría la interrupción del embarazo sólo ante el supuesto de violación de una mujer insana, mientras que la interpretación amplia incluye en el permiso otros casos en los que el embarazo fue impuesto a la mujer por conductas ilícitas. La mayor extensión de la norma es sostenida por la doctrina mayoritaria (Zaffaroni, ob. y lugar citados, Donna, ob. y lugar citados; Soler, Sebastián, ob cit., p. 107 y ss; Fontán Balestra, Carlos, “*Tratado de Derecho Penal*”, ed. Abeledo Perrot, 1983; T. IV, p. 255; Terán

Lomas; Roberto A.M., *“El aborto de la mujer víctima de violación”*, en J.A. t. 29, 1975, p. 453; Jiménez de Asúa, Luis, *“El aborto y su impunidad”*, La Ley t. 26, p. 977; Molinario, Alfredo J., *“Los delitos”*, ed. Tea, 1996, p. 217; Gómez, Eusebio, *“Tratado de Derecho Penal”*, Compañía argentina de editores, 1939, T.II, p. 144; y Ramos; Juan P. *“Curso de Derecho Penal. Segunda Parte”*, Ed. Biblioteca Jurídica Argentina, 1957, t. V, p. 73/74).

Sin embargo, antes de analizar cuáles son los postulados de las distintas corrientes y las consecuencias de sostener una u otra interpretación, resulta de interés analizar el contexto histórico en el que la norma fue incluida en nuestro orden jurídico. Se considera que esta perspectiva permitirá explicar el surgimiento de las exégesis restrictivas, a la vez que echará luz sobre su insostenibilidad actual.

V.2.b). Contexto histórico

Si bien hoy es fácilmente reconocible que, además de la vida intrauterina, existen otros bienes jurídicos cuyo resguardo se persigue en la regulación penal del aborto, que son los derechos en cabeza de la mujer embarazada como su vida, su salud, su integridad psicofísica, su dignidad o su autonomía; es ciertamente destacable que tal reconocimiento no acontecía en los albores de la regulación. La realidad de las mujeres al momento de sancionarse el artículo 86, CP era completamente diferente a lo que es en estos tiempos. Las mujeres eran prácticamente desconocidas como sujetos de derechos, ya que no se les reconocía la titularidad de derechos civiles ni políticos. En cuanto a los derechos políticos, sabido es que el sufragio femenino no se obtuvo hasta 1947, y ninguna mujer ocupó una banca en el Congreso Nacional hasta 1951; lo que significa que las mujeres no formaron parte de las discusiones parlamentarias que precedieron la regulación de los derechos en general, y en especial, de delitos tales como los sexuales o el aborto. En cuanto a la legislación civil, mención especial merece la regulación destinada a las mujeres casadas. De acuerdo al Código Civil de 1869, al contraer matrimonio las mujeres quedaban bajo una especie de tutela del marido: la ley civil declaraba de modo expreso la incapacidad relativa de la mujer casada (art. 57, inciso 4, CC, en su redacción original) y las colocaba bajo la representación necesaria del marido (art. 57, inciso 4, CC, en su redacción original). Al contraer matrimonio, las mujeres no podían ser sujetos de contratos sin la licencia del esposo, de modo tal que cabía a éste decidir sobre los trabajos y las profesiones de la esposa, ni podían administrar sus propios bienes. Tampoco podían estar en juicio sin licencia especial del marido (Cf. Barrancos, Dora, *“Inferioridad jurídica y encierro doméstico”*, en Historia de las mujeres en la Argentina, T. I., Colonia y S. XIX, Fernanda Gil Lozano, Valeria Silvina Pita y María Gabriela Ini, dir., Editorial Taurus, Buenos Aires, 2000, p. 112 y ss.). Sobre esa situación jurídica de *incapaz* de la mujer coincide toda la doctrina civilista (v. por todos, Llambías, Jorge Joaquín, *“Tratado de Derecho Civil Parte General”*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1978, Tomo I, p. 572, nota 180). Ciertamente, el lugar de inferioridad jurídica que se separaba a las mujeres hasta mediados del siglo XX influyó para que el espíritu orientador en la protección contra los abusos sexuales, lejos haya estado de afirmarse en la libertad de elección y en la integridad sexual.

En efecto, en ese marco histórico y social, la ley penal reguló los ataques

sexuales en el Título II, CP, bajo el título “*Delitos contra la honestidad*”. En lugar de buscar proteger la libertad e integridad sexual de las mujeres, la regulación de los ataques sexuales buscaba resguardar el honor y nombre de quienes eran sus “dueños”, responsables o tutores: sus maridos, padres, hermanos, etc. (Cf. Rodríguez, Marcela, “*Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas*”, en *Las trampas del poder punitivo*, Birgin, Haydée comp., Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 151). Y no podía ser de otra forma; el acento de lo ilícito no podía colocarse en la lesión a la libertad de la mujer, pues precisamente su virtud y su reputación descansaban en la limitación de su sexualidad a los confines del matrimonio. La apelación a la honestidad consolidaba el imaginario reductor de la mujer por razón de las naturales funciones sexuales y de procreación de la esposa, y la idea de su fragilidad por razón del peligro de que le fuera arrebatada la honra, con el consiguiente ultraje al marido o a la familia que la tutela hasta tanto se despose (Cf. Asúa Batarrita, Adela, “El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales”, en *Género, violencia y derecho*, Laurenzo, Patricia; Maqueda, María Luisa y Rubio, Ana Coord., Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 106 y ss.). Existía, por tanto, una “cosificación” de la honestidad de la mujer: ésta era valiosa y debía protegerse jurídicamente, en la medida en la que de esta forma se aseguraba el interés que determinados varones tenían sobre esa mujer. Entonces, como la libertad sexual, integridad sexual y dignidad de las mujeres no eran bienes jurídicos tutelados por el Código Penal, es entendible que este argumento haya estado ausente en la discusión parlamentaria sobre los casos de aborto justificados. Estas circunstancias también son útiles para explicar las interpretaciones restrictivas que surgieron alrededor del artículo 86, inciso 2º, CP, conforme a las cuales la norma excluiría de sus alcances a las mujeres que resulten embarazadas luego de una violación, pero que tengan pleno uso de sus facultades mentales. Aquella falta de reconocimiento de los derechos femeninos, sumado a una confusa traducción de la versión originaria de la norma, ha favorecido la elucubración y persistencia de una exégesis que desconoce derechos elementales. Por tanto, tal interpretación, a más de incorrecta, se revela inconstitucional.

La ley nº 25.087, de Delitos contra la Integridad Sexual, modificó en 1999 el Código Penal en lo relativo a los delitos sexuales y reconceptualizó el bien jurídico tutelado por tales normas. El Título III del Código pasó a llamarse “*Delitos contra la integridad sexual de las personas*”. El cambio propuesto apunta a incriminar actos que atentan contra la integridad física, psíquica y moral de las mujeres y los hombres, que significan una agresión sexual contra la autodeterminación como seres humanos, personas libres para decidir sobre su sexualidad y sobre su propio cuerpo. En este sentido, la nueva ley concibe las agresiones sexuales como una injuria a la integridad de la víctima y no a su pureza o castidad, o al honor de algún varón. Poniendo énfasis en que el bien jurídico que se busca custodiar es la integridad y dignidad de las personas, independiente de cualquier otra consideración, además de modificarse el título, se elimina toda referencia a la honestidad y al estado civil de las víctimas (Cf. Rodríguez, ob cit., p. 151/153).

Una interpretación sistémica de nuestro orden jurídico exige que la exégesis del artículo 86, CP, tenga en cuenta la tutela que brinda la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos y la legislación dictada en consecuencia, entre la que se encuentra el Código Penal, a los derechos de las mujeres que se encuentran vulnerados cuando resultan embarazadas como consecuencia de una violación sexual.

Las posturas que restringen el alcance del artículo 86, inciso 2º, CP, desconocen esta protección y constituyen, por tanto, rémoras de épocas en las que se desconocía a las mujeres como sujetos de derecho.

Cabe resaltar que la regulación tradicional de los delitos sexuales como “delitos contra la honestidad” se ha extendido hasta hace poco más de 10 años. Por ello, no puede asombrarnos que las pautas de interpretación largamente asentadas en aquella regulación desplieguen todavía su influencia en numerosos aspectos, tal como sucede en el caso de la interpretación del artículo 86 CP.

V. 2.c). Inconstitucionalidad de la exégesis restrictiva

De acuerdo al principio de legalidad, no hay delito sin ley penal previa, escrita y formal, emitida por los órganos políticos autorizados por la Constitución Nacional. Conforme a este principio, el ejercicio del poder punitivo del estado es admitido si, y sólo si ha sido previsto por el poder encargado de tal determinación, impidiendo la aplicación de penas por conductas que escapan a la letra de la ley. De este principio se deriva uno más específico, conocido como “Principio de interpretación estricta”. La idea básica que subyace a este principio es la siguiente: los jueces deben abstenerse de condenar en aquellos casos en los que sea dudoso que la ley penal autorice la condenación.

Como consecuencia ineludible de la imprecisión propia del lenguaje, resultan dudas interpretativas que no se pueden sortear. Por ello, se espera del legislador la mayor precisión semántica, mientras que incumbe a los jueces -al tiempo de interpretar la ley- la máxima taxatividad legal. Ante las oscuridades de la norma, entra en juego el principio de interpretación estricta: los jueces pueden ir por la solución más extrema y declarar la inconstitucionalidad de la ley, o avocarse a la máxima taxatividad en la interpretación y otorgar al texto el sentido más restrictivo de poder punitivo (Zaffaroni, Raúl, “*Manual de Derecho Penal, Parte General*”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 98/120). En consecuencia, como se señaló, si el lenguaje de los textos legales en juego es tal que es dudoso si un caso individual es punible o no lo es, los jueces deben sencillamente abstenerse de condenar.

La misma lógica que prohíbe extender las condiciones objetivas de punibilidad, prohíbe restringir las causas de exculpación o las de exclusión y supresión de la punibilidad. Sobre este aspecto, Roxin advierte, que está prohibido restringir las causas de exculpación o las de exclusión y supresión de la punibilidad más allá de los límites de su tenor literal, o extender, haciendo lo propio, las condiciones objetivas de punibilidad [...] pues de ese modo simultáneamente se está ampliando, más allá del actual tenor literal de la ley, la punibilidad de quien se ampara en la concurrencia o, respectivamente, no concurrencia de sus circunstancias (v. Roxin, Claus, ob. cit., págs.150-151).

En efecto, limitar la interpretación de la excepción significa tanto como ampliar

el delito genérico, lo que equivale a no respetar el principio de legalidad: si se considerara que el aborto practicado para resguardar la salud de la mujer embarazada no estaba justificado, significaría que la mujer que prestó consentimiento para salvar su vida también cometió el delito de aborto. Lo mismo cabe afirmar sobre la interrupción de un embarazo sobre una mujer sana que fue violada; la interpretación restringida de la norma conlleva una indebida ampliación del tipo penal.

En conclusión, la exégesis restrictiva del artículo 86 no tiene cabida en nuestro marco constitucional.

Al respecto es dable recordar que V.E tiene dicho que: *“las leyes no deben ser interpretadas solamente en razón de sus circunstancias históricas sin consideración de las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley -y en especial la Constitución- tiene, por naturaleza, una visión de futuro y está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción.”* (Fallos 330:4988) pues, *“la hermenéutica de las normas constitucionales y legales no puede ser realizada por el intérprete en un estado de indiferencia respecto del resultado, y sin tener en cuenta el contexto social en que tal resultado fue previsto originariamente y habrá de ser aplicado al tiempo de la emisión del fallo judicial”* (Fallos: 331:1262).

V.3 Análisis actual

En este acápite se presentarán otras razones que llevan al convencimiento de que las tesis restrictivas sobre los alcances del artículo 86, CP deben desecharse. Para ello, se analizarán a continuación los argumentos que suelen presentarse para justificar la posición estrecha y se las contrapondrá con las razones esgrimidas a favor de la exégesis amplia. **Si bien el planteo del recurrente hace alusión a los alcances del inciso 2º, artículo 86 CP, de la lectura de la sentencia apelada surge que en el caso estaba acreditada la afectación a su salud psíquica y que ello acarreaba riesgo a su vida. Por tales motivos, corresponde abocarse a examinar los alcances de ambos incisos de la norma en cuestión.**

V.3.a). Artículo 86, inciso 1º CP

Como se mencionó, las interpretaciones restrictivas alrededor del inciso 1º giran en torno a desconocer el permiso en caso de peligro para la salud, restringir el concepto de “salud”, a salud física, o exigir la acreditación de gravedad del riesgo.

El artículo 86, CP, en su 1º inciso autoriza la interrupción del embarazo cuando corre peligro la vida o la salud de la mujer. Claramente se observa que el llamado “aborto terapéutico” se habilita ya sea que corra peligro la vida de la mujer, o que corra peligro su salud, descartando la claridad de la norma toda reducción al sólo peligro para la vida de la mujer.

Con respecto al alcance que se le debe dar a los permisos allí contenidos, el principio de legalidad al que ya se hizo referencia descarta por completo aquellas interpretaciones que excluyen los supuestos previstos de modo expreso por la ley. Así, el principio mencionado rechaza cualquier exégesis que excluya de los casos justificados los supuestos de afectación para la salud de la mujer embarazada, o que exija certeza del resultado lesivo para su vida o su salud.

En relación con el significado que se debe otorgar al concepto de salud, Edgardo Donna explica que *“no se trata del puro funcionamiento orgánico, físico, sino que está incluido el daño psíquico. Sería absurdo negar la necesidad frente a enfermedades mentales, graves depresiones, tendencias suicidas de la madre, etc.”* (Donna, Edgardo, *“La necesidad como base del aborto justificado. Comentarios a un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires”*, Revista de Derecho de Familia, LexisNexis, 2006-I, p. 160). A favor de este entendimiento se pronunció calificada doctrina y jurisprudencia (Cf. Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles, Ministerio de Salud, 2007, cit.; Declaración de juristas sobre la Guía para la atención integral de los abortos no punibles, cit.; Observatorio Argentino de Bioética, *“Aborto por motivos terapéuticos...”*, ob. cit.; Declaración de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, ob. cit.; Zaffaroni, Eugenio, Manual de Derecho Penal, ob. cit.; entre otros).

Por tanto, es preciso acatar un entendimiento integral de “salud”, como: *“un completo estado de bienestar físico, psíquico y social, y no solamente como la ausencia de enfermedades o afecciones”*, de acuerdo a la definición adoptada por la Organización Mundial de la Salud.

V.3.b). Artículo 86, inciso 2º CP

De admitirse que el permiso legal contenido en el inciso 2º del artículo 86, CP únicamente autoriza la interrupción del embarazo de una mujer violada que además es insana, se generaría un efecto de discriminación respecto a otras mujeres violadas que no tienen afectadas sus facultades mentales. Mientras que en el caso de las primeras se considera su derecho a la dignidad y a no ser tratadas como un mero receptáculo u objeto de reproducción, se desconocería igual derecho de las segundas. La interpretación restrictiva, de este modo, vulnera también el derecho a la igualdad y al principio de no discriminación. En este sentido, se ha dicho que *“[n]i la historia del texto legal ni los principios constitucionales en juego permiten concluir que nuestro sistema institucional autoriza el aborto de la mujer violada que sufre de una discapacidad mental mientras se lo niega a la que carece de tal, imponiéndole una maternidad forzada por la violencia”* (Ramos, Silvina; Bergallo, Paola; Romero, Mariana y Arias Feijoó, Jimena, *“El acceso al aborto permitido por la ley: un tema pendiente de la política de derechos humanos en la Argentina”*, en Informe Anual del CELS 2009: Derechos Humanos en Argentina, Siglo XXI, Buenos Aires, 2009, p. 469. En sentido similar, Faerman, Romina, *“Algunos debates constitucionales sobre el aborto”*, en Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, T II, Coord. Gargarella, Roberto, Abeledo Perrot, 2008, p. 677/678).

Tampoco podría admitirse que ese alcance restringido está dado por la situación de mayor afectación que representa que la víctima insana no pueda comprender y procesar lo que le sucede, porque de ser ese el fundamento, cabe preguntarse: ¿por qué no se reconocería tal permiso a las niñas que han sido víctimas de una violación? Pues, si se limitara la cuestión a la afectación a su salud psíquica o física, la norma sería también redundante, pues esos supuestos quedan alcanzados por el inciso 1º. El inciso 2º no exige acreditación de la afectación de la salud (aunque es previsible que esa afectación esté pre-

sente ante un embarazo que sea resultado de una violación). Los extremos a acreditar son distintos, y sólo le cabe a la mujer en cuestión decidir si prefiere someterse a un examen destinado a indagar en algo tan íntimo como su salud psíquica, o si opta por acreditar seriamente que fue víctima de una violación. Además, la tesis restrictiva también invoca argumentos gramaticales para apoyar su interpretación. En ese sentido sostienen que, si se hubiera querido incorporar dos supuestos diferenciados, se tendría que haber incluido una “coma” antes de la “o”, para separar los términos “violación o atentado al pudor”, y se invoca en apoyo de esa postura la coma que sí estaba incluida en la fuente de la norma.

No obstante, al remitirse al anteproyecto suizo se comprueba que la inclusión de la “coma” era al sólo efecto de separar dos de los tres supuestos enunciados. Nuestro Código omitió el último supuesto por lo que la “coma” se torna innecesaria, sin que signifique que todo se reduce a un sólo supuesto. Así lo ha destacado Jiménez de Asúa, al sostener que *“aun cuando no supone una incorrección ortográfica poner coma antes de las conjunciones (pues en algún caso excepcional puede resultar necesario) lo cierto es que de ordinario ellas no van antecedidas de ese signo”* (Cf. Jiménez de Asúa, ob. cit., p. 977). En general, la coma no se emplea cuando los elementos conjuntivos de una categoría gramatical semejante están ligados por las conjunciones “y”, “e”, “ni”, “o”, “u” (Cf. Cipriano, Néstor Aníbal, *“El uso de la coma”*, ed. Depalma, 1999, p. 59).

También en base a aspectos gramaticales, se despliega otra divergencia en cuanto al requerimiento del consentimiento del representante legal ‘en este caso’. Según los partidarios de la tesis restringida, cuando el Código señala que “en este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido”, pondría en evidencia que se trata de un único supuesto, dado que no cabe exigir el consentimiento del representante si la mujer es capaz.

No puede olvidarse que para la época de redacción de la norma bajo análisis, según el Código Civil, la mujer era considerada “incapaz” (v. por todos, Llambías, Jorge Joaquín, ob. cit., T. I, p. 570/573) y su marido era el representante legal, obviamente necesario para avalar la decisión de la mujer en las pretéritas épocas de sanción de la norma, donde sus elecciones no eran consideradas válidas, en general, por el derecho. Por ende, la referencia al consentimiento del representante no aporta argumentos sólidos para avalar la tesis restrictiva, porque tanto en uno como en otro caso, (sea por razones de sexo o por enfermedad) se requería la venia del representante legal. Esto demuestra lo anacrónico de la norma y la necesidad de una reinterpretación a la luz de la Constitución Nacional. En nuestra opinión, no obstante abarcar varias hipótesis, consideramos que la *ratio legis* bajo la cual puede reconducirse la norma es unitaria, pero en un nuevo sentido. Lo que tienen en común los dos supuestos abarcados por el inciso 2º del art. 86, conocidos como sentimental y eugenésico, es que las mujeres fueron víctimas de violación. Esta circunstancia, además de guardar una real conexión racional con el delito interpretado (aborto), pues vincula el estado de gravidez con el acto criminal que lo generó, demuestra a la vez que la procreación no fue el resultado de la libre elección y decisión de la mujer, sino que le fue impuesta por un acto delictivo, afectando gravemente

no solamente su integridad sexual, sino también el derecho a su autonomía procreativa. Pensamos que la exégesis restrictiva ha otorgado una desmesurada relevancia a una pretensa finalidad eugenésica, que es discutible ya que no surge expresamente del texto legal. La voluntad del legislador no siempre es la voluntad objetivamente reflejada en la ley, ya que de lo contrario la tarea del juez se limitaría a la de mero historiador del derecho. En particular, una aclaración tal cobra importancia a poco de considerar el diferente *status* que la ley otorgaba a la mujer de aquellos tiempos, bien disímil al vigente en el presente, de acuerdo a la reseña antes efectuada, de la cual se desprende una ostensible preterición de la autonomía sexual y reproductiva de la mujer, derechos fundamentales que hoy no pueden soslayarse. Por ende, debe estarse a las palabras de la ley (atentado al pudor de una mujer idiota o demente), que inequívocamente reflejan un sujeto pasivo cuyo discernimiento se halla afectado por salud mental. El llamado aborto “eugenésico” en realidad no sería tal, sino un aborto no punible por falta de consentimiento de la víctima al provenir el embarazo de un abuso sexual, especialmente destacado por la incapacidad relativa emergente de su estado de salud, situación que torna exigible además el consentimiento del representante legal. Si esta premisa es correcta, no existe inconveniente alguno para extender también la falta de punibilidad a todas las mujeres cuyo embarazo fue producido por la misma clase de acto criminal (violación), pues el texto legal y las razones antes expuestas permiten su inclusión. Se correlacionan así el delito sexual que le dio origen con el delito cuya punibilidad se discute, cobrando además vocación aplicativa los demás argumentos aportados por la postura amplia. A ello se añaden las muy especiales circunstancias derivadas de la violación, que en hechos como los analizados en la especie afectan tanto la integridad física como psíquica del sujeto pasivo, máxime si se trata de una niña y el abuso sexual fue cometido por un adulto que cumplía el rol de padre. En palabras de Dworkin, la violación no es simplemente la ausencia de consentimiento y deseo de la víctima, pues además de ser exactamente lo opuesto a ello, reduce a la mujer a un mero objeto físico, a ser una criatura cuya importancia se agota en su uso genital, alguien cuyo amor propio y sentido de sí misma no tiene significación alguna excepto como vehículo de degradación sádica, en condiciones especialmente horribles por la posibilidad de que se conciba un ser humano con resultado de ese crimen (ob. cit., pág. 126/130). En esa inteligencia, la denominación y contenido del llamado aborto “sentimental” para la interrupción del embarazo no punible por haber sido resultado de una violación, resulta demasiado estrecha y poco respetuosa de los derechos constitucionales involucrados, y se revela además como peyorativa, puesto que en realidad no reconoce en toda su magnitud que el embarazo proviene de un crimen que atentó contra la integridad sexual de la mujer y contra su autonomía procreativa. Ello aparece evidente si se recuerda que, en una muestra de discriminación inaceptable en el presente, se llegó a negar causas sentimentales en el aborto de la joven violada por su novio, la campesina forzada por el jornalero, o la sirvienta por su patrono, aunque se lo aceptaba para las mujeres de “selecta sensibilidad” (Jiménez de Asúa, ob. cit. p. 1000). En síntesis, una postura adversa implicaría excluir, sin razones

constitucionalmente válidas y por el contrario con efectos netamente discriminatorios, al resto de las mujeres afectadas por la misma clase de delitos.

En virtud de todo lo expuesto, no caben dudas de que la interpretación correcta del precepto legal en cuestión, armónica y sistemática con el ordenamiento jurídico en su conjunto, es la interpretación amplia de los supuestos de aborto no punible. Esta exégesis, además de ser la que mejor se condice con los estándares constitucionales e internacionales, encuentra sustento en la letra de la norma.

VI. Convencionalidad del art. 86 CP

A continuación profundizaremos el análisis de constitucionalidad en función de los pactos internacionales que, a partir de la reforma constitucional de 1994, integran nuestro ordenamiento jurídico con rango constitucional por mandato del art. 75 inc. 22. Entre los diversos tratados internacionales se encuentran: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH o Convención Americana); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCyP); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW); la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN). El art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional especifica que estas convenciones se incorporan al plexo normativo con jerarquía constitucional *“en las condiciones de su vigencia”*. Esto significa que los instrumentos internacionales deben ser aplicados respetando la interpretación que de ellos se hace en el derecho internacional o regional en el que están insertos. Así lo entendió VE, en el caso *“Giroldi”*, en el que sostuvo que la frase “las condiciones de su vigencia” significa *“tal como la [Convención Americana sobre Derechos Humanos] efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”* (Fallos: 318:514, cons. 11). Vale decir que las decisiones y observaciones de los comités encargados de monitorear el cumplimiento de los tratados sirven como pautas interpretativas. Así, V.E. otorgó a la jurisprudencia emanada de los respectivos órganos de aplicación de los tratados un valor destacado. En esta línea, varios precedentes de este Máximo Tribunal han establecido que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte Interamericana o Corte IDH) es vinculante para el Estado cuando interpreta la Convención Americana (Cf. Fallos: 315:1492; Fallos: 318:514; Fallos: 319:3148; Fallos: 321:3555; Fallos: 328:341; Fallos: 327:5668; Fallos: 328:2056).

La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 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 Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (Fallos, 328:2056, voto del Dr. Maqueda, cons. 64).

Ya con anterioridad, en referencia a la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso *Bulacio* (Cf. Corte IDH. Caso *Bulacio*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100) V.E. había reconocido que las decisiones del Tribunal Interamericano eran de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino, por lo cual la Corte Suprema también debía subordinar el contenido de sus decisiones a lo pautado por el Tribunal internacional a fin de no comprometer la responsabilidad del Estado (Fallos: 327:5668, cons. 6).

Del análisis que se hará a continuación se desprende que la interpretación propiciada del artículo 86, CP no sólo no colisiona con los derechos reconocidos por los tratados internacionales, sino que resulta imperiosa a la luz de las obligaciones internacionales emanadas del *corpus iuris* internacional, incluyendo las decisiones y recomendaciones de los órganos de protección que lo integran. Como se desarrollará a continuación, para el derecho internacional de los derechos humanos la despenalización del aborto en ciertas condiciones es compatible con las normas de tratados internacionales que consagran el derecho a la vida. Aún más, según los órganos del sistema internacional de derechos humanos, la penalización del aborto en ciertos supuestos, como cuando el embarazo es resultado de un ataque sexual, vulnera numerosos derechos de las mujeres reconocidos en los instrumentos internacionales.

En efecto, el derecho de las mujeres a acceder al aborto en los casos permitidos por la ley se vincula con el respeto y ejercicio de los derechos a la igualdad, a la vida, a la salud, a la autodeterminación, a la privacidad, a la dignidad y a la no discriminación. Todos estos derechos, en cuyo análisis nos centraremos, están reconocidos y garantizados por la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos incorporados a su texto con jerarquía constitucional, y las leyes vigentes.

VI.1. Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

En el caso de marras, el apelante alega que la interpretación que hace la sentencia recurrida para declarar la aplicabilidad al caso del art. 86 inc. 2º, CP y autorizar en consecuencia la práctica del aborto es “*claramente opuesta al derecho a la vida de toda persona*”, conforme a los tratados internacionales de derechos humanos. En el marco del sistema interamericano, la Convención Americana reconoce el derecho a la vida a través del artículo 4.1: “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”. Sin embargo, la cuestión traída por el recurrente, acerca de la incompatibilidad de los abortos justificados con las normas que protegen el derecho a la vida, ya fue resuelta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el famoso caso *Baby Boy* (CIDH. Caso *Baby Boy*. Resolución 23/81. 6 de marzo de 1981). En esa ocasión, la Comisión IDH se pronunció en contra de la interpretación absoluta que se hace del derecho a la vida desde la concepción, y manifestó que dicha protección rige “*en general*”, precisamente para permitir la coexistencia de regulaciones locales que admitían la despenalización del aborto en los siguientes casos: a) cuando es necesario para salvar la vida de la madre; b) para interrumpir la gravidez de una víctima de estupro; c) para proteger el honor de una mujer honrada; d) para prevenir la transmisión al feto

de una enfermedad hereditaria o contagiosa y, e) por angustia económica. Al mencionar los países en los que la legislación incluía alguno de esos permisos se mencionó expresamente a Argentina. Cabe aclarar que la Comisión interpretó no sólo la Declaración Americana (pues el estado denunciado, Estados Unidos, no forma parte de la Convención Americana), sino también la Convención Americana, ya que los denunciantes invocaron este tratado para aclarar los alcances de su interpretación. Por tanto, mal puede invocarse esta norma para sostener la posición restrictiva, pues el órgano competente ya ha esclarecido la cuestión al admitir la compatibilidad de legislaciones que justifican el aborto en caso de violación, y éas son las condiciones de su vigencia.

Como ya se adelantó, lejos de proscribir el permiso para la práctica del aborto en casos como el presente, ésta es la solución que mejor se compadece con otros derechos reconocidos en el sistema interamericano de derechos humanos que quedan comprometidos frente a un embarazo que conlleve un riesgo para la salud o la vida de la mujer encinta, o ante un embarazo forzado, como ocurre cuando es resultado de una violación. Estos derechos son: el derecho a la vida (art. 1, DADDH; art. 4.1, CADH, art. 3.a Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -en adelante, Convención de Belém do Pará-), a la salud (art. 11, DADDH; y art. 10 Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador"), a la libertad y seguridad personales (art. 1, DADDH; art. 7.1, CADH; art. 3.c, Convención de Belém do Pará), a la integridad física, psíquica y moral (art. 5.1, CADH; art. 3.b, Convención de Belém do Pará), a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5.2., CADH; art. 3.d., Convención de Belém do Pará), a la igualdad y no discriminación (art. 2, DADDH; art. 1.1 y 24, CADH; art. 3.f., Convención de Belém do Pará), a la dignidad (art. 17, DADDH; art. 11.1, CADH; y art. 3.e., Convención de Belém do Pará) a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (art. 5, DADDH; y art. 11.2 y 11.3, CADH), y a la protección especial a la niñez (art. 7, DADDH; y art. 19, CADH). En especial, la Convención de Belém do Pará dispone que la violencia contra las mujeres comprende la violencia sexual (art. 2), consagra el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia (art. 3), y reconoce que la violencia contra las mujeres impide y anula el ejercicio libre y pleno de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (art. 5).

Para asegurar la plena vigencia de estos derechos, el artículo 1.1 de la Convención Americana establece que: Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Es decir, **este artículo enumera los deberes básicos del Estado en materia de derechos humanos: la obligación de respetar y la de garantizar los derechos. La primera conlleva la necesidad de imponer límites a la función pública como consecuencia de que "los derechos humanos son atributos**

inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado” (Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 165). **La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos implica el deber del Estado “de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”** (Corte IDH. Caso *Velásquez Rodríguez*, cit. párr. 166).

Por su lado, el artículo 2 de la CADH establece la obligación del Estado de adoptar medidas legislativas o de otra índole que resulten necesarias a los fines de hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos por la Convención.

En virtud de estos deberes de respeto y garantía, los Estados deben abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos de las mujeres, por un lado y, por otra parte, tienen que organizar sus aparatos a fin de que, en aquellos casos en los que el aborto esté permitido, puedan acceder a la intervención y, de esa forma, asegurar la vigencia de sus derechos.

En este sentido se ha pronunciado la CIDH en el caso *Paulina del Carmen Ramírez Jacinto*, que guarda similitud con el caso de autos. Ramírez Jacinto fue víctima de una violación sexual de la cual resultó embarazada cuando tenía 14 años de edad y, a pesar de que la ley mexicana permitía la interrupción del embarazo en un supuesto como el suyo, no pudo acceder a la práctica médica debido a los obstáculos interpuestos. Por tal motivo, denunció al Estado de México por violación de sus derechos humanos.

Sin perjuicio de que el Estado mexicano y las peticionarias suscribieron un acuerdo de solución amistosa en el caso, la CIDH remarcó que, la Convención de Belém do Pará establece que las víctimas de violencia sexual tienen derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos sus derechos humanos, incluyendo los civiles, políticos, económicos, sociales y culturales consagrados en los instrumentos regionales e internacionales de protección a los derechos humanos. La Comisión subraya asimismo, que el pleno goce de los derechos humanos de las mujeres no es posible de alcanzar sin un acceso oportuno a servicios integrales de atención en salud, así como a información y educación en la materia. Asimismo, señaló: la importancia de que los Estados adopten medidas de tipo penal, civil o administrativa, con la finalidad de garantizar que hechos como los ocurridos en este caso sean debidamente sancionados y no permanezcan en la impunidad. La CIDH ha manifestado reiteradamente que un acceso de *jure* y de *facto* a recursos judiciales idóneos y efectivos resulta indispensable para la protección de todos los derechos de las mujeres, así como también lo es el cumplimiento de los Estados de su obligación de actuar con la debida diligencia frente a violaciones de sus derechos humanos (CIDH. Informe N° 21/07. Petición 161-02. Solución amistosa. *Paulina del Carmen Ramírez Jacinto c. México*. 9 de marzo de 2007, párr. 26). En definitiva, la CIDH resaltó que los derechos de las víctimas de violencia sexual exigen un acceso oportuno a servicios integrales de atención en salud, y consideró que los obstáculos interpuestos para impedir la interrupción del embarazo en el caso de una niña que resultó embarazada como consecuencia

de una violación, exigía al Estado la sanción de los responsables, en virtud del deber de debida diligencia.

Como corolario de lo expuesto y siguiendo la opinión de Medina Quiroga, sostener que la Convención Americana obliga al Estado a penalizar todo aborto es un error profundo. En opinión de la ex presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, apoyada por las argumentaciones tanto de interpretación del texto como de su historia, la Convención no establece esta obligación en absoluto (Cf. Medina Quiroga, Cecilia, “*La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia*”, p. 327/328, Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003, 1-66/78).

VI.2. Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos

VI.2.a). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Al igual que lo que sucede en el ámbito interamericano, el sistema universal de protección de derechos humanos recepta el derecho de las mujeres a la libertad y seguridad personales (art. 3, DUDH, y art. 9 del PIDCyP), a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (art. 12, DUDH; y art. 17, PIDCyP), a la igualdad y no discriminación (arts. 1, 2 y 7, DUDH; art. 2.1, 3 y 26, PIDCyP; y art. 2.2 y 3 PIDESC), a la dignidad (art. 1, DUDH; art. 16 PIDCyP), a la vida (art. 6.1, PIDCyP; y art. 3, DUDH), a una vida libre de tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5, DUDH; art. 7, PIDCyP), y a la protección especial de la niñez (art. 25.2, DUDH; art. 24.1, PIDCyP). También el PIDESC, en su artículo 12, inciso 1º, establece que los Estados Parte reconocen “*el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*”, y el derecho a un nivel de vida adecuado (art. 11.1).

En relación a lo que se discute en el caso bajo análisis, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se ha pronunciado en varias oportunidades en el sentido que aquí se propicia.

Así, en la Recomendación General nº 28, el Comité de Derechos Humanos manifestó, que a fin de evaluar el cumplimiento del artículo 7 del Pacto (PIDCyP), así como del artículo 24, en que se prevé la protección especial del niño, necesita información sobre las leyes y prácticas nacionales relativas a la violencia en el hogar y otros tipos de violencia contra la mujer, con inclusión de la violación. También necesita saber si el Estado Parte da a la mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación acceso al aborto en condiciones de seguridad (Observación General No. 28, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207, 2000, párr. 11).

El Comité de Derechos Humanos ha recomendado expresamente al Estado Argentino que para los casos en que se pueda practicar legalmente el aborto, se supriman todos los obstáculos a su obtención (Comité de Derechos Humanos, 70º período de sesiones. 16 de octubre al 3 de noviembre de 2000).

El mismo Comité intervino en un caso presentado contra Perú por una joven de 17 años, Karen Noelia Llantoy Huamán, a quien se le impidió acceder al aborto terapéutico. En dicha oportunidad, el Comité consideró probado que

Karen Noelia Llantoy Huamán transitaba un embarazo de un feto anencefálico y que no pudo realizar la interrupción de la gestación. También consideró acreditado que la negativa a realizar la práctica la expuso a un riesgo vital y que quedó con severas secuelas psicológicas. El Comité de Derechos Humanos concluyó que el Estado del Perú vulneró el art. 17 del PIDCyP, pues al impedir la práctica legal interfirió de manera arbitraria en la vida privada de la joven, y el artículo 24 del mismo Pacto, al incumplir con el deber de atención especial que requería su condición de menor de edad. También sostuvo que el dolor y la angustia que tuvo que atravesar al verse obligada a sostener un embarazo obligado y al ver nacer a su hija, sabiendo que moriría en muy poco tiempo, constituyó una vulneración al artículo 7 del PCDCyP, que proscribe las torturas y los tratos crueles, inhumanos o degradantes (Comité de Derechos Humanos, Karen Noelia Llantoy Huamán, Dictamen N° 1153/2003, 24/10/2005).

Resulta especialmente relevante reseñar que el Estado argentino ya fue denunciado en 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos por obstaculizar el acceso al aborto no punible a una joven, L.M.R., de 20 años con discapacidad mental permanente (edad mental entre 8 y 10 años), que resultó embarazada como resultado de la violación por parte de su tío. L.M.R. asistió a un hospital y, ante la constatación del embarazo, requirió el aborto legal. A partir de esta presentación, L.M.R. tuvo que sortear innumerables obstáculos, que incluyeron la intervención de la justicia para impedir el aborto. Dos instancias judiciales se pronunciaron en contra de la interrupción del embarazo, hasta que el caso llegó a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y allí se resolvió a favor de la procedencia de la práctica legal. A pesar de este pronunciamiento, la joven no pudo acceder al aborto en las instituciones públicas de salud y tuvo que acudir al ámbito privado. En la denuncia se invoca la violación del derecho a la igualdad y no discriminación; a la vida; a no ser sometida a torturas, ni a penas o tratos crueles inhumanos y degradantes; a la privacidad y a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, todos ellos reconocidos en el PIDCyP. En el 13º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, el Estado argentino tuvo que rendir cuentas sobre el caso L.M.R. En la reunión, el Estado argentino recibió un fuerte cuestionamiento por las frecuentes trabas en el acceso a los abortos legales.

Por último, en marzo de este año, el Comité de Derechos Humanos presentó sus Observaciones Finales a la Argentina, y expresó su preocupación “por la inconsistente interpretación por parte de los tribunales de las causales de no punibilidad contenidas en [el artículo 86, CP]” y encomendó al Estado “adoptar medidas para la capacitación de jueces y personal de salud sobre el alcance del artículo 86 del Código Penal” (Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales. Argentina, período de sesiones. 31 de marzo de 2010, párr. 13).

VI.2.b). Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, Comité CEDAW) consagra el derecho de las mujeres a la igualdad y no discriminación (art. 1), y a “decidir libre y responsablemente el número de

sus hijos y el intervalo entre los nacimientos” (art. 17.1.d. énfasis agregado). En especial, en el artículo 12, inciso 1º, establece “*el derecho de la mujer a acceder, sin discriminación alguna, a los servicios de la atención médica*”. Asimismo, prevé que “*los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia*”. Además, el artículo 14 de la CEDAW dispone que los Estados deberán asegurar el acceso a servicios adecuados de atención médica, lo que incluye información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia. A fin de asegurar el pleno desarrollo de las mujeres y garantizarles el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales, los Estados Partes se obligaron a adoptar todas las medidas apropiadas (art. 3, CEDAW).

Sobre estos aspectos, la CEDAW, consideró que, la negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria. Por ejemplo, si los encargados de prestar servicios de salud se niegan a prestar esa clase de servicios por razones de conciencia, deberán adoptarse medidas para que remitan a la mujer a otras entidades que prestan esos servicios (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 24, La mujer y la salud, 20º período de sesiones, 1999).

Y agregó que el deber de velar por el ejercicio de [los derechos relativos a la salud] impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas adecuadas de carácter legislativo, judicial, administrativo, presupuestario, económico y de otra índole en el mayor grado que lo permitan los recursos disponibles para que la mujer pueda disfrutar de sus derechos a la atención médica (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 24, La mujer y la salud, 20º período de sesiones, 1999).

En sus últimas Recomendaciones, el Comité CEDAW celebró la publicación de la Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos no Punibles (elaborada por el Programa de Salud Sexual y Reproductiva, Ministerio de Salud de la Nación, 2006, cit), por cuanto clarifica el alcance del artículo 86, CP, y exhortó al Estado argentino a “*garantizar que la Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos no Punibles se implemente en todo el país de manera uniforme para que haya un acceso igualitario y efectivo a los servicios de salud para interrumpir embarazos*” (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales. Argentina, 12 al 30 de julio de 2010, párr. 38. La traducción nos pertenece). Dicha Guía interpretó que: para el Código Penal de la Nación el profesional de la salud y la mujer no incurren en delito de aborto en las siguientes situaciones:

- a. en casos de peligro para la vida de la mujer (artículo 86, inciso 1º, Código Penal de la Nación),
- b. en los casos de peligro para la salud de la mujer (artículo 86, inciso 1º, Código Penal de la Nación),
- c. cuando el embarazo sea producto de una violación (artículo 86, inciso 2º, Código Penal de la Nación),

d. cuando el embarazo sea producto del atentado al pudor sobre mujer idiota o demente (artículo 86, inciso 2º, Código Penal de la Nación). En este caso el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto" (Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles, Programa de Salud Sexual y Procreación Responsable, Ministerio de Salud, 2007).

VI.2.c). Convención sobre los Derechos del Niño

El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño define, que: "*Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*".

El recurrente, para reforzar su argumento de que la interpretación que hace la sentencia recurrida para declarar la aplicabilidad al caso del art. 86 inc. 2º CP y autorizar en consecuencia la práctica del aborto viola el derecho a la vida, hace hincapié en la "reserva" que formuló el Estado argentino al momento de ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece, con relación al art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, que la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.

En rigor, el Estado argentino no hizo una reserva a la CDN, sino que formuló una declaración interpretativa. Esta diferencia es de relevancia, pues significa que el país suscribió a todo el texto de la CDN, y debe aplicarla, como ya se señaló, "*en las condiciones de su vigencia*". Este sentido se ha señalado en la Convención Constituyente de 1994: "*las declaraciones interpretativas formuladas al ratificar los tratados no forman parte de éstos, ya que se trata de actos de naturaleza esencialmente distinta a la de las declaraciones y prescripciones incluidas en los textos de los tratados. Las declaraciones son manifestaciones unilaterales de los Estados, que no deben ser confundidas con las reservas y que sólo tienen por objeto dar una interpretación del tratado*" "(...). Por lo tanto, *ellas no pueden gozar del estatus jurídico especial que tienen las manifestaciones de la voluntad concordante de los miembros de la comunidad internacional, expresadas en los tratados. Esta situación especial de las normas que han recibido el consenso de un cierto número de Estados, en un lapso prudencial, es lo que determina que otorguemos primacía a todos los tratados sobre el derecho interno*." "(...). *Las declaraciones interpretativas, a su vez, no forman parte de los tratados ni constituyen condiciones de su vigencia internacional, lo que abona la tesis de que no adquieren rango constitucional*." (Cf. Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, Tercera Sesión Ordinaria del 3 de agosto de 1994, ps. 3096 y 3097).

Entonces, como se trata de una ley que fija una declaración interpretativa, significa que no forma parte del tratado y, en consecuencia, carece de jerarquía constitucional. Es así que el Congreso puede modificar o derogar la ley sin seguir ningún procedimiento especial. Por último, tampoco se podría considerar que el reconocimiento de rango constitucional de la CDN acaecido en la reforma de 1994, con la mentada declaración interpretativa, haya resuelto la cuestión de la inconstitucionalidad de la penalización del aborto en ciertos casos, desde que la

Convención Constituyente no estaba habilitada para incluir cambios en el Capítulo Primero de la CN, sobre las Declaraciones, derechos y garantías (Cf. Ley n° 24.309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional).

De lo dicho surge que del texto de la CDN no se sigue una protección absoluta al embrión desde el momento de la concepción. Por el contrario, el Comité de los Derechos del Niño se dirigió al Estado Argentino en fecha reciente en sentido opuesto al sostenido, y expresó la necesidad de que niñas y mujeres que resulten embarazadas como consecuencia de un agravio sexual puedan interrumpir la gestación.

En tal sentido, el Comité de los Derechos del Niño recomendó al Estado argentino que adopte medidas urgentes para reducir la mortalidad materna relacionadas con el aborto, en particular velando por que la profesión médica conozca y practique el aborto no punible, especialmente en el caso de las niñas y mujeres víctimas de violación, sin intervención de los tribunales y a petición de ellas” y “enmend[ar] el artículo 86 del Código Penal en el ámbito nacional para prevenir disparidades en la legislación provincial vigente (Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales. Argentina. 21 de junio de 2010, párr. 59).

VI.2.d). Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Observación General N° 20, sostuvo que la prohibición contenida en el art. 7 del PIDCP, que proscribe las torturas y tratos o penas inhumanos o crueles, se refiere no sólo a los actos que causan a la víctima dolor físico, sino también a los que causan sufrimiento moral, y agregó que la prohibición protege en particular a los niños (Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, CCPR, Observación General 20, párr. 5, 44º período de sesiones, 1992).

En el caso *Karen Noelia Llantoy Huamán*, ya citado, el mismo Comité concluyó que la negativa del Estado de Perú a realizar el aborto terapéutico a una adolescente que cursaba un embarazo de un feto anencefálico, fue la causa del sufrimiento que la niña tuvo que atravesar y, en consecuencia, concluyó que el Estado había violado el artículo 7 del PIDCP (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Karen Noelia Llantoy Huamán*, Dictamen N° 1153/2003, 24 de octubre de 2005).

En fecha más reciente, el Comité contra la Tortura se pronunció en sentido similar al analizar la legislación de Nicaragua, que penaliza el aborto aún cuando el embarazo sea producto de una violación. El Comité expresa su profunda preocupación por la prohibición general del aborto en los artículos 143 a 145 del Código Penal, incluso en casos de violación sexual, incesto o presuntamente de embarazos que amenazan la vida de la mujer, que en muchos casos resultan directamente de crímenes relacionados con violencia de género. Esta situación implicaría para los grupos de mujeres arriba señaladas una constante exposición a las violaciones cometidas contra ellas, lo que supone un grave estrés traumático con el riesgo de padecer prolongados problemas psicológicos, tales como ansiedad y depresión. El Comité nota también con preocupación que las mujeres que solicitan el aborto por las circunstancias menciona-

das más arriba, corren por ello el riesgo de penalización (Cf. Observaciones finales del Comité contra la Tortura a Nicaragua, CAT/C/NIC/CO/1, párr. 16, 14 de mayo de 2009).

De estos antecedentes se desprende que obligar a una niña a terminar un embarazo que es producto de una violación contraviene el principio internacional que proscribe las torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. VI.2.e). Los principios internacionales analizados permiten concluir que la protección del derecho a la vida de modo alguno conlleva la necesidad de penalizar el aborto en todos los casos. Muy por el contrario, el derecho internacional de los derechos humanos es categórico en advertir que la penalización de la interrupción del embarazo en supuestos determinados, como cuando se encuentra en riesgo la vida o la salud de la mujer encinta, o cuando el embarazo proviene de un ataque sexual, vulnera numerosos derechos humanos de las mujeres.

En especial, cabe resaltar que sólo en lo que va del año **tres organismos de monitoreo de instrumentos de derechos humanos que gozan de rango constitucional manifestaron su preocupación por las dificultades que existen en el país para el acceso al aborto no punible contenido en el artículo 86, CP** (Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales. Argentina, período de sesiones. 31 de marzo de 2010, párr. 13; Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales. Argentina. 21 de junio de 2010, párr. 59; y Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales. Argentina. 12 al 30 de julio de 2010, párr. 38). Estos pronunciamientos son una señal de advertencia hacia el Estado argentino y, por ello, a fin de garantizar los derechos humanos comprometidos en casos como el presente y salvaguardar la responsabilidad internacional del Estado, se sostiene que la interpretación amplia del artículo 86, CP, es la que mejor se compatibiliza con los instrumentos internacionales asumidos por el Estado.

VII. El embarazo forzado como atentado contra la dignidad de la niña

Ya fue mencionado que, está probado que el embarazo de A. fue producto de la violación cometida por su padrastro, y que los abusos sexuales padecidos fueron reiterados desde que la niña tenía 11 años de edad (v. fs. 125/126).

Numerosa bibliografía señala el carácter gravemente lesivo que los ataques sexuales causan en general y, en especial, los tintes especialmente dramáticos que adquieren cuando son cometidos contra niñas o niños en virtud de la falta de madurez de la víctima para poder entender y procesar lo que está sucediendo (Cf. Batarrita Asúa, Adela, “El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales”, en Género, Violencia y Derecho, coordinadoras Laurenzo, Patricia; Maqueda, María Luisa y Rubio, Ana, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 102). Los abusos sexuales sufridos por la joven significaron, sin dudas, una seria vulneración de sus derechos a la dignidad e integridad. Estos actos poseen un carácter gravemente ultrajante y degradante, por cuanto significan la cosificación de la persona, que es reducida a un objeto carente de todo valor y dignidad humana.

Ante la confirmación del embarazo, sostener que la víctima del agravio se-

xual debe llevar a cabo la gestación hubiera implicado obligarla a atravesar por un embarazo forzado y reducirla, así, a un mero receptáculo, a un objeto de procreación. De esta forma, la niña hubiera sido nuevamente instrumentalizada, esta vez no por un particular, sino por el propio Estado.

En una reconocida sentencia, la Corte Constitucional de Colombia se pronunció sobre estos aspectos y sostuvo que: *“La dignidad humana se constituye en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aún cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida. Al adoptar normas de carácter penal, no puede el legislador desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear”* (cf. Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, cons. 8.1., rta.10/05/2006).

En especial, reparó en aquellos casos en los que el embarazo sea resultado de acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentida (art. 124, CP Colombia). A juicio de la Corte Constitucional, en tales supuestos *“...debe considerarse que la interrupción del embarazo no es constitutiva del delito de aborto, porque la prevalencia absoluta de la protección de la vida del nasciturus supone un total desconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, cuyo embarazo no es producto de una decisión libre y consentida sino el resultado de conductas arbitrarias que desconocen su carácter de sujeto autónomo de derechos”* (cf. Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, cons. 10.1., rta.10/05/2006).

Ello así, obligar a la niña a continuar con el embarazo en esas condiciones hubiera implicado privarla por completo del contenido a su derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad. Y una intromisión estatal de tal magnitud resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable.

VII.1. El Estado no puede imponer conductas heroicas

Se ha señalado que el Estado no puede exigir a las personas conductas que impliquen sacrificios irrazonables o desproporcionados de los propios derechos en beneficio de los derechos de terceros o del interés general, pues: el derecho no puede castigar las conductas adecuadas al baremo del ciudadano medio. *Un Derecho penal democrático no quiere ser un derecho de héroes, sino un Derecho a la medida de la gran mayoría. Se llega así a la idea básica que suele verse tras la noción de ‘no exigibilidad’: las conductas heroicas ‘no son exigibles’* (v. al respecto, Mir Puig, Santiago, “Límites al Normativismo en el Derecho Penal en Dogmática y Crimonología- Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo” Ed. Legis, Madrid, 2005, p. 370/375).

Las tesis que promueven el alcance más limitado de los permisos legales contenidos en el artículo 86, CP tienen como consecuencia exigir a las mujeres que sacrifiquen sus derechos, como pueden ser su salud, su vida o su dignidad, en aras de favorecer la vigencia de otros derechos o intereses. No obstante, como veremos más adelante, el Estado no puede exigir a las personas conductas que

impliquen sacrificios irrazonables o desproporcionados de los propios derechos en beneficio de los derechos de terceros o del interés general.

Sobre este punto se han pronunciado algunos tribunales extranjeros, al analizar los límites que tienen los Estados para penalizar el aborto en todos o en algunos supuestos en particular (como es, cuando el embarazo sea producto de una violación).

Al respecto resulta ilustrativo lo señalado por la Corte Constitucional de Colombia en cuanto a que: *“El Estado no puede obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general. Una obligación de esta magnitud es inexigible, aún cuando el embarazo sea resultado de un acto consentido”* (Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, consid. 10.1., rta.10/05/2006).

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español entendió que: *“El legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable. Las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la ley resultaría totalmente inadecuado”* (Tribunal Constitucional Español, sentencia N° 53/85, consid. 9, rta. 11/4/1985).

Esta prohibición general adquiere una dimensión mayor cuando de quien se espera una conducta heroica es una niña. Es precisamente frente a los niños que el Estado asumió un deber de especial protección, y no puede luego esperar válidamente el sacrificio de sus derechos, aún cuando sea en pos de algún interés legítimo.

VII.2. El embarazo forzado constituye un trato cruel, inhumano y degradante. Recapitulando, según los profesionales que entrevistaron a la niña, el embarazo era vivido por la niña abusada por su padrastro como un evento extraño, invasivo, no era significado como hijo. La idea de hijo era incompatible con su universo de posibilidades. Dicho de otro modo, en su mundo interno era imposible, incompatible e intolerable calificar como hijo a quién sería hijo del padre de sus hermanos, hijo del marido de su madre. Si bien el ofensor no es el padre biológico de A., en el sistema jerárquico familiar estaba ubicado en el subsistema parental, lo que refuerza el daño provocado por el abuso a raíz del tinte incestuoso.

En tales condiciones, obligar a la niña a llevar adelante el embarazo, bajo amenaza de sanción penal, implicaba desconocer por completo el derecho a la dignidad humana y someterla a un trato cruel, inhumano y degradante, pues tal como lo establecen los estándares internacionales en la materia, la prohibición de tortura y tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, comprende no sólo el sufrimiento físico, sino también el sufrimiento moral (Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, CCPR, Observación General 20, párr. 5, 44º período de sesiones, 1992. En sentido similar, Corte IDH, Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 100).

Además, esta prohibición protege en particular a los niños (Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas, CCPR, Observación General 20, cit.). Estos principios llevaron a sostener la responsabilidad del Estado de Perú por violación al artículo 7 del PCDCyP por impedir la realización de un aborto justificado a una menor de edad (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Karen Noelia Llantoy Huamán*, Dictamen N° 1153/2003, 24 de octubre de 2005), y generaron una manifestación de preocupación por parte del Comité contra la Tortura, por cuanto la legislación de Nicaragua penaliza el aborto aún cuando el embarazo sea producto de una violación (Observaciones finales del Comité contra la Tortura a Nicaragua, CAT/C/NIC/CO/1, párr. 16, 14 de mayo de 2009).

Por ello, se considera que de darse cabida a la interpretación restrictiva que propone el recurrente, de acuerdo a la cual el aborto realizado en casos como el de autos estaría penalizado, se violaría también el derecho de la niña a no ser sometida a tratos crueles, inhumanos y degradantes. Se comprometería también por este motivo la responsabilidad internacional del Estado argentino.

No puede perderse de vista, como se señaló desde el inicio que cuando se encuentra en juego el interés superior de una menor toda decisión debe evaluarse no sólo a la luz de las necesidades actuales de esta niña, sino también con la mirada puesta hacia adelante, es decir a su futuro, y lo cierto es que los costos de la prohibición del aborto en supuestos como el de autos, hubieran comportado un perjuicio enorme para la causante en tanto la conducían a llevar adelante una maternidad “impuesta”.

Al respecto resulta esclarecedor lo sostenido por el Profesor Ferrajoli, en cuanto señaló que, hay un equívoco que es preciso aclarar: en el debate público, el derecho de la mujer a decidir sobre su maternidad suele ser presentado como “derecho de aborto”, es decir, como una libertad positiva (o “libertad para”) que consiste, precisamente en la libertad de abortar. Se olvida, que antes es una libertad negativa (“libertad de”), es decir, el derecho de la mujer a no ser constreñida a convertirse en madre contra su voluntad; y que la prohibición penal de abortar no se limita a prohibir un hacer, sino que obliga además a una opción de vida que es la maternidad. En suma, lo que está en cuestión, antes que una *facultas agendi*, es una inmunidad, un *habeas corpus*, es decir la “libertad personal” sancionada como “inviolable” se transforma en una libertad con posibles restricciones, implica, como son precisamente la constricción o coerción jurídica a convertirse en madre (cf. Ferrajoli, Luigi, La cuestión del embrión entre el derecho y moral, Rev. Jueces para la democracia: Información y debate, Madrid, N° 44, julio 2002).

Desde otra óptica, como lo sostiene Tamar Pitch, el punto crucial es la consideración de la relación existente entre la menor embarazada y el embrión/feto, la que no se puede construir en términos de propiedad (del embrión/feto por parte de la madre) ni en términos de relación entre dos sujetos “autéonomos”; sino que debe entenderse como una relación simbiótica en la que la posibilidad misma de desarrollo físico y psíquico de uno está inextricablemente entrelazada con el cuidado, el deseo, el imaginario del otro. La situación del embarazo es una situación en la cual es una y dos al mismo tiempo, no existe,

no puede existir, tutela de uno en contra de la voluntad y de los deseos de la otra, pues se llega a ser “persona” a través de la mediación femenina: mediación necesaria e indispensable. El desconocimiento de esa realidad no sólo niega la unicidad de esa experiencia, sino que niega desde la raíz la plenitud moral del sujeto femenino, el poder de dar vida, de generar, es un poder que implica responsabilidad (Pitch, Tamar, “*Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*”, Ed. Trotta, Madrid, 2003, p. 97/98). Así, la incriminación de la interrupción del embarazo y la consiguiente contricción penal a convertirse en madre hubiera impuesto a A. y a menores en situaciones análogas, no sólo no abortar, sino una impronta de vida de incalculable alcance, puesto que -como se señaló- no sólo se encuentra en juego la gestación, el parto, sino la renuncia a su vida de niña y adolescente, debiendo asumir extemporáneamente y contra su voluntad las obligaciones de educar a ese niño y mantenerlo, (responsabilidad parental), en una situación que además se presenta muy próxima al incesto. Bajo esas condiciones la penalización del aborto, hubiera sustraído a la menor encinta de la autonomía de su propio cuerpo y, con ello, de su misma identidad personal, reduciéndola a un mero instrumento por tercera vez. Primero, en manos del abusador que la sometió durante cuatro años. Segundo, por el mismo adulto, que en lugar de cuidarla y criárla en su rol de padre, la violó nuevamente y la dejó encinta como consecuencia de ese acto criminal. Y tercero, como consecuencia de la actividad estatal, que bajo amenaza de enviarla a la cárcel, la hubiera obligado no solamente a llevar a término el embarazo, sino a asumir una responsabilidad parental para la cual no estaba preparada y conspiraba severamente contra su propia salud, colocándolo en una situación de riesgo su vida.

VIII. Conclusiones

En base a lo hasta aquí delineado, resulta ilustrativo lo afirmado por la Corte Constitucional colombiana en cuanto a que: “*Siempre que una mujer ha sido violada o instrumentalizada para procrear, lo excepcional y admirable consiste en que adopte la decisión de mantener su embarazo hasta dar a luz. (...). La mujer tiene el derecho a decidir continuar su embarazo, si tiene el coraje para hacerlo y su conciencia, después de reflexionar, así se lo indica. Pero no puede ser obligada a procrear ni objeto de sanción penal por hacer valer sus derechos fundamentales y tratar de reducir las consecuencias de su violación o subyugación*” Corte Constitucional de Colombia, C-355, 10/05/2006, considerando 10.1).

Una intromisión estatal contraria a estos principios privaría totalmente de contenido a los derechos de la niña involucrados, al punto de instrumentalizarla y vaciar de contenido su derecho a la dignidad humana. Por ello, en tales casos, el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos (Cf. Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, cons. 10.1., rta.10/05/2006).

En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal se pronunció en sentido coincidente, por primera vez, en el año 1975: El derecho a la vida del no nacido

puede conllevar una carga para la mujer, que sobrepase por mucho la medida de lo normalmente asociado a un embarazo. De aquí surge la cuestión de la insostenibilidad, es decir, la pregunta de determinar si también en tales casos el Estado, haciendo uso del derecho penal, puede forzar a una mujer a llevar a término su embarazo. El respeto que se debe a la vida del no nacido y el derecho de la mujer a no sacrificar –en aras del respeto a este bien jurídico– valores vitales en un grado que resulte insostenible, se enfrentan uno a otro. En tales casos de conflicto, que por lo general no admiten una valoración moral unívoca, y en la cual la decisión de interrumpir el embarazo puede llegar a tener el rango de una decisión de conciencia, digna de ser respetada, debe el legislador observar especial reserva (Tribunal Constitucional de Alemania, Sentencia BVerfGE 39, 1, de la Primera Sala, 25 de febrero de 1975, publicado en “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe”, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009, p. 120).

El Tribunal Constitucional alemán explicitó que esta situación se presentaba en caso de peligro para la vida o la salud de la mujer encinta y en otras circunstancias que constituyen cargas excesivas para la mujer, como en caso de indicación ética y social o de necesidad, razón por la cual no se le puede exigir la terminación del embarazo: El criterio decisivo es que en todos estos casos aparece en forma contundente otro interés merecedor de la protección constitucional, de tal manera que el orden jurídico no puede exigir de la mujer que, en todo caso, le asigne prioridad al derecho del que está por nacer (Cf. Tribunal Constitucional de Alemania, cit., texto citado en Corte Constitucional Colombia, sentencia C-355, rta.10/05/2006, aclaración de voto del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa).

De forma consistente con estos principios, nuestro ordenamiento jurídico reconoce a la mujer el derecho a decidir la continuación o la interrupción de un embarazo que haya sido resultado de una violación. Así, se entiende que el art. 86 consagra una causa de justificación, pues la mujer que quisiera acceder a un aborto en alguno de los supuestos contenidos en dicha norma, actuaría en el *“legítimo ejercicio de su derecho”*, en los términos del artículo 34, inc. 4, CP. En sentido coincidente se pronuncia Zaffaroni (Manual de Derecho Penal, Parte General, cit., pp. 501 y 502). En un caso en el que se analizaba la procedencia de un pedido de inducción del parto en el caso de un feto con anencefalia, el Dr. Petracchi también tuvo oportunidad de señalar que: *“...el recurrente se limita a declamar en forma abstracta la prioridad del derecho a la vida del nasciturus frente al derecho a la salud de la madre. Esta contraposición, a la que no dudo en considerar efectista, persigue el indudable propósito de otorgar prioridad absoluta al primero, desconociendo la entidad del segundo. De este modo, omite algo fundamental: que el resultado de la ponderación entre ambos bienes ya fue consagrada por el legislador en el art. 86, segundo párrafo inc. 1º, del Código Penal, que conviene reiterar una vez más, no fue cuestionado en su constitucionalidad. Dicha norma-que es regla en el derecho comparado- establece la impunidad del aborto causado por un médico, con el consentimiento de la mujer, con el fin de evitar un*

peligro para la vida o la salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. La permisión del llamado ‘aborto terapéutico’ (....), establece una causa de justificación y no de mera disculpa, que da una solución al conflicto de intereses en pugna... ” (CSJN, voto en disidencia Dr. Petracchi, considerando 11, Fallos: 324:5).

En definitiva, el legislador ya realizó la ponderación entre los bienes jurídicos que entran en conflicto en casos como el presente. Asimismo, en virtud de la vigencia de los derechos a la salud, a la vida, a la autonomía y a la dignidad de la mujer encinta, entre otros, la decisión de continuar o no un embarazo que es producto de una violación, de evidente impacto en el plan de desarrollo de su vida, debe tomarla necesariamente la menor encinta, de acuerdo a la facultad conferida a ella por el art. 86, CP. Se considera que esta solución es la que mejor se compatibiliza con los principios constitucionales y del derecho internacional de derechos humanos a los que se hizo referencia con anterioridad. **En el *sub lite* A. ha sido escuchada, informada,** (arts. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y arts. 19, 24 y 27 de la ley 26.061), **tuvo espacio para la reflexión (v. fs. 38) y su decisión fue clara.** Creemos que en este momento nuestro compromiso es apuntalarla, acompañarla en su decisión que sin duda era la que mejor contemplaba su interés, conforme a las circunstancias que rodeaban al caso, y preservaba los delicados intereses en juego que rodeaban al caso.

Así las cosas, al momento de resolver no debe perderse de vista que el interés superior no es más que la satisfacción integral de los derechos fundamentales del niño. En tal sentido, la solución más contemplativa del interés superior es la que mejor satisfaga a todos ellos. **Se trata de “bañar los derechos fundamentales de que debe gozar este último con las contingencias propias de cada vida en particular”** (v. Rubén Santos Belando “El interés superior del menor en el derecho Internacional Privado”, www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos_juridicos).

IX. Por todo lo expuesto, en estos casos: *“...resulta vital que la medida y la serenidad de espíritu gobiernen tanto el obrar de la magistratura judicial como el de quienes instan y hacen a dicha actuación (cf. Doctrina de Fallos: 305:385; 308:2217 y 312:148 disidencia del Juez Fayt, entre muchos otros), de modo que, se evalúe concienzudamente cada una de las consecuencias que se derivan de su proceder y que repercuten directa o indirectamente, más en forma ineludible, sobre la integridad del menor que se intenta proteger. Ello con el fin de hacer real y efectiva la preservación de sus tantas veces citado “interés superior...”* (cf. Voto de los Señores Ministros Doctores Carlos S. Fayt y Juan Carlos Maqueda, en la causa M.14, XLIII, Martínez, Marcela María de Luján y otro s/guarda judicial con fines de adopción del menor I., F. -cuad. de apelación de medida cautelar”, sentencia del 4/9/07).

En ese marco, le compete a V.E. en su rol de intérprete final y garante del efectivo cumplimiento de los derechos y principios que aquí se invocan, alcanzar una solución justa, de modo que a A. y a jóvenes como ella se les conceda (con el grado de exigibilidad que establece el art. 29 de la de Protección Integral de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes), el derecho a la salud, a

la vida, a la integridad psicofísica, sus derechos reproductivos, su autodeterminación, la maternidad responsable, su derecho a participar en las decisiones que la afectan, declarando que la interrupción del embarazo, en el contexto en que fue practicado, no resulta punible por aplicación del art. 86 C.P.

A modo de colaboración, con miras a tutelar en forma efectiva la salud psicofísica de nuestra defendida, estimamos prudente que se le haga saber a la magistrada de primera instancia que -con la premura que el caso amerita- deberá adoptar todas las medidas a su alcance para efectuar un seguimiento periódico del tratamiento psicológico ya iniciado por A. orientado a todo el grupo familiar (cf. lo dispuesto en el pto. dispositivo 6º de la sentencia recurrida).

X. Dada la naturaleza de la representación que hemos asumido en estos acuados y a fin de resguardar todos los intereses comprometidos, se dio intervención a la Señora Defensora Pública de Menores e Incapaces ante los Tribunales de Segunda Instancia en lo Civil; Comercial y del Trabajo, quien emitió el dictamen que elevamos también a consideración de V.E.

Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 29 de octubre de 2010.-

F. 259. XLVI.

F. A. L. s/medida autosatisfactiva.

Buenos Aires, 13 de marzo de 2012

Vistos los autos: “F. A. L. s/medida autosatisfactiva”.

Considerando:

1º) Que A.F., en representación de A.G., su hija de 15 años de edad, el 14 de enero de 2010, solicitó a la justicia penal de la Provincia del Chubut -ante cuyos estrados se instruía una causa contra O.C., esposo de aquélla, por la violación de A. G.- que se dispusiera la interrupción del embarazo de la niña adolescente mencionada, con base en lo previsto en el artículo 86, incisos 1º y 2º, del Código Penal.

En esa oportunidad, señaló que el 3 de diciembre de 2009 había denunciado la violación ante el Ministerio Fiscal de la Provincia del Chubut y que, el 23 del mismo mes y año, un certificado médico dio cuenta de que A.G. cursaba la octava semana de gestación (fs. 17/18 y constancias obrantes a fs. 1/1 vta. y 11).

El juez penal sostuvo que carecía de facultades para adoptar medidas como la solicitada durante la etapa de la investigación, por lo que ordenó el pase de las actuaciones a la fiscalía. Esta última declaró que ese fuero no era competente para resolver el pedido (fs. 85 de la causa penal). La madre de A.G. inició entonces la medida autosatisfactiva que originó la presente causa (fs. 17/18) y, con fecha 22 de enero de 2010, reeditó ante la justicia de familia sus solicitudes anteriores, vinculadas con la interrupción del embarazo de su hija. Tales peticiones fueron rechazadas tanto en la primera instancia (fs. 153/169) como en la cámara (fs. 350/379 vta.), no obstante los informes que se habían ordenado y que, en lo principal, reflejaban que A.G., “presentaba síntomas depresivos... (e) ideas suicidas persistentes” y que “el embarazo e[ra] vivido como un evento extraño, invasivo... [E]n su mundo interno e[ra] imposible, incompatible e intolerable calificar como hijo a quien sería hijo del padre de sus hermanos, hijo del marido de la madre...” por lo que se estimó que “la continuidad de este embarazo contra la voluntad de [la niña] implica[ba] grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida” (conf. E.T.I., Equipo Técnico Interdisciplinario, fs. 27 vta.).

2º) Que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, con fecha 8 de marzo de 2010, revocó la decisión de la instancia anterior admitiendo la solicitud de la señora A.F. En la sentencia, dictada por distintos fundamentos de sus miembros, hubo acuerdo en que: a) el caso encuadraba en el supuesto de “aborto no punible” previsto en el inciso 2º, primera parte del artículo 86 del Código Penal; b) que esta hipótesis de interrupción del embarazo era compatible con el plexo constitucional y convencional y c) que, pese a la innecesidad de la autorización judicial de esta práctica, se la otorgaba a fin de concluir la controversia planteada en el caso. La intervención médica abortiva así habilitada se produjo finalmente el 11 de marzo de 2010 en el Centro Materno Infantil del Hospital Zonal de Trelew (fs. 648).

3º) Que aquella decisión fue recurrida por medio de un recurso extraordinario interpuesto, en representación del *nasciturus*, por el Asesor General Subrogante de la Provincia del Chubut en su carácter de Tutor *Ad-Litem* y Asesor de Familia e Incapaces, que fue concedido a fs. 673/676, no obstante haberse llevado a cabo ya la mencionada práctica médica, con fundamento en la gravedad institucional que presentaba el caso. En su presentación, el recurrente se agravó por entender que, con la interpretación que del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal efectuó el *a quo*, al no haberse restringido la procedencia de esta autorización al caso de la víctima violada idiota o demente, se desconoció el plexo constitucional-convencional según el cual el Estado Argentino protege la vida a partir de la concepción (Constitución Nacional, artículo 75, inciso 23: “Corresponde al Congreso: ... Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental...”; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 1º: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 3º: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”, y artículo 4º: “Toda persona tiene dere-

cho 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”; Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 3º: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”, y artículo 6º: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6º: “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”; Convención sobre los Derechos del Niño, Preámbulo: “El niño... necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”, artículo 1º: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”, y artículo 6º: “Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”).

4º) Que, radicada la causa ante esta instancia, se le confirió traslado a la señora Defensora General de la Nación, quien asumió la representación de la niña A.G. y expresó que correspondía confirmar la sentencia apelada (fs. 980/1010) al tiempo que entendía que todos los casos de embarazo forzado -víctimas de violaciones- debían ser considerados como abortos no punibles, más precisamente, como casos particulares de la hipótesis general de peligro para la salud de la gestante (artículo 86, inciso 1º, del Código Penal). Asimismo, se le confirió traslado a la Defensora Pública de Menores e Incapaces, quien asumió la representación del *nasciturus* y se expidió requiriendo que se revocara la sentencia recurrida (fs.683/694). En ambas presentaciones se peticionó que este Tribunal declarara la admisibilidad del recurso bajo examen, como así lo hicieron los diversos *amicus curiae* que se presentaron solicitando la confirmación o la revocación de la sentencia.

Oportunamente, se dispuso remitir la causa al señor Procurador Fiscal, quien sostuvo que la cuestión debía declararse abstracta (fs. 1021/1022).

5º) Que así las cosas, esta Corte considera que para el ejercicio de su jurisdicción no resultan obstáculo la circunstancia de que los agravios aludidos

carezcan de actualidad por haberse llevado a cabo la práctica abortiva a la menor A.G. en el Centro Materno Infantil de Trelew.

En efecto, como lo ha subrayado el Tribunal en distintos precedentes, dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que éstas conllevan sin haberse vuelto abstractas. De ahí que, para remediar esta situación frustratoria del rol que debe poseer todo Tribunal al que se le ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas (confr. Fallos: 310:819, considerandos 6º y 7º del voto de la mayoría y de la disidencia, y sus citas; 324:5, 4061). Pues, como se pusiera de resalto en el ya conocido precedente de la Suprema Corte de los Estados Unidos “Roe v. Wade” (410 U.S. 113-1973), las cuestiones relacionadas con el embarazo -o su eventual interrupción- jamás llegan al máximo tribunal en término para dictar útilmente sentencia, debido a que su tránsito por las instancias anteriores insume más tiempo que el que lleva el recurso natural de ese proceso. En consecuencia, se torna necesario decidir las cuestiones propuestas aun sin utilidad para el caso en que recaiga el pronunciamiento, con la finalidad de que el criterio del Tribunal sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro.

6º) Que los agravios del apelante suscitan una cuestión federal apta para su examen en esta instancia recursiva, toda vez que se plantea que el tribunal superior de la causa comprometió preceptos reconocidos por la Constitución Nacional y por tratados internacionales de igual jerarquía al interpretar el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal (artículo 14, inciso 3º, ley 48). Asimismo, el tratamiento del tema resulta pertinente por esta vía puesto que la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado Argentino frente al orden jurídico supranacional, tanto más si se tiene en cuenta que varios organismos internacionales se han pronunciado censurando, en casos análogos, la interpretación restrictiva del acceso al aborto no punible por parte de otras instancias judiciales (cfr. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos y Observaciones Finales

del Comité de los Derechos del Niño, Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/03/2010 y CRC/C/ARG/CO/3-4, del 21/06/2010, respectivamente).

7º) Que dada, por una parte, la esencia de los agravios traídos a discusión, la cual radica en última instancia en la interpretación de normativa constitucional y convencional y visto el carácter federal que reviste el planteo, esta Corte considera oportuno y necesario responder a aquéllos desde una construcción argumental que permita armonizar la totalidad del plexo normativo invocado como vulnerado, a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales, cuya jurisdicción el Estado Argentino ha aceptado a través de la suscripción de los tratados, pactos y convenciones que desde 1994 integran el ordenamiento jurídico constitucional como ley suprema de la Nación (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional), y cuyos dictámenes generan, ante un incumplimiento expreso, responsabilidades de índole internacional. En este orden de ideas, este Tribunal se ve obligado a tener que establecer la inteligencia de las previsiones cuyo desconocimiento denuncia el recurrente, así como también determinar la aplicación de otras normas y principios de igual jerarquía en clave de necesarias pautas interpretativas, dejando a salvo que, no por ello, esta Corte se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o del *a quo*, sino que tan sólo, le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 331:735 y sus citas).

8º) Que al efectuar esa tarea de armonización que involucra normativa del más alto rango con otra de derecho común -artículo 86, inciso 2º, del Código Penal-, a través de un análisis global del plexo normativo fundamental involucrado y por aplicación de los principios hermenéuticos de interpretación sentados por esta Corte desde antiguo, se entiende que corresponde realizar una interpretación amplia de dicho precepto legal. Desde tal perspectiva y a la luz del principio de reserva constitucional (artículo 19 *in fine* de la Constitución Nacional), ha de concluirse en que la realización del aborto no punible allí previsto no está supeditada a la cumplimentación de ningún trámite judicial.

9º) Que a partir de lo señalado en los considerandos precedentes corresponde, en primer término, señalar que del artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional resulta imposible extraer base alguna para

sustentar la tesis que postula el recurrente. En primer lugar, porque es necesario advertir que este apartado se inserta en una cláusula en cuyo articulado la Constitución le atribuye al Poder Legislativo tanto la facultad de promover, mediante acciones positivas, el ejercicio y goce de los derechos fundamentales, particularmente respecto de los sectores tradicionalmente postergados (Fallos: 329:3089, considerando 17) como la de dictar un régimen de seguridad social que proteja a la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia. De este modo, la referencia específica al marco normativo de protección social al niño, desde el embarazo, integra un supuesto concreto del mandato constituyente para que se establezcan, en general, políticas públicas promotoras de los derechos humanos. Por ello, en atención tanto al objetivo que anima esta previsión como a los propios términos de su enunciado, de los que surge que la competencia atribuida a este poder en la materia lo fue a los efectos de dictar un marco normativo específico de seguridad social y no uno punitivo, resulta claro que, de esta norma, nada se puede derivar para definir, en el sentido que se propugna, la cuestión relativa a los abortos no punibles en general, y al practicado respecto del que es consecuencia de una violación, en particular.

Lo dicho cobra aun mayor fuerza si se tiene en cuenta que, si bien en la Convención Constituyente de 1994, en su última sesión, se generó un amplio debate sobre el derecho a la vida, lo cierto es que en ninguna oportunidad quedó plasmada una voluntad que pretendiera ni definir la cuestión relativa al aborto ni limitar el alcance del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal al supuesto de la víctima violada idiota o demente (ver al respecto, Convención Nacional Constituyente 1994, 34º Reunión, 3ª Sesión Ordinaria [continuación], 19 de agosto de 1994, 2.- Armonización de los artículos 67 y 86 de la Constitución Nacional, Tomo VI, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina, págs. 6145/6198).

Por lo tanto, no puede afirmarse válidamente que haya sido voluntad del constituyente limitar de modo alguno el alcance del supuesto de aborto no punible previsto en la mencionada norma al caso de la víctima de violación que fuera incapaz mental.

10) Que de las previsiones establecidas en el artículo 1º de la Declaración Americana de los Derechos

y Deberes del Hombre como del artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance del artículo 86 inciso 2º, del Código Penal. Ello por cuanto las normas pertinentes de estos instrumentos fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto como el de autos (ver al respecto, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 23/81, “Baby Boy”, y la discusión en torno a la redacción de los mencionados artículos).

Por su parte, de la previsión contemplada en el artículo 3º de la Convención Americana, en cuanto estipula el derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica, tampoco se puede derivar base alguna para sustentar la tesis postulada por la parte. Esto en tanto la interpretación del alcance que corresponda darle a dicho precepto, con relación a las obligaciones del Estado en lo que hace a la protección normativa del *nasciturus* como sujeto de derecho, no puede ser realizada en forma aislada del artículo 4º y darle un alcance de tal amplitud que implique desconocer que, conforme se explicara precedentemente, la Convención no quiso establecer una protección absoluta del derecho a la vida de éste.

11) Que tampoco el agravio incoado por el recurrente puede encontrar sustento en las disposiciones de los artículos 3º y 6º de la Declaración Universal de Derechos Humanos que consagran, respectivamente, el derecho a la vida y el derecho al conocimiento de la personalidad jurídica.

Esto en atención a que, a fin de asegurar una coherencia en la interpretación de ese instrumento, dichas previsiones deben ser analizadas en conjunto con lo dispuesto en el artículo 1º (“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”). Así, atento los claros términos en que está formulado este enunciado, resulta imposible concluir en la aplicabilidad de las normas invocadas para fundar la tesis restrictiva del supuesto de aborto no punible previsto en el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal.

12) Que la tesis del recurrente tampoco encuentra cabida en el deber que emana del artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Para ello, resulta necesario tener en consideración que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha manifestado su posición general relativa a que debe permitirse el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación. A su vez, al examinar la situación particular de nuestro país, ha expresado su preocupación por la interpretación restrictiva del artículo 86 del Código Penal (cfr. Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Perú, 15/11/2000, CCPR/CO/70/PER; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Irlanda, 24/07/2000, A/55/40; Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Gambia, 12/08/2004, CCPR/CO/75/GMB; Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, CCPR/C/ARG/CO/4 del 22/03/2010, antes citadas).

Por lo tanto, resulta claro que, no es posible derivar de este tratado un mandato para interpretar restrictivamente la norma, sino que, inversamente, en atención a lo expuesto, se arriba a la conclusión contraria.

13) Que con relación a las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, tampoco es posible sostener que la interpretación del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal adoptada por el *a quo* colisione con éstas.

En efecto, de los antecedentes que precedieron a la sanción de esta Convención, se observa que, al redactarse su Preámbulo, expresamente se rechazó que éste fijara un alcance determinado de cualquiera de sus disposiciones (ver al respecto, Consejo Económico y Social, Cuestión de una Convención sobre los Derechos del Niño, Informe del Grupo de Trabajo acerca de un proyecto de Convención sobre los Derechos del Niño; E/CN.4/1989/48, 2 de marzo de 1989).

Asimismo, de la lectura de aquellos antecedentes, se puede concluir que, ante una variedad de alternativas propuestas, se decidió expresamente por la formulación actual del artículo 1º, de la que tampoco se puede derivar la tesis que sostiene la parte. Esto queda corroborado por la circunstancia que el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que los Estados Partes -que no admiten el aborto para el caso de embarazos que son la consecuencia de una violación- deben reformar sus normas legales incorporando tal supuesto y, respecto de nuestro país que

sí lo prevé, ha manifestado su preocupación por la interpretación restrictiva del artículo 86 del Código Penal (cfr. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Palau. 21/02/2001. CRC/C/15/Add.149; Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Chad. 24/08/1999. CRC/C/15/Add.107; Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño: Argentina. 21/06/2010. CRC/C/ARG/CO/3- 4, antes citadas).

Por otra parte, el artículo 2º de la ley 23.849, en cuanto estipula que el artículo 1º de la Convención “debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción”, no constituye una reserva que, en los términos del artículo 2º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño rige en los términos del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Esto porque, como surge del texto mismo de la ley, mientras que el Estado Argentino efectuó una reserva con relación a la aplicación del artículo 21 de la Convención, respecto del artículo 1º se limitó a plasmar una declaración interpretativa (ver al respecto, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1999, Volumen II, A/CN.4/SER.A/1999/Add.1, Parte 2, Directrices aprobadas por la Comisión en su período de sesiones N° 51 -1.2; 1.3-).

14) Que sentado que de las normas constitucionales y convencionales invocadas por el recurrente no se deriva mandato alguno que imponga interpretar en forma restrictiva el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, en cuanto regula los supuestos de abortos no punibles practicados respecto de los embarazos que son consecuencia de una violación, se considera necesario remarcar que existen otras cláusulas de igual jerarquía así como principios básicos de hermenéutica establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que obligan a interpretar dicha norma con el alcance amplio que de ésta efectuara el *a quo*.

15) Que en este orden de ideas, es necesario puntualizar que los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación, que son ejes fundamentales del orden jurídico constitucional argentino e internacional y que en este caso poseen, además, una aplicación específica respecto de toda mujer víctima de violencia sexual, conducen a adoptar la interpretación amplia de esta norma (Constitución Nacional, artículo 16; Decla-

ración Americana de los Derechos y Deberes del -14-Hombre, artículo 2º; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 2º y 7º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2.1 y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 2º y 3º, y Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1.1 y 24; además de los tratados destinados a la materia en campos específicos: Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, especialmente artículos 2º, 3º y 5º a 16, y Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 2º; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, artículos 4.f y 6.a).

En efecto, reducir por vía de interpretación la autorización de la interrupción de los embarazos sólo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una incapaz mental implicaría establecer una distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de análogo delito que se encuentre en igual situación y que, por no responder a ningún criterio válido de diferenciación, no puede ser admitida (Fallos: 332:433 y sus citas).

Máxime cuando, en la definición del alcance de la norma, está involucrado el adecuado cumplimiento del deber estatal de protección de toda víctima de esta clase de hechos en cuanto obliga a brindarle atención médica integral, tanto de emergencia como de forma continuada (ver al respecto, Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Fernández Ortega vs. México”, sentencia del 30 de agosto de 2010, apartados 124 y 194).

En esta comprensión corresponde recordar lo dicho oportunamente por esta Corte (Fallos: 331:211, considerando 6º) al afirmar que “la debilidad jurídica estructural que sufren las personas con padecimientos mentales -de por sí vulnerable a los abusos-, crea verdaderos ‘grupos de riesgo’ en cuanto al pleno y libre goce de los derechos fundamentales”, lo que genera la necesidad de establecer una protección normativa eficaz. Sin embargo, ello no puede llevar a aceptar una interpretación restringida de la norma en trato ya que esta delimitación de su alcance, no respondería al válido objetivo de proteger los derechos de las víctimas de violencia sexual, cuya vulnerabilidad se agrava por

la circunstancia de poseer una discapacidad mental, sino a un prejuicio que las denigra en cuanto sujetos plenos de derechos.

16) Que por lo demás, de la dignidad de las personas, reconocida en varias normas convencionales (artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 1º, Declaración Universal de los Derechos Humanos; y Preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribe que sean tratadas utilitariamente. Este principio de inviolabilidad de las personas impone rechazar la exégesis restrictiva de la norma según la cual ésta sólo contempla, como un supuesto de aborto no punible, al practicado respecto de un embarazo que es la consecuencia de una violación a una incapaz mental. En efecto, la pretensión de exigir, a toda otra víctima de un delito sexual, llevar a término un embarazo, que es la consecuencia de un ataque contra sus derechos más fundamentales, resulta, a todas luces, desproporcionada y contraria al postulado, derivado del mencionado principio, que impide exigirle a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de commensurar (cfr. Nino, Carlos Santiago, Ética y Derechos Humanos, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1984, págs. 109 y ss.; La legítima defensa, Fundamentación y régimen jurídico, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, págs. 59, 63 y ss.).

17) Que a su vez, los principios de estricta legalidad y *pro homine* obligan a adoptar la interpretación amplia de este supuesto normativo que establece la no punibilidad del aborto practicado respecto de un embarazo que sea la consecuencia de una violación. Ello así, por cuanto la decisión relativa al alcance de este precepto se encuentra limitada de antemano por estos principios que obligan, respectivamente, a “priorizar una exégesis [que esté]... en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última *ratio* del ordenamiento jurídico y... [a] privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal” (Fallos: 331:858, considerando 6º y 329:2265). Por ello, debe adoptarse la interpretación según la cual no resulta punible la interrupción del embarazo proveniente de toda clase de violación porque una

exégesis en sentido contrario -que reduzca la no punibilidad de esta práctica al caso de una incapaz mental- amplía sustancialmente el alcance del castigo penal y niega, a toda otra víctima de una violación que se encuentre en esa situación, el derecho a acceder a esta práctica.

18) Que no obstante mediar en el particular todas las razones de la máxima jerarquía normativa expuestas en los considerandos precedentes, por las que debe entenderse que el supuesto de aborto no punible contemplado en el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal comprende a aquel que se practique respecto de todo embarazo que sea consecuencia de una violación, con independencia de la capacidad mental de su víctima, esta Corte Suprema considera oportuno y necesario ampliar los términos de este pronunciamiento. Ello es así ya que media, en la materia, un importante grado de desinformación que ha llevado a los profesionales de la salud a condicionar la realización de esta práctica al dictado de una autorización judicial y es este proceder el que ha obstaculizado la implementación de los casos de abortos no punibles legislados en nuestro país desde la década de 1920.

En esta inteligencia, este Tribunal quiere dejar expresamente aclarado que su intervención lo es a los efectos de esclarecer la confusión reinante en lo que respecta a los abortos no punibles y a fin de evitar frustraciones de derecho por parte de quienes peticionen acceder a ellos, de modo tal que se configuren supuestos de responsabilidad internacional.

Para ello resulta conveniente transcribir el artículo 86 del Código Penal en cuanto establece que “el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1º) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2º) Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.

Así, de una aplicación, al particular, de las pautas interpretativas fijadas por esta Corte en cuanto a que “la primera fuente de exégesis de la ley es su letra” (Fallos:304:1820; 314:1849) y que “no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduz-

ca a una integral armonización de sus preceptos” (Fallos: 313:1149), se impone concluir que, aun mediando la más mínima y sistemática exégesis practicada sobre dicho precepto, no es punible toda interrupción de un embarazo que sea consecuencia de una violación con independencia de la capacidad mental de su víctima.

A esta conclusión se llega a partir de un doble orden de razones. En primer lugar, porque de la mera lectura del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal se evidencia que el legislador, al utilizar una conjunción disyuntiva al referirse a “... (s)i el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido **sobre una mujer idiota o demente**” (énfasis agregado), previó dos supuestos diferentes para el caso de embarazos provenientes de un delito de esta naturaleza.

Por su parte, un examen conjunto y sistemático de los diferentes apartados previstos en esta norma también conduce a adoptar su interpretación amplia. En efecto, este precepto comienza su redacción estableciendo, como premisa general, que por su técnica de redacción constituye un requisito común para los dos supuestos que detalla seguidamente, que no serán punibles los abortos allí previstos que fueran practicados por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta. Es precisamente porque este extremo no es aplicable respecto de la mujer incapaz, que, como excepción a dicho requisito general, en la última parte del segundo supuesto previsto, se tuvo que establecer en forma expresa que “en este caso” -referencia que sólo puede aludir al caso del atentado al pudor y que obliga a distinguirlo, desde la sola semántica, del de violación- “el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”. Por ello, debe descartarse la tesis restrictiva en tanto otorga una indebida preeminencia a una de las partes de la norma dejando inoperante sus demás previsiones.

Pero además, a esta conclusión también se arriba analizando esta norma de modo conjunto con las disposiciones relativas a los hechos ilícitos que pueden causar embarazos no consentidos por las niñas, adolescentes o mujeres que son sus víctimas.

En efecto, el mencionado artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, en concordancia con el sistema de los abusos sexuales (regulados a partir del artículo 119 del mismo cuerpo legal), diferencia dos grupos de

causas de embarazos: la violación propiamente dicha y el atentado al pudor sobre una mujer “idiota o demente”. Como la ley está haciendo referencia a causas de embarazos, el “atentado al pudor” no puede ser sino un acceso carnal o alguna otra situación atentatoria contra la sexualidad de la víctima que produzca un embarazo. Puesto que todo acceso carnal sobre una mujer con deficiencias mentales es considerado ya una forma de violación (la impropia), no es posible sostener que cuando al principio dice “violación” también se refiera al mismo tipo de víctima. Es evidente que por exclusión, “violación” se refiere al acceso carnal violento o coactivo sobre mujeres no “idiotas ni dementes”. Lo mismo ocurre con las menores de trece años, cuya mención no es necesaria porque la ley descarta la validez de su consentimiento, y declara que cualquier acceso carnal con ellas es ya una violación (impropia).

Por ello, este análisis sistemático del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal en conjunto con las disposiciones que tipifican los supuestos de violencia sexual que, de provocar un embarazo, dan lugar a su aplicación, corrobora que cualquier víctima de éstos que se encuentre en tal circunstancia puede realizarse un aborto no punible y que, en el caso de las deficientes mentales e incapaces, que no pueden consentir el acto, se requiere de sus representantes legales. Esto se confirma teniendo en cuenta, además, que, al formularse esta norma refiriéndose a la violación y al atentado al pudor, se tradujo –inadecuadamente, atento que esta última figura por definición no implica acceso carnal- la correlativa previsión del Anteproyecto del código suizo de 1916, que constituye su fuente y que estipulaba como aborto no punible al practicado respecto de un embarazo que provenía de dos supuestos diferentes: la violación o el acceso carnal producido respecto de una incapaz mental que era denominado “profanación”.

19) Que luego de haber sentado en los considerandos precedentes que el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal debe interpretarse con un alcance amplio, corresponde detenerse en lo acontecido en el presente caso con la joven A.G., quien debió transitar un largo derrotero judicial para poder asegurar su derecho a obtener la interrupción de un embarazo que fue consecuencia de una violación.

La judicialización de esta cuestión, que por su reiteración constituye una verdadera práctica

institucional, además de ser innecesaria e ilegal, es cuestionable porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada, y es también contraproducente porque la demora que apareja en su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras.

Llegado este punto, el Tribunal considera ineludible destacar que, a pesar de que el Código Penal argentino regula desde hace noventa años diferentes supuestos específicos de despenalización del aborto, como el traído a discusión ante este Tribunal (artículo 86, inciso 2º), se sigue manteniendo una práctica *contra legem*, fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales, que hace caso omiso de aquellos preceptos, exigiendo allí donde la ley nada reclama, requisitos tales como la solicitud de una autorización para practicar la interrupción del embarazo producto de una violación lo que, como en el caso, termina adquiriendo características intolerables a la luz de garantías y principios constitucionales y convencionales que son ley suprema de la Nación.

20) Que es debido a ello que este Tribunal se ve forzado a tener que recordar, tanto a profesionales de la salud como a los distintos operadores de los diferentes poderes judiciales nacionales o provinciales, que por imperio del artículo 19 *in fine* de la Constitución Nacional, que consagra el principio de reserva como complemento de la legalidad penal, ha quedado expresamente dicho por voluntad del constituyente que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

21) Que teniendo a la luz aquella manda constitucional es que debe interpretarse la letra del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal y por dicha razón, se debe concluir que quien se encuentre en las condiciones allí descriptas, no puede ni debe ser obligada a solicitar una autorización judicial para interrumpir su embarazo, toda vez que la ley no lo manda, como tampoco puede ni debe ser privada del derecho que le asiste a la interrupción del mismo ya que ello, lejos de estar prohibido, está permitido y no resulta punible.

22) Que, en atención a lo expresado en los con-

siderandos precedentes, este Tribunal se ve en la necesidad de advertir por una parte, a los profesionales de la salud, la imposibilidad de eludir sus responsabilidades profesionales una vez enfrentados ante la situación fáctica contemplada en la norma referida. Por la otra, recuerda a los diferentes operadores de los distintos poderes judiciales del país que, según surge del texto del artículo 86 del Código Penal, lo que previó el legislador es que, si concurren las circunstancias que permiten la interrupción del embarazo, es la embarazada que solicita la práctica, junto con el profesional de la salud, quien debe decidir llevarla a cabo y no un magistrado a pedido del médico.

23) Que hacer lo contrario, significaría que un poder del Estado, como lo es el judicial, cuya primordial función es velar por la plena vigencia de las garantías constitucionales y convencionales, intervenga interponiendo un vallado extra y entorpeciendo una concreta situación de emergencia sanitaria, pues cualquier magistrado llamado a comprobar la concurrencia de una causal de no punibilidad supeditaría el ejercicio de un derecho expresamente reconocido por el legislador en el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, a un trámite burocrático, innecesario y carente de sentido.

24) Que asimismo, respetar lo preceptuado por el artículo 19 *in fine* de la Constitución Nacional significa, en línea con lo referido en el considerando precedente, que el aborto no punible es aquel practicado por “un médico con el consentimiento de la mujer encinta” (artículo 86 del Código Penal) circunstancia ésta que debe avenir todo tipo de intento de exigir más de un profesional de la salud para que intervenga en la situación concreta pues, una exigencia tal, constituiría un impedimento de acceso incompatible con los derechos en juego en este permiso que el legislador ha querido otorgar.

Por otra parte, las prácticas de solicitud de consultas y la obtención de dictámenes conspiran indebidamente contra los derechos de quien ha sido víctima de una violación, lo que se traduce en procesos burocráticos dilatorios de la interrupción legal del embarazo que llevan ínsita la potencialidad de una prohibición implícita –y por tanto *contra legem*– del aborto autorizado por el legislador penal. Asimismo, se debe señalar que esta práctica irregular no sólo contraviene las obligaciones que la mencionada Convención Interamericana para Prevenir,

Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en su artículo 7º, pone en cabeza del Estado respecto de toda víctima de violencia, sino que, además, puede ser considerada, en sí misma, un acto de violencia institucional en los términos de los artículos 3º y 6º de la ley 26.485 que establece el Régimen de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

Por ello, los términos del presente fallo respecto de los alcances que corresponde asignar al artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, así como la autoridad suprema del pronunciamiento, que se deriva del carácter de intérprete último de la Constitución Nacional y de las leyes, que posee el Tribunal (Fallos: 324:3025; 332:616), resultan suficientes para despejar cualquier duda que pudieran albergar esos profesionales de la salud respecto de la no punibilidad de los abortos que se practiquen sobre quienes invocan ser víctimas de violación.

En consecuencia, y descartada la posibilidad de una persecución penal para quienes realicen las prácticas médicas en supuestos como los examinados en autos, la insistencia en conductas como la señalada no puede sino ser considerada como una barrera al acceso a los servicios de salud, debiendo responder sus autores por las consecuencias penales y de otra índole que pudiera traer aparejado su obrar.

25) Que cuando el legislador ha despenalizado y en esa medida autorizado la práctica de un aborto, es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurran las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición, de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura. Rápida, por cuanto debe tenerse en cuenta que en este tipo de intervenciones médicas cualquier demora puede epilogar en serios riesgos para la vida o la salud de la embarazada.

Accesible y segura pues, aun cuando legal en tanto despenalizado, no deben existir obstáculos médico-burocráticos o judiciales para acceder a la mencionada prestación que pongan en riesgo la salud o la propia vida de quien la reclama (ver al respecto, Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas, desarrollada en junio de 1999).

26) Que a partir de lo expresado en los considerandos precedentes, este Tribunal entiende oportuno recordar que distintos órganos de aplicación de los tratados de derechos humanos se han pronunciado censurando al Estado Argentino por no garantizar el acceso oportuno a la práctica de los abortos no punibles como una cuestión de salud pública y sin injerencia del Poder Judicial (Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/101/D/1608/ 2007, del 29/03/11; Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño; Argentina. 21/06/2010. CRC/C/ARG/CO/3-4).

27) Que finalmente, el respeto a lo establecido en el artículo 19 *in fine* de la Constitución Nacional se traduce en que el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación como tampoco su determinación judicial para que una niña, adolescente o mujer pueda acceder a la interrupción de un embarazo producto de una violación.

Esta situación de ausencia de reglas específicas para acceder al aborto permitido en caso de violación supone tan sólo como necesario que la víctima de este hecho ilícito, o su representante, manifiesten ante el profesional tratante, declaración jurada mediante, que aquel ilícito es la causa del embarazo, toda vez que cualquier imposición de otro tipo de trámite no resultará procedente pues significará incorporar requisitos adicionales a los estrictamente previstos por el legislador penal.

En efecto, tal como lo ha señalado la Organización Mundial de la Salud, la exigencia de que las víctimas de violación, para calificar para el aborto, tengan que elevar cargos contra su agresor, obtener informaciones policiales, requerir autorización de un tribunal o satisfacer cualquier otro requisito que no sea médica y necesaria, puede transformarse en una barrera que desaliente a quienes tienen expectativas legítimas de buscar servicios sin riesgos y en forma temprana.

Estos requisitos, diseñados para identificar casos fabricados, retrasan el cuidado necesario y aumenta la probabilidad de abortos no seguros o, incluso, pueden llevar a la negativa de la práctica porque el embarazo está muy avanzado (ver al respecto, "Aborto sin riesgos. Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud", OMS, 2003).

28) Que si bien este Tribunal advierte la posibilidad de configuración de “casos fabricados”, considera que el riesgo derivado del irregular obrar de determinados individuos, -que a estas alturas sólo aparece como hipotético y podría resultar, eventualmente, un ilícito penal-, no puede ser nunca razón suficiente para imponer a las víctimas de delitos sexuales obstáculos que vulneren el goce efectivo de sus legítimos derechos o que se constituyan en riesgos para su salud.

29) Que, en razón de ello, corresponde exhortar a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos. En particular, deberán: contemplar pautas que garanticen la información y la confidencialidad a la solicitante; evitar procedimientos administrativos o períodos de espera que retrasen innecesariamente la atención y disminuyan la seguridad de las prácticas; eliminar requisitos que no estén médicaamente indicados; y articular mecanismos que permitan resolver, sin dilaciones y sin consecuencia para la salud de la solicitante, los eventuales desacuerdos que pudieran existir, entre el profesional intervienta y la paciente, respecto de la procedencia de la práctica médica requerida. Por otra parte, deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio. A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual.

30) Que por último, en virtud de la gravedad y trascendencia social que reviste la temática abordada en el caso, esta Corte no puede dejar de señalar la necesidad de que tanto en el ámbito nacional como en los provinciales se extremen los recaudos a los efectos de brindar a las víctimas de violencia sexual, en forma inmediata y expeditiva, la asis-

tencia adecuada para resguardar su salud e integridad física, psíquica, sexual y reproductiva. En ese contexto, deberá asegurarse, en un ambiente cómodo y seguro que brinde privacidad, confianza y evite reiteraciones innecesarias de la vivencia traumática, la prestación de tratamientos médicos preventivos para reducir riesgos específicos derivados de las violaciones; la obtención y conservación de pruebas vinculadas con el delito; la asistencia psicológica inmediata y prolongada de la víctima, así como el asesoramiento legal del caso.

31) Que, por estas mismas razones, se considera indispensable que los distintos niveles de gobierno de todas las jurisdicciones implementen campañas de información pública, con especial foco en los sectores vulnerables, que hagan conocer los derechos que asisten a las víctimas de violación. Asimismo deberá capacitarse a las autoridades sanitarias, policiales, educativas y de cualquier otra índole para que, en caso de tomar conocimiento de situaciones de abuso sexual brinden a las víctimas la orientación e información necesaria que les permita acceder, en forma oportuna y adecuada, a las prestaciones médicas garantizadas por el marco normativo examinado en la presente causa.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, corresponde:

- 1) Declarar procedente el recurso extraordinario y, por los fundamentos aquí expuestos, confirmar la sentencia apelada.
- 2) Exhortar a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual.
- 3) Exhortar al Poder Judicial nacional y a los poderes judiciales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente.

Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

Ricardo Luis Lorenzetti - Elena I. Highton de Nolasco - Carlos S. Fayt - Enrique Santiago Petracchi

(según su voto)- Juan Carlos Maqueda - E. Raúl Zaffaroni - Carmen M. Argibay (según su voto).

Es copia

Voto de la señora ministra doctora doña Carmen M. Argibay

Considerando:

1º) En las presentes actuaciones, el 22 de enero de 2010, A.L.F., en representación de su hija A.G., de quince años de edad, interpuso una “medida auto-satisfactiva” a fin de obtener autorización judicial para que en el Hospital Zonal de la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, se interrumpa el embarazo que la niña cursaba en la octava semana de gestación.

Fundó su pretensión en los incisos primero y segundo del artículo 86 del Código Penal, y en tal sentido afirmó que un mes antes había denunciado ante el Ministerio Público Fiscal de esa jurisdicción la violación que había sufrido la menor por parte de su esposo, O. N. (padrastro de la niña), en el mes de noviembre de 2009, siendo el embarazo producto de ese hecho.

Explicó que ante la formación del sumario en la jurisdicción criminal -en el que se constituyó como parte querellante- se había presentado ante el juez de la causa requiriendo la autorización para la interrupción del embarazo, pero dicho magistrado sostuvo que carecía de “facultades para adoptar medidas como la solicitada durante la etapa de investigación”, ordenando el paso de las actuaciones al Ministerio Público Fiscal, que se expidió por la incompetencia del fuero penal para resolver el pedido (cfr. fs. 17/18 vta.).

2º) El día siguiente de la presentación que inicia este expediente, el juzgado de familia dispuso una serie de medidas procesales, ordenando, entre ellas, dar intervención al “equipo técnico interdisciplinario” a fin de que entreviste a la menor para determinar, entre otros puntos, “las consecuencias y/o impacto psicológico en la menor de edad en caso de ser sometida a la intervención solicitada (aborto terapéutico)”; y librar oficio al Hospital Regional a fin de que “por intermedio del Comité de Bioética evalúe la situación planteada de A[.] G[.] y dictamine sobre lo peticionado” (cfr. fs. 19/20).

Posteriormente, como medida para mejor proveer, se dispuso librar oficio al director del mencionado hospital para que informe al juzgado “si de acuerdo a los Protocolos, el aborto a una menor de edad (15 años), víctima de una violación (art. 86 del Cód. Penal) puede practicarse en condiciones lícitas y en tal caso realicen las evaluaciones interdisciplinarias a través de los Comités Interdisciplinarios, que se prevén para estos casos” (cfr. fs. 28).

Esta última medida debió ser reiterada en dos oportunidades por la jueza actuante; la primera porque el director del nosocomio respondió que “previo al análisis ético médico de un período de interrupción de embarazo, debe determinarse si la persona presenta alguna de las características excepcionados [sic] por el código penal, ya que dicho encuadre no resulta ser una materia opinable por parte del comité” (cfr. fs. 40), y la segunda, en razón de que el jefe del departamento de tocoginecología de esa institución objetó a lo requerido que “este comité solamente asesora, no dictamina y en cuanto al motivo por el cual se solicita realizar un aborto en la paciente en cuestión, ‘violación’ es un elemento que supongo le consta a la justicia, y como tal el único que podría dictaminar es el juez” (cfr. fs. 80).

3º) Luego de producidas las medidas ordenadas, el 16 de febrero de 2010 esa instancia resolvió rechazar la solicitud para la interrupción del embarazo de la niña. Apelada esa resolución por la actora y por la propia menor A. G., el 25 de febrero de ese mismo año la Cámara de Apelaciones confirmó la decisión denegatoria.

Entre los argumentos expuestos por los magistrados que concurrieron a formar la mayoría del tribunal (pues una de sus integrantes votó en disidencia) se expresó que este caso pone a los jueces en situación de decidir entre “dar razón al privilegio de la vida de una menor sobre la otra (*nasciturus*) que no [ha] tenido oportunidad de optar por ser o no ser”, y que enfrentados a ese conflicto “nos encontramos obligados a preservar el derecho a la vida y consecuentemente a la personalidad del *nasciturus* desde el momento de la concepción, invocando como última *ratio*, frente a toda situación de duda la aplicación del principio ‘in dubio pro vida’” (cfr. fs. 372).

También se dijo, repitiendo consideraciones ex-

presadas por la jueza de primera instancia, que la discusión entre la interpretación amplia o restrictiva del artículo 86 del Código Penal no define en profundidad la amplitud de la decisión, pues en base a las normas del derecho constitucional que consagran el derecho a la vida y a la salud de todo ser humano desde la concepción en el seno materno, resulta indiferente la interpretación de aquella norma que se adopte.

4º) Contra esa sentencia interpusieron sendos recursos de casación la niña y su madre, los que fueron concedidos por la cámara de apelaciones y luego declarados formalmente admisibles por el tribunal superior de justicia local. Con fecha 8 de marzo de 2010, ese tribunal resolvió -en lo que aquí interesa- dejar sin efecto la sentencia recurrida, declarando que el caso encuadra en el supuesto de aborto no punible previsto por el inciso segundo, primera parte, del artículo 86 del Código Penal.

Para así decidir, el *a quo* inició el tratamiento del caso afirmando que obligar a la actora a obtener un permiso judicial en un supuesto como el de autos resulta una exigencia adicional, que a la mujer se le presenta como una carga y una vulneración a su derecho de acceder al aborto en los casos autorizados por la ley. Expresó que el propio legislador no ha dejado en manos de los jueces la tarea de preferir la vida de una u otra persona, porque precisamente consagró el resultado de la ponderación entre el derecho a la vida del *nasciturus* y el derecho de la mujer víctima de una violación.

Sobre el particular, asumió que la aplicación de los dos incisos del artículo 86 del Código Penal no requiere de autorización judicial, quedando la responsabilidad de decidir si se dan los supuestos fácticos descriptos por la norma en los médicos que atiendan a la paciente, ya sea en el sector privado o en el público de la salud, aplicando los principios y reglas del buen arte de curar.

Continuó luego el tribunal afirmando que la norma del artículo 86 del Código Penal aplicable al caso no se contrapone al bloque constitucional integrado por la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a ella, en tanto resulta consistente con la prohibición de desprotección legal arbitraria respecto al derecho a la vida del niño por nacer desde su concepción. Ello es así, se dijo, pues la norma parte de la base de considerar

al aborto como una conducta prohibida, aunque con las excepciones consagradas por el artículo en examen, las que, a su vez, comprometen otros derechos fundamentales de rango análogo. De esta manera, la decisión legislativa por la no punibilidad de supuestos como el presente no puede calificarse de irracional ni de arbitraria, en razón de que aparece fundada en una causa grave y excepcional sujeta al margen de valoración del legislador y compatible con la protección constitucional.

Pasando a la exégesis en particular del inciso segundo del artículo 86 del Código Penal, sostuvo el tribunal que además de encontrar en el propio texto de la norma razones que apoyan la que ha sido denominada la “tesis amplia” -pues reconoce en ella dos supuestos de aborto no punibles-, es el principio de legalidad el que exige interpretar los supuestos de no punibilidad previstos en el mencionado artículo con la mayor amplitud posible.

Finalmente, resta destacar que el tribunal consideró, en cuanto a la acreditación de la existencia de la violación, que la urgencia que demanda la resolución a tomar no admite esperar a la conclusión de dicho trámite, en el sentido de exigir una sentencia condenatoria para habilitar el supuesto previsto por la norma en tratamiento. Se entendió entonces que corresponde analizar la denuncia y, ante la imposibilidad de evitar todo margen de dudas, privilegiar el relato circunstanciado de la víctima, acompañado de los múltiples elementos que acrediten su seriedad.

5º) Contra esa sentencia interpuso recurso extraordinario federal el tutor *ad litem* y Asesor de Familia e Incapaces, en favor de la persona por nacer.

Como agravio federal, esa parte planteó la vulneración del derecho a la vida del *nasciturus* garantizado por la Constitución Nacional y por tratados de derecho internacional público.

En lo concerniente a las circunstancias fácticas del caso, explicó que ni para las partes, ni para las tres sentencias que fueron dictadas sucesivamente en las instancias que transitó el proceso, existe duda alguna de que el embarazo que presenta la niña proviene de una violación. Esta aceptación general sobre la cuestión sustancial de los hechos, desde su óptica, coloca a la dilucidación del caso en el cam-

po del puro derecho, centrada en la aplicación e interpretación de la norma del inciso segundo del artículo 86 del Código Penal, a la luz del resto del plexo normativo nacional y del derecho a la vida de la persona por nacer.

Establecido el marco normativo de referencia, continuó expresando que no entiende que las autorizaciones del artículo mencionado deban juzgarse inconstitucionales en general, ni que se encuentren derogadas por “incompatibilidad sobreviniente” con normas de mayor jerarquía. Afirmó, no obstante, que la interpretación de esos permisos legales ha de ser prudentemente restrictiva de modo de reducir a un número mínimo “y de enorme dramatismo” los casos subsumibles en ellos.

En tal sentido, entendió que la interpretación lata que de esa norma realiza la sentencia que impugna para declarar su aplicación al caso y autorizar así el aborto, resulta opuesta al derecho a la vida de toda persona conforme a la normativa constitucional que invoca. Desde ese prisma, afirmó que esa práctica médica tiene como fin interrumpir el embarazo dando así fin a la vida del feto, lo que implica un atentado, intencionado y directo, contra un ser humano cuya existencia y derechos resultan asegurados por el ordenamiento legal “desde su concepción”. A su vez, postuló una interpretación de la mentada norma permisiva, que calificó de literal, restringiendo la autorización para la interrupción del embarazo sólo en los casos de violación de una mujer “idiota o demente”.

6º) Al analizar la admisibilidad del remedio federal (fs. 673/676), el Superior Tribunal de Justicia de Chubut advirtió que la práctica abortiva ya se había realizado (v. fs. 674 vta.). No obstante ello, refirió -con cita de precedentes de esta Corte- que la falta de gravamen actual por la resolución del conflicto no debía obstar a la concesión del recurso, pues sólo así podrían las relevantes cuestiones planteadas ser tratadas en instancia federal. A su vez, señaló que el recurso no cumplía con el reglamento aprobado por la acordada CSJN 4/2007, aunque por motivos similares a los antes apuntados consideró que podía hacerse aquí una excepción a tal régimen.

Por tales fundamentos, resolvió conceder el recurso extraordinario deducido.

7º) El recurso resulta formalmente admisible en

cuanto se ha invocado que la interpretación dada a la ley común por el tribunal superior de la causa conculca el reconocimiento de un derecho constitucional y la sentencia ha sido contraria al interés del recurrente (artículo 14, inciso 3º, de la ley 48).

8º) Tal como lo ha indicado el superior tribunal provincial, no obstante a la admisibilidad del recurso que haya tenido lugar la intervención médica cuya autorización define el objeto del presente caso, llevada a cabo una vez que el mentado tribunal hiciera lugar a la pretensión de las actoras (conf. informe de la defensoría pública provincial obrante a fs. 648).

En oportunidades anteriores esta Corte ha subrayado que la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos provoca que, al momento en que se requiere la habilitación de la máxima instancia federal, la actualidad del agravio referido a las cuestiones constitucionales que aquéllas conllevan ya ha perdido vigencia en instancias inferiores.

Teniendo ello en cuenta, la Corte decidió en tales antecedentes admitir el remedio federal a fin de que no se frustre su intervención en esta clase de casos, cuando existe una expectativa razonable de que la situación resulte susceptible de repetición (cfr. Fallos: 324:4061 y 310:819).

De esta manera, una decisión del Tribunal en esta causa, aun bajo esas condiciones de excepción, se convierte en un precedente útil para solucionar con posterioridad conflictos idénticos, pues estos podrán ser adecuadamente resueltos sobre su base (cfr. Fallos: 333:777, voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Argibay).

9º) Los motivos expuestos en el considerando precedente sirven además de sustento para aplicar en el caso la excepción contenida en el artículo 11 del Reglamento aprobado por la acordada 4/2007.

10) Ingresando al fondo de la cuestión traída a estudio, debe aclararse preliminarmente que está fuera del marco de decisión de esta instancia federal la revisión del modo en que el tribunal provincial ha interpretado el artículo 86, inciso segundo, del Código Penal, en virtud de la regla del artículo 15 de la ley 48 que vedaba a esta Corte nacional pronunciarse con respecto a cuestiones de derecho común. En función de ese límite, solamente corresponde

resolver si tal interpretación se halla o no en conflicto con las disposiciones constitucionales que se invocan en el recurso (cfr. Fallos: 123:323; 129:235; 176:339; y, especialmente, 199:617; entre otros).

11) Como ya se reseñara, el tribunal superior de justicia local decidió autorizar el aborto peticionado por la niña A.G., interpretando que la norma citada abarca como supuestos de no punibilidad, a todos los casos en los que el embarazo provenga de una violación. El impugnante, por su parte, afirma que esa exégesis vulnera el derecho a la vida del *nasciturus*, y que la interpretación de las normas penales que permiten el aborto “ha de ser prudentemente restrictiva de modo de reducir a un número mínimo y de enorme dramatismo los casos subsumibles en las autorizaciones” (v. fs. 657 vta.), lo que obligaría -en la postulación del recurrente- a limitar la autorización para los supuestos en los que la víctima de violación sea una mujer que padezca una incapacidad mental (v. considerando 5 de este voto). A su vez, el criterio de diferenciación que propone la defensa para justificar esta última afirmación se apoya exclusivamente en que la mujer “idiota o demente” carece de capacidad para prestar consentimiento a una relación sexual, lo que permitiría presuponer que cualquier embarazo que acontezca en estos casos resulta necesariamente producto de una violación.

12) En primer lugar, debe afirmarse que este último argumento del recurrente no puede aceptarse a fines de ponderar la razonabilidad de la norma permisiva, pues sólo atiende a la mayor o menor necesidad de probanzas para determinar la existencia de la violación que pueden darse según que la víctima padezca o no una incapacidad mental. Este extremo no resulta admisible para justificar constitucionalmente que se deje fuera del ámbito de aplicación de la norma permisiva a las mujeres que no presentan deficiencias psíquicas, pues más allá de las diferentes capacidades que puedan presentar, la característica común que tienen unas y otras es que en todos los casos se trata de mujeres que han quedado embarazadas como consecuencia de un ataque a su integridad sexual. Por otra parte, el apelante tampoco explica por qué la diferencia que él alega como determinante debería tener preponderancia con respecto a la mentada característica común que otorga a unas y a otras la condición de sujetos de la norma permisiva.

13) En cuanto al núcleo de la tesis que propone el recurrente, debe observarse que la argumentación que la sustenta pareciera no advertir que aquí se está en presencia de un severo conflicto de intereses. Esto es así pues en el recurso se invoca unilateralmente la afectación del derecho a la vida de la persona por nacer, pero se omite toda consideración con respecto al otro extremo del conflicto, esto es, la situación de la niña de 15 años embarazada a consecuencia de una violación de la que ha sido víctima. Al sesgar de este modo su argumentación, se ignora la valoración integral que ha hecho el tribunal provincial para sostener la constitucionalidad de su interpretación del art. 86.2 del Código Penal, asumiendo sus implicancias en cuanto a la afectación de la persona por nacer y contrapesando ello con los derechos de la niña, enunciando los sufrimientos que para ella conllevaría una ponderación de los intereses en pugna contraria a la que fuera previamente definida por el legislador.

Analizado en tales términos el planteo expuesto en el remedio federal -que, a su vez, en forma asertiva, ha sido el sustento de las resoluciones denegatorias de primera y segunda instancia-, debe afirmarse que su formulación es incorrecta, pues, además de desdeñar la extrema conflictividad de una situación que el legislador consideró no evitable de otro modo que afectando los derechos del *nasciturus*, pretende redefinir la ponderación de los intereses en conflicto valorados por la norma sin exponer ningún argumento decisivo que obligue a ese nuevo examen de la situación. El esquema de fundamentación de quienes han sostenido esta postura en el trámite del expediente ha consistido en alegar la vulneración del derecho a la vida del feto, sumado -en el mejor de los casos- a una presunción según la cual la intensidad de la afectación de los derechos de la madre de la persona por nacer es en realidad menor de lo que la norma permisiva presupone y que el daño que padece puede repararse a través de medidas alternativas (verbigracia, asistencia psicológica a la niña y su entorno familiar durante el embarazo).

Esa preferencia por un distinto esquema de valores de ningún modo puede considerarse suficiente como para calificar de inconstitucional la autorización legal del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal y, de ese modo, dejar de aplicarla. Además, en razón de la particular estimación que se hace del daño sufrido por la niña víctima de violación y los remedios que se proponen para subsanarlo, la posición refe-

rida omite desarrollar (y a ello la obligaba su propia construcción argumental) un análisis exhaustivo tendiente a determinar si someterla a continuar forzosamente con el embarazo que fuera producto de dicho comportamiento antijurídico hasta llevarlo a término, no podría derivar en un perjuicio de una severidad tal que demostraría, en definitiva, que la valoración de los intereses en juego que habían realizado (invirtiendo el esquema de preponderancia fijado por el legislador) resultaba incorrecta.

14) Conforme los principios sobre los que se ha aceptado el control de constitucionalidad requerido, siguiendo la interpretación que del derecho común ha realizado el *a quo*, la estructura sistemática de la norma permisiva que define la no punibilidad del aborto practicado, con su consentimiento, a una mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación, presupone justamente la existencia de una situación de conflicto en la que un peligro para un interés legítimo únicamente puede ser conjurado a costa de la afectación del interés legítimo de un tercero. Sólo en consideración a este contexto específico es que el legislador acepta como socialmente soportable una conducta que en sí aprecia como prohibida (cfr. artículos 85, 86, párrafo primero; 87 y 88, primer supuesto, todos del Código Penal).

Como bien lo advierte el superior tribunal local, la potestad relativa a la estructuración de la solución legal en forma de autorización normativa de excepción es competencia exclusiva del Poder Legislativo. En esta medida, en tanto el legislador determine los intereses que colisionan y defina con claridad el contexto fáctico en el que deba tener lugar la injerencia, y siempre y cuando el remedio legal previsto para resolverlo resulte proporcional para compensar la gravedad del conflicto, la decisión sobre cuál de los intervenientes tiene que soportar el menoscabo de un bien jurídico constituye una valoración propia de su competencia.

La excepción a la penalización del aborto que regula el artículo 86.2 del Código Penal (conforme ha sido interpretado por el tribunal *a quo*) cumple suficientemente con el estándar de validez constitucional expuesto *ut supra*, pues en la ponderación de los intereses en conflicto, el legislador justifica concretamente la sustancial preponderancia del interés beneficiado a través de la indicación legal de que el embarazo haya sido causado por una vio-

lación; exigiendo además el consentimiento de la propia afectada, o de su representante legal.

Este esquema normativo vinculado a la denominada indicación criminológica, en primer lugar, delimita el supuesto excepcional en cuyo contexto se justifica la interrupción del embarazo -esto es, el hecho antijurídico precedente-, cuya indudable injerencia negativa sobre ámbitos vitales de la mujer fundamenta el carácter insostenible del conflicto con los intereses de la persona por nacer. También mediante el sistema organizado a través de esa indicación, puede dilucidarse concretamente el juicio de ponderación sobre el que reposa la decisión legal, a saber: la relación simétrica entre la falta de responsabilidad de la mujer en la situación generadora del conflicto y la irracionalidad de atribuirle el costo de cargar con el deber de solidaridad (vgr. forzarla a llevar a término el embarazo bajo amenaza de pena).

A su vez, el ejercicio del medio empleado para la solución del conflicto (la interrupción del embarazo) es adecuadamente reglamentado por la norma, canalizando por un procedimiento específico la constatación de los elementos fácticos que configuran el permiso y el propio desarrollo de la práctica, que resulta delegado a los médicos a quienes se solicita la intervención, coartando así la posibilidad de sustituir la sujeción a la ponderación legal por criterios valorativos regidos únicamente por la autodeterminación de la propia interesada.

En este sentido, debe quedar en claro que la anterior descripción de la tarea del legislador no significa, desde el punto de vista de la Constitución Nacional, que ello implique una preferencia absoluta de un bien jurídico por sobre el otro, o que alguno carezca de tutela legal suficiente a través del ordenamiento jurídico vigente, sino únicamente que ante circunstancias excepcionales en las que se torna imposible evitar la tensión entre dos bienes jurídicos por otros medios, el propio Código Penal permite afectar uno de ellos como única vía para salvaguardar el restante.

15) Por último, debe advertirse que el marco de ejercicio del permiso jurídico aquí tratado demanda únicamente que los médicos a quienes es requerida la intervención verifiquen que el embarazo es producto de una violación y que la víctima preste su consentimiento ante esos profesionales para que se lleve a cabo la intervención. Atento ello, y toda vez

que la práctica solicitada en autos está en definitiva autorizada, las exigencias legales que legitiman la injerencia no pueden erigirse en un obstáculo sustancial al efectivo ejercicio del derecho concedido a la mujer, obligando –como ha ocurrido en este caso– a que la niña transite un arduo y traumático proceso judicial que acrecentó innecesariamente el considerable estigma y sufrimiento derivados de la violación de la que fue víctima y que, en razón del tiempo transcurrido, pudo haber puesto en riesgo la posibilidad de practicar una intervención sin peligro alguno para su salud.

Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, corresponde declarar procedente el recurso extraordinario y, por los fundamentos aquí expuestos, confirmar la sentencia apelada.

Notifíquese.

Carmen M. Argibay.

Es copia

Voto del señor ministro doctor don Enrique Santiago Petracchi

Considerando:

Que el infrascripto coincide con los considerandos 1º al 4º del voto de la jueza Argibay.

5º) Que, contra esa sentencia interpuso recurso extraordinario federal a favor de la persona por nacer el tutor *ad litem* y Asesor de Familia e Incapaces. Como agravio federal sostuvo la vulneración del derecho a la vida del *nasciturus*, el que, dijo, se hallaba garantizado por la Constitución Nacional y por diversos tratados de derecho internacional público.

Consideró que la cuestión no se centraba en la constitucionalidad de las diversas autorizaciones previstas en el artículo 86 del Código Penal, las que admitió, sino en la interpretación amplia que se había efectuado de su segundo inciso. Al respecto, sostuvo que era de toda evidencia que su interpretación debía hacerse de manera restrictiva, de modo de reducir a un número mínimo y de enorme dramatismo los casos subsumibles en las autorizaciones.

6º) Al analizar la admisibilidad del remedio federal (fs. 673/676), el Superior Tribunal de Justicia de

Chubut advirtió que la práctica abortiva ya se había realizado (v. fs. 674 vta.). No obstante ello, refirió –con cita de precedentes de esta Corte– que la falta de gravamen actual por la resolución del conflicto no debía obstar a la concesión del recurso, pues sólo así podrían las relevantes cuestiones planteadas ser tratadas en instancia federal. A su vez, señaló que el recurso no cumplía con el reglamento aprobado por la acordada CSJN 4/2007, aunque por motivos similares a los antes apuntados consideró que podía hacerse aquí una excepción a tal régimen.

Por tales fundamentos, resolvió conceder el recurso extraordinario deducido.

7º) Que, tal como lo ha indicado el superior tribunal provincial, no obstaría a la admisibilidad del recurso que haya tenido lugar la intervención médica cuya autorización define el objeto del presente caso llevada a cabo una vez que el mentado tribunal hiciera lugar a la pretensión de las actoras (conf. informe de la Defensoría Pública Provincial obrante a fs. 648).

En oportunidades anteriores esta Corte ha subrayado que la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos provoca que al momento en que se requiere la habilitación de la máxima instancia federal la actualidad del agravio referido a las cuestiones constitucionales que aquellas conllevan ya ha perdido vigencia en instancias inferiores.

Teniendo ello en cuenta la Corte decidió, en tales antecedentes, admitir el remedio federal a fin de que no se frustre su intervención en esta clase de casos, cuando existe una expectativa razonable de que la situación resulte susceptible de repetición (Fallos: 310:819 y 324:4061).

8º) Que el recurrente no logra expresar argumentos constitucionales suficientes que sustenten la interpretación que deja fuera del ámbito de aplicación de la norma permisiva a las mujeres que no tengan deficiencias psíquicas. Pues, más allá de las diferentes capacidades que puedan presentar, la característica común que tienen unas y otras es que en todos los casos se trata de mujeres que han quedado embarazadas como consecuencia de un ataque a su integridad sexual. En tal sentido, no demuestra –ni se advierte– que en las disposiciones de rango constitucional citadas se reconozcan categorías –o, mejor dicho, preferencias– como las por él postuladas.

9º) Que, en cuanto al núcleo de la tesis que propone el recurrente, debe observarse que la argumentación que la sostiene pareciera no advertir que aquí se está en presencia de un severo conflicto de intereses. Esto es así pues en el recurso se invoca, unilateralmente, la afectación del derecho a la vida de las personas por nacer, pero se omite toda consideración con respecto al otro extremo del conflicto, esto es, la situación de la niña de 15 años embarazada a consecuencia de una violación (ver análogos argumentos en Fallos: 324:5, considerando 11, disidencia del juez Petracchi). Al sesgar de tal modo su argumentación, se ignora la valoración integral que ha hecho el tribunal provincial para sostener la constitucionalidad de su interpretación del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, asumiendo sus implicancias en cuanto a la afectación de la persona por nacer y contrapeseando ello con los derechos de la niña, enunciando los sufrimientos que para ella conllevaría una ponderación de los intereses en pugna contraria a la que fuera previamente definida por el legislador.

10) Que, analizado en tales términos, el planteo efectuado en el remedio federal vuelve a exhibir su incorrecta formulación pues, además de desdeñar la extrema conflictividad de una situación que el legislador consideró no evitable de otro modo que afectando los derechos del *nasciturus*, pretende redefinir la ponderación de los intereses en conflicto valorados por la norma sin exponer ningún argumento decisivo que obligue a ese nuevo examen de la situación. El esquema de fundamentación de quienes han sostenido esa postura en el trámite del expediente ha consistido en alegar la vulneración al derecho a la vida del feto, sumado -en el mejor de los casos- a una presunción según la cual la intensidad de la afectación de los derechos de la madre de la persona por nacer es en realidad menor de lo que la norma permisiva presupone y que el daño que padece puede repararse a través de medidas alternativas (verbigracia, asistencia psicológica a la niña y su entorno familiar durante el embarazo).

11) Que, esa preferencia por un distinto esquema de valores, de ningún modo puede considerarse suficiente como para calificar de inconstitucional la interpretación efectuada por el *a quo* del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal y, de ese modo, dejar de aplicarla. Además, en razón de la particular estimación que se hace del daño sufrido por la niña víctima de violación y los remedios que se proponen para subsanarlo, la posición referida omite

desarrollar -y a ello la obligaba su propia construcción argumental- un análisis exhaustivo tendiente a determinar si someterla a continuar forzosamente con el embarazo que fuera producto de dicho comportamiento antijurídico hasta llevarlo a término, no podría derivar en un perjuicio de una severidad tal que demostraría, en definitiva, que la valoración de los intereses en juego que había realizado -invirtiendo el esquema de preponderancia fijado por el legislador- resultaba incorrecta.

12) Que, sin perjuicio de lo anterior, las consideraciones del apelante concernientes a normas de jerarquía constitucional omiten tomar en cuenta que el fallo apelado se sustenta autónomamente en legislación común nacional que no ha sido atacada de inconstitucional, razón por la cual carece el recurso del requisito de relación directa e inmediata que debe existir entre las cuestiones federales propuestas y lo decidido por el pronunciamiento (conf. Fallos: 324:5 y sus citas, disidencia del juez Petracchi). En consecuencia, habrá de declararse su inadmisibilidad.

Por ello, y habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara inadmisible el recurso extraordinario. Hágase saber y, oportunamente, devuélvase.

Enrique Santiago Petracchi.

Es copia

Recurso extraordinario interpuesto por **Alfredo M. Pérez Galimberti, Asesor General Subrogante, Defensoría General de la Provincia del Chubut, en su carácter de Tutor Ad Litem y Asesor de Familia e Incapaces.**

Traslado contestado por **A.L.F., en representación de su hija menor A.G.**, con el patrocinio de la **Dra. Sandra Elizabeth Grilli**.

Tribunal de origen: **Superior Tribunal de la Provincia del Chubut.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia, Sala B.**

Para acceder al dictamen de la Procuración General de la Nación ingrese a: http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2011/ECasal/abril/F_A_L_F_259_L_XLVI.pdf

Parte III. Migrantes. Trámite de expulsión

La **Dra. Patricia García**, defensora *ad hoc* a cargo de la coordinación de la Unidad de Letrados Móviles ante los Jueces de Ejecución de los Tribunales Orales en lo Penal Económico, interpuso recurso de casación con el fin de que se resuelva el extrañamiento de su asistido con anticipación al cumplimiento del requisito temporal de la mitad de la condena.

La CNCP se expidió en relación con el trámite de extrañamiento de detenidos extranjeros y dejó plasmado el criterio que posibilita agilizar el trámite de expulsión. Así, el extrañamiento podrá ser solicitado y dictado con anticipación al requisito temporal de mitad de condena (se sugiere 3 o 4 meses antes del cumplimiento de la exigencia temporal).

Interpone recurso de casación Señor Juez:
Patricia García, Defensora *ad-hoc* a cargo de la coordinación de la Unidad de Letrados Móviles ante los Jueces de Ejecución de los Tribunales Orales en lo Penal Económico, en legajo del epígrafe, a V.E. respetuosamente me presento y digo:

I. Objeto Mi intervención tiene lugar a partir de la notificación del rechazo de la reposición planteada por esta Defensa contra el decreto que dispusiera no iniciar el trámite de extrañamiento de mi defendido Deilys Lambert Correa, cursada con fecha 27 de mayo del corriente año.

Así en legal tiempo y forma, vengo a interponer recurso de casación contra la resolución de fecha 23 de mayo de 2011 que dispuso:

“... I. No hacer lugar a la reposición planteada y estar a lo resuelto a fs. 92...”

II. Procedencia El remedio que se articula resulta formalmente procedente (artículo 438 del Código Procesal Penal de la Nación), en tanto se interpone ante el Tribunal que dictó la resolución dentro del término de diez días de notificada (artículo 463 de la normativa procedural); asimismo se trata de un auto que no hace lugar al recurso de reposición intentado y que debe ser valorado en otra instancia posterior toda vez que podría ocasionar a mi defendido un perjuicio de imposible o tardía reparación ulterior. Por lo tanto la decisión impugnada resulta equiparable a sentencia definitiva, debiéndosela considerar a los fines de la admisibilidad del recurso como integrante de las resoluciones taxativamente enumeradas en el artículo 457 del C. P. P. N.

“...es equiparable a sentencia definitiva puesto que podría ocasionar un perjuicio de imposible o tardía reparación ulterior, debiéndosela considerar a los fines de la admisibilidad del recurso como integrante de las resoluciones taxativamente enumeradas en el art. 457 del CPPN. De esta manera, han de resultar más suficientemente tuteladas las garantías del proceso penal, así como acabadamente cumplidos los compromisos asumidos en la materia en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional sobre derechos humanos (en especial la garantía de doble instancia judicial, prevista en el art. inc.2 apartado h) de la Convención Americana de Derechos Humanos)...” (CNCP, Sala IV, C.1607, Reg. 2096.4 del 4/10/99, “Spotto, Ariel Alberto s/Recurso de Casación”).

Así se ha señalado, en cuanto a la imposibilidad de deducir subsidiariamente los recursos de casación e inconstitucionalidad a la reposición planteada, que “...el rechazo de la revocatoria constituye, entonces, el pronunciamiento definitivo contra el que cabe deducir aquéllos (art. 457; CNCP, Sala II, B.J., nro. 4, pág. 85; id., id., “Scalzone” del 4/IV/1995, reg. 419, c. 426) ...” (Francisco D’Albora, “Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado”, Editorial Lexis Nexis, Tomo II, pág. 989).

Cabe señalar que se ha afectado el derecho de defensa, garantía que impera aun en los juicios de extrañamiento en los cuales rigen todas las garantías del debido proceso que se encuentran presentes durante la tramitación de cualquier incidencia de la etapa ejecutiva de la pena (conforme la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Romero Cacharane”).

A todo evento, sin perjuicio de la particular idiosincrasia de los procesos de extradición, aún en esos casos nuestro Máximo Tribunal ha sostenido que “*La especial naturaleza de los procedimientos de extradición, que los diferencia de los juicios criminales propiamente dichos, no puede llevar a la conclusión de que el sujeto requerido no se encuentra amparado en la garantía constitucional de la defensa en juicio.*” (Confr. Fallos: 307:1236 y sus citas) (autos V.284.XX “Ventura, Giovanni Battista s/su extradición”, del 20 de septiembre de 1988). En el sentido expuesto, entiendo que la instancia casatoria reclamada, es la idónea para proceder a la dilucidación definitiva de la cuestión planteada.

No obstante encontrarse reunidos los presupuestos de admisibilidad del recurso, el mismo encuentra fundamento adicional en la manda constitucional expresa por la cual se tutela el derecho fundamental de todo imputado a obtener una revisión en doble instancia de toda sentencia definitiva o decisión equiparable. En este punto, cabe señalar lo previsto por el art. 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que reza: “*Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o 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.*”

Por ello estimo que, en el “sub lite”, se encuentran reunidos los requisitos de admisibilidad del recurso por lo que el Tribunal deberá concederlo y en consecuencia elevar las actuaciones a la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal. Va de suyo que, al haberse cumplimentado con todos los presupuestos formales exigidos para la procedencia, la vía de impugnación intentada deberá concederse ante el Superior pues, como enseña Fernando De la Rúa, “....el examen debe limitarse a la procedencia o improcedencia de la casación desde un punto de vista meramente formal ... con la sentencia se agota la potestad cognoscitiva de la Cámara de Juicio, y le está vedado un examen del fondo del asunto que constituye su objeto... no debe inmiscuirse en la valoración de la exactitud del motivo aducido...” (Cfr. autor citado, “El recurso de casación, pág. 191, Ed. Zavalía).

Por otro lado, debe tenerse especialmente en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció la condición de “tribunal intermedio” de la Cámara Nacional de Casación Penal *in re: “Giroldi”* ya citada. De ese modo, resguardó la garantía constitucional de la doble instancia, amparada por el art. 8.2.h. de la Convención Americana de Derechos Humanos, al asegurar al imputado el derecho a un recurso contra la sentencia del tribunal.

Si bien el texto de ese artículo se refiere al “fallo” una interpretación amplia de la garantía fue incluso sostenida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Maqueda” cuando consideró que “el derecho previsto en el art. 8.2.h requiere la disponibilidad de un recurso de revisión que al menos permita la revisión legal, por un tribunal superior, del fallo y de todos los autos procesales importantes, incluyendo la legalidad de la prueba y que permita con relativa sencillez al tribunal de revisión examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales

del imputado, en especial los de la defensa y del debido proceso" (publicado en Nueva Doctrina Penal, B/1996).

Este criterio fue robustecido recientemente con el fallo dictado por el Máximo Tribunal *in re: "Casal, Matías Eugenio y otro s/robo en grado de tentativa -causa n° 1681 C 1757. XL. RECURSO DE HECHO"*, rta. el 20 de septiembre de 2005.

En dicho precedente, el ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Enrique Petracchi sostuvo: "...el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas.

"Dicho entendimiento se impone como resultado de (a) un análisis exegético del mencionado dispositivo, que en modo alguno limita ni impone la reducción del recurso casatorio a cuestiones de derecho, (b) la imposibilidad práctica de distinguir entre cuestiones de hecho y de derecho, que no pasa de configurar un ámbito de arbitrariedad selectiva; (c) que la interpretación limitada o amplia de la materia del recurso debe decidirse en favor de la segunda, por ser ésta la única compatible con lo dispuesto por la Constitución Nacional (inc. 22, del art. 75, arts. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); (d) ser también la única compatible con el criterio sentado en los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y en sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos." (Ver considerando 34 del fallo apuntado).

III. Motivos de la impugnación

En los términos del artículo 456 inciso 2do. del Código de forma, la vía se deduce por la inobservancia de las normas que el código adjetivo establece bajo pena de nulidad (arts. 123, 404 inc. 2do.) puesto que la exigencia de que se trata –motivación- deriva principalmente de la Constitución Nacional (CSJN, Fallos: 240:160; 247:256, entre otros) y establece que las sentencias deben ser fundadas y que la motivación no debe ser contradictoria o aparente.

Asimismo en la resolución impugnada se ha efectuado una errónea interpretación de la ley sustantiva en cuanto establecer la exigencia de un requisito temporal para el dictado de la orden de expulsión –no de su efectivización- que la ley 25.871 no prevé. De ese modo se encuentra configurado el supuesto habilitante de la vía casatoria previsto por el artículo 456 inc. 1° del C.P.P.N., con la consiguiente afectación al principio de legalidad (art 18 de la Constitución Nacional, 9 y 11 de la D.U.D.H., 7.1 y 9 de la C.A.D.H., 9.1, 15.1 y 15.2 del P.I.D.C. y P., y 25 y 26 de la D.A.D.D.H.) y la vulneración de los derechos de defensa, debido proceso y a obtener su libertad en tiempo oportuno, de conformidad con los reconocidos principios *pro homine* y *pro libertate*.

IV. Antecedentes

Con fecha 4 de mayo del corriente año solicité a V.E. la formación de una incidencia de ejecución en los términos del art. 491 del C.P.P.N., a fin de que, luego de otorgar la correspondiente intervención a las partes –Fiscal y Defensa-, se resuelva el dictado del extrañamiento de mi defendido.

Ante ello V.E. se remitió a lo decidido en febrero del año en curso: "...estése al cumplimiento del requisito temporal...".

Respecto de lo cual, por entender que en la actualidad nos encontramos en fecha más cercana al día señalado, interpuse recurso de reposición.

Al respecto puse de resalto que no se imprimió el trámite previsto en el art. 491 del C.P.P.N., que dispone: "Los incidentes de ejecución podrán ser planteados por el ministerio fiscal, el interesado o su defensor y serán resueltos previa vista a la parte contraria, en el término de cinco (5) días. La parte querellante no tendrá intervención. Contra la resolución sólo procederá el recurso de casación, pero éste no suspenderá la ejecución a menos que así lo disponga el tribunal", tal como esta asistencia técnica lo peticionara.

Expresé en aquella presentación que tampoco se contestó ninguno de los argumentos que esta defensa planteara, extremo que importa la nulidad de la decisión impugnada por contener ausencia de tratamiento de las cuestiones conducentes introducidas por esta defensa y vulneración del debido proceso legal respecto de la ausencia de tramitación incidental de lo impetrado.

Es decir que la providencia simple que se impugnó, por un lado, no ha dado tratamiento incidental a la cuestión introducida y, por el otro, ha soslayado considerar la mayor cercanía existente con el momento en que operará el cumplimiento de la mitad de la condena impuesta a mi defendido.

Por ello, a fin de resguardar el debido proceso legal, solicité a V.E. que revoque la resolución puesta en crisis y dicte un pronunciamiento acorde a lo previsto en el código de forma, previa intervención de las partes del proceso.

Ante lo que el Magistrado sostuvo que: "... la pieza procesal atacada remite a lo resuelto por el Tribunal el pasado 4 de marzo en la que se difirió el dictado de la decisión judicial en los términos del art. 64, inc. a) de la ley 25.871 para una fecha más cercana a la del plazo temporal que habilita el extrañamiento del imputado."

"Que, así las cosas corresponde recordar que la ley 25.871 establece que para que la solicitud de expulsión del país de un ciudadano extranjero que hubo recibido condena de parte de la jurisdicción nacional pueda recibir favorable acogida no sólo es necesario que aquél cumpla la mitad del tiempo de encierro que se le impuso, sino, además que no tenga otra causa abierta en donde se interese su detención".

"Que, de lo expuesto, se colige que la concurrencia de estos extremos, indefectiblemente, deban ser evaluados con una antelación mínima que impida a que en ese corto plazo pueda llegar a variar la situación que se analiza, pues de lo contrario podrían tornarse inoficiosas las decisiones judiciales."

"Que, como se aprecia de acuerdo a lo indicado en el considerando precedente, no "...se ha soslayado considerar la mayor cercanía existente con el momento en que operará el cumplimiento de la mitad de la condena impuesta..." (fs. 100, 2º pfo.), sino que se le ha dado una valoración temporal distinta a la sostenida por la requirente."

"Que, en el caso, el imputado Lambert Correa cumplirá con el requisito temporal exigido por la norma el 23 de diciembre de 2011, con una anterioridad a esa fecha, cercana y razonable, es cuando se podrá arribar a una decisión

fundada sobre la petición evaluando convenientemente si el detenido se halla efectivamente cumpliendo todos y cada uno de los requisitos legales, extremo que a esta altura de los acontecimientos resulta prematuro.”

V. Agravios Considero que la resolución de fecha 23 de mayo de 2011 por la cual se resolvió no hacer lugar al recurso de reposición interpuesto por esta Defensa, no se encuentra debidamente fundada o está fundada en forma aparente, deviniendo así su arbitrariedad.

Ello por cuanto al momento de resolver V.E. no consideró los argumentos dados por esta defensa en cuanto a que:

El art. 64 inc. a) de la ley 25.871 establece los requisitos exigidos para disponer el extrañamiento señalando que “Los actos administrativos de expulsión firmes y consentidos dictados respecto de extranjeros que se encuentren en situación irregular, se ejecutarán en forma inmediata cuando se trate de: a) Extranjeros que se encuentren cumpliendo penas privativas de libertad, cuando se hubieran cumplido los supuestos establecidos en los acápite I y II del artículo 17 de la ley 24.660 que corresponda para cada circunstancia”.

Así las cosas, a los efectos de ejecutarse el extrañamiento de un justiciable se requiere: que sea extranjero; que se encuentre condenado a una pena privativa de libertad en virtud de una sentencia que haya pasado en autoridad de cosa juzgada; que cumpla la mitad de la pena impuesta y que no posea causa pendiente en la que interese su detención.

Asimismo a los efectos de adoptar una decisión respecto de la situación de un condenado en punto a la petición de su expulsión del territorio nacional, se requiere la acreditación previa de los dos primeros y el último de los requisitos consignados en el párrafo que precede; destacándose que el tercero –plazo temporal- de ellos afecta solo la ejecutabilidad de la orden judicial pero no podría condicionar su dictado.

Es decir la decisión jurisdiccional vinculada con el extrañamiento del justiciable puede dictarse una vez cumplidos los requisitos de procedencia – carácter de extranjero, sentencia firme y ausencia de causa pendiente- y quedar supeditada su ejecutabilidad a la ocurrencia del plazo temporal –mitad de la condena-. Al respecto, mi defendido Lambert Correa cumple con la totalidad de los requisitos que habilitarían el dictado de su orden de extrañamiento, quedando supeditado su cumplimiento al acaecimiento del requisito temporal que operaría el 23/11/12.

Si bien es cierto que V.E. difirió el dictado de la decisión jurisdiccional que ahora se impetra para una fecha más cercana a la del plazo temporal que habilita la ejecución de la expulsión. No es menos cierto que nos encontramos en un momento más cercano, tal como se indicara, y que la adopción de la decisión que se reclama evitaría la concreción de una serie de circunstancias que podrían acarrear a mi defendido Lambert Correa un perjuicio de imposible reparación ulterior.

Es así que resulta conocido para todos los operadores del sistema judicial de ejecución que, en el mayor de los casos, los extranjeros condenados por sentencia firme son trasladados a diversas unidades ubicadas en el interior

del país, donde permanecen hasta el dictado de la orden de extrañamiento. En ese momento recién se encuentran en condiciones de ser alojados en alguna cárcel de las ubicadas en las inmediaciones de la Ciudad de Buenos Aires, circunstancia que, a criterio de la autoridad administrativa migratoria, resulta indispensable para concretar su partida del territorio nacional mediante la ubicación de una plaza aérea en algún vuelo que parte del Aeropuerto Internacional de Ezeiza con destino a su país de origen.

Así las cosas, el cumplimiento de la orden de expulsión, dictada en una fecha inmediata al momento en que el justiciable cumple el requisito temporal exigido por la norma citada, determina, a partir de las demoras de los traslados de unidades cuya responsabilidad incumbe al Servicio Penitenciario, que el extrañado abandone el territorio nacional cuando se encuentra cumplida holgadamente la mitad de su condena.

Ello se encuentra agravado en el caso de los detenidos extranjeros por la circunstancia de su alojamiento momentáneo en una de las unidades de detención ubicadas en las inmediaciones de la ciudad de Buenos Aires, donde deben permanecer –muchas veces por extensos períodos de tiempo– en el módulo de ingreso, donde se encuentran alojadas personas que –por las características del lugar– en el mayor de los casos no presentan calificaciones similares, igual situación en el régimen progresivo de la pena –período o fase– y diferentes condiciones sociales y culturales, sin mencionar la dificultad de comunicación de los detenidos que apenas balbucean nuestro idioma nacional.

Todo ello adquiere especial relevancia a partir de la similitud que la orden de extrañamiento guarda con una decisión que dispusiera la libertad de un justiciable. Ello así toda vez que, conforme lo establece el art. 64 inc. a) *in fine* “... La ejecución del extrañamiento dará por cumplida la pena impuesta originalmente por el Tribunal competente”. Por ende, cualquier demora producida en ejecutar un extrañamiento –que podría evitarse con el dictado anticipado de la resolución judicial que aquí se reclama– implicaría una dilación para mi asistido Lambert Correa de recuperar su libertad en la fecha que a tal efecto prevén las disposiciones legales que rigen tal cuestión, ocasionando a mi defendido un agravio de imposible e insuficiente reparación ulterior.

Sentado ello, resulta palmaria la fundamentación aparente de la resolución impugnada, toda vez que la misma no ha contemplado los argumentos expuestos por esta defensa.

Es así que no se ha contemplado ninguno de los motivos esgrimidos en cuanto al perjuicio que podría ocasionar a mi defendido –alojado en una unidad del Servicio Penitenciario Federal del interior del país– el dictado del extrañamiento en una fecha inmediatamente anterior al cumplimiento del requisito temporal. Tampoco se ha considerado que el nombrado reúne –a excepción del temporal que, reitero, solo afecta la efectivización de la orden– la totalidad de los presupuestos exigidos por la norma analizada.

Es decir que, en modo alguno, se ha analizado el claro perjuicio que una decisión de expulsión dictada contemporáneamente al acaecimiento del requisito temporal produciría en el derecho de mi defendido a recuperar en tiempo oportuno su libertad ambulatoria. Por el contrario, la decisión jurisdiccional cuestionada

pareciera privilegiar la concreción de formalidad en el trámite de expulsión que han sido pretoriamente creadas por algunos de los magistrados de ejecución, soslayando la consideración del interés del justiciable a obtener un pronunciamiento judicial que de manera oportuna le permita acceder a su libertad.

De este modo, considero que la falta de tratamiento de los argumentos apuntados por esta parte, resiente la motivación lógica del fallo, requisito que deriva principalmente de la Constitución Nacional (CSJN, Fallos; 240:160; 247:256, entre otros) y que ha sido receptada por el Código Procesal Penal en los artículos 123 y 404 inciso 2do., que reglamentan la garantía constitucional de la defensa en juicio –art. 18 de la C. N.- en cuanto exigen que las decisiones judiciales sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente.

Reitero el agravio que motiva la procedencia del remedio procesal invocado, consiste en la falta de fundamentación que avale el rechazo del recurso de reposición –y por ende, del extrañamiento solicitado-, y la arbitrariedad en que incurre, lo cual es consecuencia directa de ello.

En este orden de ideas, una de las obligaciones de los jueces, es la de motivar las resoluciones que así lo requieren por ley (art. 123 y 404 inciso 2º del CPPN). Tal menester consiste en exponer y fundamentar cada uno de los argumentos fácticos y jurídicos que justifican la resolución, dando fundamento en su decisión de los motivos por los cuales ha sido rechazada cada petición formulada, en forma completa y no contradictoria, importando ello una garantía constitucional de justicia, fundada primordialmente en el régimen republicano de gobierno que, al asegurar la publicidad de las razones, resguarda a los particulares y a la colectividad contra resoluciones arbitrarias, así como también al Estado en cuanto asegura la recta administración de justicia.

Sentado lo expuesto, la carencia de fundamentación del decisorio, arroja como resultado una decisión arbitraria, en los términos en que el más Alto Tribunal define esta doctrina, ya que no se advierte una elaboración jurídica ni lógica que determine el auto por el que V.E. rechaza la reposición planteada, especialmente, por cuanto en el decisorio, nada se dice respecto de los argumentos señalados por la defensa referidos a la ausencia de impedimento para que la orden de extrañamiento se dicte en un tiempo anterior al cumplimiento de la mitad de la condena y se deje supeditada su ejecución al mantenimiento de los presupuestos que la habilitan al momento de ocurrir el plazo estipulado en la ley 25.871.

Sin dudas, la formación de un nuevo incidente de ejecución en una fecha más próxima al cumplimiento de la mitad de la condena, implica un dispendio jurisdiccional que podría evitarse con el dictado del extrañamiento anticipadamente supeditado a la constatación de antecedentes con carácter previo al acto de expulsión del territorio nacional.

En el decisorio cuestionado, no se esgrime un fundamento concreto (vgr. existir una causa dónde interese la detención); más allá de la disconformidad con la extemporaneidad de la sustanciación y resolución del caso.

En igual sentido, la Sala Tercera de la Cámara Nacional de Casación Penal, en la causa nro. 10.081 caratulada “López Morales, Alex Estuardo s/recurso de casación” sostuvo que “... Tal motivo (posibilidad de que el condenado pueda

tener, antes de cumplir la mitad de la condena, una causa en trámite donde interese su detención), no representa un argumento concreto sino potencial...”. Por lo que, tal como ya expresara en el planteo inicial, entiendo que el presente caso puede solucionarse a través del control oportuno, previo al cumplimiento del plazo temporal de la mitad de la condena, de los antecedentes penales, sin necesidad de anular y formar un nuevo incidente pues, de lo contrario, estaría recayendo sobre el condenado un error atribuible al órgano jurisdiccional.

En tal sentido, debe recordarse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido en numerosos fallos que para la procedencia del remedio federal es requisito ineludible la existencia de un agravio concreto y actual y no la amenaza de un futuro y conjetural perjuicio (Fallos: 300:113 y 1113; 302:1383; 303:447 y 1307; 305:1391 y 312:290, entre otros).

En esta línea de pensamiento la pretoriana creación jurisprudencial tiende a resguardar la garantía de defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las resoluciones sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente (Fallos: 261:209, 274:135, 284:119, 297:100).

A mayor abundamiento, entre otros precedentes, la Sala III de la Excmo. CNCP, ha dicho que “*El derecho de fundamentación constituye una causal definitiva de arbitrariedad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*” (Causa 1580, Reg. 244/99.3 “Canosa Oliva, Marcelo Luis y otros s/ rec. casación”).

Resumiendo lo hasta aquí expuesto, puede afirmarse que: puesto que la resolución carece de fundamentos, es arbitraria y por tanto pasible de subsanación por parte del Tribunal *ad quem*.

En base al análisis precedente, pretendo se declare la nulidad (arts. 123, 404 inc. 2do., 456 inciso 2do. y 457 del código adjetivo, su doctrina y jurisprudencia) del auto de fecha 23 de mayo de 2011, el que no hace lugar al pedido de revocatoria por contrario imperio del pedido de dictado de extrañamiento de mi defendido Lambert Correa, ello por cuanto afecta el real ejercicio del derecho de defensa en juicio de mi asistido.

Ahora bien, en virtud de la totalidad de lo consignado, cabe resaltar que la aparente argumentación esgrimida por el Tribunal, en cuanto a que la decisión jurisdiccional de expulsión debe dictarse en una fecha inmediatamente anterior al cumplimiento del requisito temporal, no sólo afecta la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales – tal como fuera consignado precedentemente- sino que además vulnera el principio de legalidad reconocido por el art. 18 de la Constitución Nacional. Ello así toda vez que la norma del art. 64 de la ley 25.871 no establece el momento procesal en que debe dictarse la orden de expulsión; sino que sólo dispone que la efectivización del extrañamiento queda supeditada al cumplimiento de los requisitos que señala.

A partir de allí, deviene contrario al principio constitucional enunciado la dilación del magistrado de ejecución para resolver en este caso la expulsión de mi defendido Lambert Correa. Al respecto, esta defensa considera que –contrariamente a lo sostenido por V.E.- la adopción de la decisión impetrada no resulta en modo alguno “prematura”. Ello, toda vez que, a la fecha, nos encontramos a escasos seis meses del momento en que operará el plazo legal para expulsar

a mi asistido del territorio nacional y que, resultaría conducente a los efectos de evitar la afectación de los derechos del nombrado -cuyo detalle se concretó en los párrafos que preceden- disponer el inmediato inicio de la incidencia de ejecución tendiente a resolver su extrañamiento.

Por otra parte, cabe mencionar que la negativa del magistrado de ejecución para conferir tratamiento incidental a la petición de extrañamiento planteada por esta defensa, afecta la garantía del debido proceso en virtud del incumplimiento de lo normado por el art. 491 del C.P.P.N. Esa norma señala que “Los incidentes de ejecución podrán ser planteados por el ministerio fiscal, el interesado o su defensor y serán resueltos previa vista a la parte contraria, en el término de cinco (5) días. La parte querellante no tendrá intervención. Contra la resolución sólo procederá el recurso de casación, pero éste no suspenderá la ejecución a menos que así lo disponga el tribunal”.

En consecuencia la vulneración de la norma citada resulta evidente a partir del incumplimiento de secuencia prevista por la norma, a saber: **(i)** los planteos de ejecución (en el caso la solicitud de expulsión) obligan a formar incidente. Éste será el ámbito propiciado por la ley procesal para decidir la cuestión en forma definitiva; **(ii)** del planteo opuesto deberá correrse vista a los interesados; **(iii)** cumplida la vista –quienes podrán contestar o hacer silencio–, el tribunal resolverá por auto.

Este procedimiento no ha sido respetado por V.E. al decidir el planteo formulado sin dar trámite incidental y rechazando lo peticionado por la defensa con remisión a lo decidido a través de un simple decreto dictado con una anterioridad de tres meses.

Entonces, se ha violado la secuencia procesal que debe seguirse para el tratamiento y resolución de las incidencias de ejecución. En igual sentido, se han desconocido principios fundamentales tales como el *principio de bilateralidad y de contradicción*, que se ven asegurados con la vista que debió realizarse a las partes interesadas para que el trámite posea debida sustanciación, de manera tal de que el tribunal resuelva luego de escuchar a todas las partes.

De ello se colige claramente la necesaria tramitación de la cuestión planteada lo que invalida lo decidido por resultar una solución no prevista por el ordenamiento ritual y contraria, en consecuencia, el debido proceso.

Es así que esta asistencia técnica considera que el pronunciamiento cuestionado evidencia el incumplimiento de normas procesales que ocasionan perjuicios no sólo a mi defendido sino también impactan sobre la legalidad y el debido proceso que se debe respetar en la tramitación de las incidencias de ejecución. Ello deviene manifiesto a partir de considerar la forma como se rechazó el planteo intentado, esto es, sin darle ningún tipo de sustanciación.

En razón de lo expuesto, esta defensa considera que debe declararse la nulidad del resitorio recurrido, debiendo reenviar la cuestión a los fines de que, respetando el trámite del art. 491 del Código Procesal Penal de la Nación - con vista a los interesados-, se dicte una decisión ordenando el extrañamiento de mi defendido Lambert Correa.

VII.- Petitorio 1. Se tenga por presentado el recurso de casación en tiempo y forma;

2. se conceda el mismo a fin de que la Cámara Nacional de Casación Penal resuelva conforme a la aplicación que se pretende; y,
3. atento a lo que considero una violación de los derechos de defensa en juicio y de debido proceso, se tenga presente la reserva del caso federal, en caso de no ser atendidos los reclamos intentados por esta vía recursiva.

Proveer de conformidad,

Será Justicia.

Lambert Correa, Deilys s/recurso de casación

///la ciudad de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 30 días del mes de noviembre de 2011, se reúne la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, integrada por el doctor Raúl R. Madueño como Presidente y los doctores Luis María Cabral y Juan E. Fégoli como Vocales, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto en esta causa N° 14.978, caratulada: “*Lambert Correa, Deilys s/recurso de casación*”, de cuyas constancias **Resulta**:

1º) Que el Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 2 no hizo lugar a la reposición planteada por la defensa pública oficial y ordenó estar a lo resuelto a fs. 92 de la presente causa (*estese al cumplimiento del requisito temporal que tendrá lugar el 23/11/11*). Contra ese pronunciamiento la doctora Patricia García, asistiendo a Deilys Lambert Correa, interpuso recurso de casación, el que concedido, fue mantenido en esta instancia.

2º) Que sustentó la procedencia de la vía impugnativa impetrada en las previsiones del art. 457 y del inciso 2º del art. 456 del C.P.P.N. Señaló que la resolución atacada presenta una fundamentación tan solo aparente, al no contemplar el claro perjuicio que una decisión de expulsión contemporánea al acaecimiento del requisito temporal produciría en el derecho de su defendido a recuperar en tiempo oportuno su libertad ambulatoria; privilegiando, por el contrario, la concreción de formalidades en el trámite de expulsión que han sido pretorianamente creadas por algunos de los magistrados de los juzgados de Ejecución.

3º) Que en la oportunidad prevista por el artículo 466 del código de forma, la Defensora Pública Oficial ante esta instancia, doctora Mariana Grasso sostuvo los argumentos esbozados por su antecesor de instancia.

Por otro lado, advirtiendo la posibilidad de verse frustrado el derecho de su asistido en razón del tiempo que consuma la tramitación de la causa, renunció a todos los plazos y actos procesales vigentes y solicitó se resuelva la incidencia.

Por su parte, el señor Fiscal General ante esta ins-

tancia, doctor Javier Augusto De Luca, entendió que el plazo establecido por el art. 64 de la Ley 25.871, no opera *ipso facto*, es decir, con el sólo transcurso del tiempo, sino que es un paso para la procedencia del extrañamiento, luego de la cual se verificarán las restantes condiciones para analizar su viabilidad.

Por último, consideró que la defensa no logró demostrar cuál sería el perjuicio que sufriría su defendido en caso de respetarse los plazos legales pues, solo hizo saber que eventualmente su defendido permanecerá en una prisión en las inmediaciones de la Ciudad de Buenos Aires hasta tanto se cumplan los trámites administrativos para viajar, no, irrogando ello un perjuicio concreto.

4º) Que, luego de realizada la audiencia prevista en el artículo 454 en función de lo previsto en el artículo 465 del Código Procesal Penal de la Nación, y habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor Raúl R. Madueño y en segundo y tercer lugar los doctores Luis María Cabral y Juan E. Fégoli respectivamente, el Tribunal pasó a deliberar (art. 469 del C.P.P.N.).

El señor juez doctor Raúl R. Madueño dijo:

I. Conforme surge de la lectura de la resolución aquí impugnada, con fecha 23 de mayo de 2011, el tribunal, *a quo* no hizo lugar a la reposición planteada por la defensa pública oficial, asistiendo a Deilys Lambert Correa. Para así decidir tuvo en consideración los siguientes fundamentos: “Que, así las cosas corresponde recordar que la ley 25.871 establece que para que la solicitud de expulsión del país de un ciudadano extranjero que hubo recibido condena de parte de la jurisdicción nacional pueda recibir favorable acogida no sólo es necesario que aquél cumpla la mitad del tiempo de encierro que se le impuso, sino, además que no tenga otra causa abierta en donde interese su detención.

Que, de lo expuesto, se colige que la concurrencia de estos extremos, indefectiblemente, deban ser evaluados con una antelación mínima que impida a que en ese corto plazo pueda llegar a variar la

situación que se analiza, pues de lo contrario podrían tornarse inoficiales las decisiones judiciales:

“...Que, en el caso, el imputado Lambert Correa cumplirá con el requisito temporal exigido por la norma el 23 de diciembre de 2011, con una anterioridad a esa fecha, cercana y razonable, es cuando se podrá arribar a una decisión fundada sobre la petición evaluando convenientemente si el detenido se halla efectivamente cumpliendo todos y cada uno de los requisitos legales, extremo que a esta altura de los acontecimientos resulta prematuro.

Que encontrándose detenido el imputado, Deilys Lambert Correa, desde el 24 de septiembre del año 2009 por el delito de contrabando de exportación agravado por tratarse de estupefacientes destinados a su comercialización en grado de tentativa y, habiendo sido condenado con fecha 5 de agosto de 2010 por el Tribunal Oral en lo Penal Económico nº 2, a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, se infiere que con fecha 23 de diciembre de 2011 operará el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

Sentado cuanto precede, encontrándose cercana la fecha de extrañamiento del condenado a su país de origen y resultando razonados los argumentos defensistas, es que habré de adelantar que el remedio casatorio tendrá favorable acogida, ello por las razones que se explicarán a continuación.

II. Es el caso señalar, que el artículo 64 de la ley 25.871, en lo que aquí interesa, supedita “la ejecución de los actos administrativos de expulsión firmes y consentidos” dictados respecto de extranjeros que se encuentren cumpliendo penas privativas de libertad, al cumplimiento de lo previsto en los acápite I y II del artículo 17 de la ley 24.660, esto es haber cumplido la mitad de la condena y que la persona no registre otra causa abierta donde interese su detención u otra condena pendiente.

Es decir, resulta clara la letra de la ley, al supeditar la “ejecución” del extrañamiento, no así su “concesión”.

Por ello, entiendo que la sentencia atacada no resulta razonada, ya que, condicionar la concesión y tramitación del extrañamiento al cumplimien-

to de la fecha de la mitad de la pena, implica un exceso ritual evitable, que se fundamentaría meramente en un perjuicio potencial, eventual e hipotético y no concreto ni actual. Esto es, la posibilidad de que el condenado pueda tener, antes de cumplir la mitad de la condena, una causa en trámite donde interese su detención. (En igual sentido in re “Lopez Morales, Alex Estuardo s/recurso de casación”, reg. 1660/06, rta. el 18/11/2009 de la Sala III de esta Cámara).

En consecuencia, corresponde revocar la resolución impugnada a fin de que se adelanten los trámites de rigor para que, de no haber obstáculos legales, el imputado concrete el extrañamiento en la oportunidad debida.

III. Por ello, postulo al acuerdo, hacer lugar al recurso de casación deducido por la Defensora Pública Oficial, doctora Patricia García, casar la resolución impugnada, sin costas (art. 530 y 531 del C.P.P.N.)

Y devolver las actuaciones al tribunal de origen a fin de que dicte una nueva resolución conforme lo aquí decidido.

Los señores jueces doctores **Luis María Cabral** y **Juan E. Fégoli** dijeron: Que adherimos al voto del Dr. Raúl R. Madueño.

Por ello, en virtud del acuerdo que antecede, el Tribunal **Resuelve:**

Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensora pública oficial, doctora Partida García, asistiendo a Deilys Lambert Correa, **CASAR** la resolución obrante a fs. 101, sin costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.) y devolver las actuaciones al tribunal de origen a fin de que dicte una nueva resolución conforme lo aquí decidido, debiendo realizar las notificaciones del caso.

Regístrate y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

Fdo.: **Dres. Raúl R. Madueño — Juan E. Fégoli — Luis María Cabral;** Ante mí: **Javier E. Reyna de Allende**, Secretario de Cámara.

Parte IV. Pueblos Originarios

El conflicto tuvo origen en la falta de acceso al territorio tradicional y ancestral comunitario que sufre la Comunidad indígena Qom Potae Napocná Navogoh – La Primavera. En noviembre de 2010, miembros de la comunidad que reclamaban por sus derechos territoriales fueron víctimas de una represión por parte de la policía local, con el resultado de dos muertos y varios heridos. En ese contexto, el 21 de abril de 2011 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a petición del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y de la Defensoría General de la Nación, hizo lugar a las medidas cautelares solicitadas tendientes a que el Estado argentino garantizara la vida e integridad física de los miembros de la comunidad.

Por otro lado, el **Dr. Gonzalo Javier Molina**, Defensor Público Oficial de primera y segunda instancia ante los Tribunales Federales de Resistencia, Chaco, interpuso una medida de no innovar y solicitó la interrupción de una obra de construcción de un instituto universitario en el territorio reclamado por la comunidad. La medida fue concedida por la justicia federal de Formosa. Además, presentó una acción de amparo colectivo para obtener la realización del relevamiento territorial, y posterior reconocimiento y escrituración del territorio comunitario. La Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia entendió que la Corte Suprema de Justicia de la Nación debía intervenir por competencia originaria. Ambos procesos actualmente se encuentran en trámite ante el máximo Tribunal, el cual el 7 de marzo de 2012 celebró una Audiencia Pública en la que se ventilaron las cuestiones de fondo y las distintas posiciones de los actores intervenientes. Aún no ha habido resolución en ambos procesos.

Promuevo medida cautelar de no innovar Señor Juez Federal:
Felix Diaz, DNI N° 13.959.529, en mérito a la personería invocada en el numeral I de esta presentación, con domicilio real en Colonia Primavera de la localidad jurisdicción de Laguna Blanca, Dpto. de Pilcomayo, Provincia de FORMOSA, constituyendo domicilio *ad litem* en la sede de la Defensoría Pública Oficial Federal de esta ciudad, sita en Bartolomé Mitre n° 839 – Piso 2º, con el patrocinio del Dr. **Gonzalo J. Molina** – Defensor Público Oficial ante los Tribunales de 1º y 2º Instancia de la ciudad de Resistencia, designado por Resolución n° 931/10 de la DGN a V.S. digo

I. Personería Que quien suscribe la presente acción lo ejerce en su carácter de representante de la **Comunidad Indígena Toba La Primavera (Navogoh)**, que se encuentra en las Leguas A y B de la Sección III de Colonia Laguna Blanca, Formosa, representación que se acredita con dos copias correspondientes a las asambleas comunitarias en las que resulté electo como líder de la Comunidad Toba La Primavera, y una nota dirigida al Director de la Inspección General de Personas Jurídicas de la provincia de Formosa donde se le informa la mencionada elección (Anexo A). La primera de ellas, fue celebrada el día 18 de junio de 2008 y acudieron 360 personas de la comunidad quienes eligieron la nómina de la Comisión Directiva de la Asociación Civil Comunidad La Primavera.

Asimismo, se encontraban presentes -en carácter de veedores- representantes del INAI, la Secretaría de Ambiente de Nación, ENDEPA, Consejo Asesor de Pueblos Indígenas, entre otros.

A pesar de ello, el agente normalizador no concurrió a la asamblea y efectuó una presentación ante la Inspección General de Personas Jurídicas (IGPJ) de Formosa por medio de la cual realiza una formal impugnación del acto eleccionario del día 18 de junio señalando que no se había cumplido con los requisitos provinciales establecidos para llevar a cabo el comicios (requisitos totalmente contrarios a los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en los tratados internacionales, dado que no pueden imponerse a una comunidad condiciones para la elección de sus autoridades ajenas a sus propias costumbres y cosmovisión).

Teniendo en cuenta ello, por ese motivo, haciendo valer nuestro derecho a elegir sus propias autoridades, el 15 de septiembre de del año 2009 se llevó a cabo una nueva asamblea en la que a través del voto de los integrantes de la comunidad se reafirmó mi designación como presidente de la Asociación Civil La Primavera.

Ello, se pudo acreditar con la presencia de la Sra. Claudia Marcela Dunn, Escribana adscripta al Registro Notarial N° 31 de Formosa. Asimismo, se encontraban como veedores Mariela Flores (DNI: 22.163.997) y Pedro Antonio Venica (DNI: 10.953.718), quienes se encontraron presentes como representantes del INADI a nivel nacional y representante de la provincia de Formosa ante el INADI, respectivamente.

Cabe destacar que conforme nuestra cultura ancestral, nuestra autoridad de Caciques no necesita asentarse en ningún soporte papel, por carecer de sistema escritural, propio de la organización política del Estado Argentino.

Por lo que con la documental acompañada en las actas labradas, resulto ins-

tituido por nuestros hermanos aborígenes como su representantes en el presente proceso constitucional.

En forma subsidiaria y siendo que el objeto de la presente acción constituye la defensa colectiva de un bien integrante del patrimonio colectivo de la comunidad, solicito se otorgue intervención tutelar de dicho derecho sujeto a ratificación por los integrantes de la comunidad en cuestión.

Si bien, nuestras Comunidades pueden gozar con el reconocimiento de personería jurídica ante los organismos oficiales; la particular circunstancia que presenta la comunidad que represento, no existe óbice alguno para nuestra presentación en juicio, a tenor de los derechos fundamentales que se ven conculcados, pese a las garantías constitucionales contenidas en el art. 75 inc. 17 y 22 de la C. N. y, ameritan la intervención judicial a fin de lograr la protección inmediata de los mismos.

La reforma de la Constitución Nacional en 1994 reconoció la preexistencia de los pueblos indígenas en el artículo 75 inciso 17, con los siguientes términos: *“Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos (...). Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería de sus comunidades...”*

Bidart Campos señala que *“... No es difícil radicar en el inc. 17 un núcleo normativo operativo; por un lado, el reconocimiento de la preexistencia de los pueblos indígenas y de la personería jurídica de sus comunidades surge directa y automáticamente de la cláusula constitucional, por lo que se aplicabilidad no demanda ley alguna...”*.

Por lo que nuestras comunidades están habilitadas para demandar y ser demandadas pues tenemos una existencia que se remonta en el tiempo de manera inmemorial y, nuestra personería jurídica surge directamente de la Constitución Nacional.

En nuestra calidad de comunidad aborigen afectada entendemos que encontramos legitimación activa en la letra del art. 43 de la Constitución Nacional que señala *“Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y, en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente... así como los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y, las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”*.

I.- b) Legitimación del Ministerio Público: Que constituyendo la acción principal a promoverse oportunamente, una acción de amparo de tipo colectivo, en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional, con dicha incorporación se puso fin a la discusión jurídica respecto de la existencia y extensión de los derechos de pertenencia colectiva o difusa, ampliándose así la legitimación activa que deja de ser considerada en la premisa *derecho subjetivo – interés legítimo*. Con dicha reforma se ha dado lugar en el texto de nuestra Constitución Nacional la categoría de derechos de incidencia colectiva en general.

Respecto de quienes pueden demandar en tal sentido, si bien el art. 43 de la Constitución Nacional, puso en cabeza de los afectados, las asociaciones de usuarios o consumidores y/o del Defensor del Pueblo de la Nación, la posibilidad demandar, en virtud del art. 120 de la Constitución Nacional, también tiene

legitimación activa para accionar en defensa de los intereses generales de la sociedad, no sólo de la persecución penal, criterio que recogió a su turno la ley 24.946, en sus arts. 25, incs. a y b, y 51, inc. d).

La garantía del art. 43 de la Constitución Nacional, ha ampliado en mucho el alcance de los amparos, sostiene con mayor firmeza el derecho a la tutela judicial efectiva, debiendo en tal sentido ser entendida la legitimación activa invocada por el recurrente, y en subsidio la invocada por la propia Defensoría Pública Oficial, en los términos del art. 51 de ley Orgánica del Ministerio Público.

II. Competencia Federal

V.S. resulta competente en atención a los siguientes antecedentes.

a) Vulneración de normas federales:

El artículo 116 de la Constitución Nacional atribuye el conocimiento de la justicia federal “... *las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución...*”. Teniendo en cuenta la amplitud de dicha norma, se ha interpretado que debe entenderse “*una cuestión que directa o inmediatamente requiera la aplicación de una norma constitucional*” (Cf. Bidart Campos, Germán, Régimen Legal, cit. P. 364).

En el presente caso, el art. 75 inc. 17 requiere su aplicación directa para brindar la efectiva protección y respeto de los derechos comunitarios que requiere la Comunidad La Primavera.

Por otro lado, el avance de los actos que se están llevando a cabo con el objeto de construir un instituto en el territorio que la comunidad reconoce como propio y ancestral vulnera el artículo 20 de la ley nacional 26554.

Por ultimo, vale destacar que se está violando el reconocimiento que realizan sobre la tierra y el territorio indígena, los tratados internacionales de derechos humanos como la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 21)-incorporada al art. 75 inc. 22 (tratados con jerarquía constitucional); el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por ley 24071 y ratificado internacionalmente por la República Argentina en junio de 2000, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (aprobada por la Asamblea General, el 13 de septiembre de 2007).

El propósito o finalidad del derecho federal se dirige a la organización, regulación e instrumentación de toda la actividad impuesta por la Constitución Nacional al gobierno Federal, a sus entes centralizados o descentralizados, y a los servicios públicos que brinda a través de entidades autárquicas o de empresas públicas privatizadas.

El ámbito de aplicación del derecho federal se circunscribe a toda la actividad que implique el ejercicio de una función de los órganos administrativos o de los poderes del Estado Federal.

La interpretación de las cláusulas constitucionales constituye por excelencia la materia federal, y determina la competencia federal en razón de la materia si lo medular de la disputa remite directa e inmediatamente a desentrañar la inteligencia de una norma de la Constitución Nacional, cuyo sentido y alcance resulta esencial para la solución del litigio, tal como se advierte en el caso de autos.

La CSJN ha indicado también que la colisión entre prescripciones de la Constitu-

ción Nacional, tratados binacionales, o una ley que reglamente claúsulas constitucionales, suscita la competencia federal *ratioe materiae* en razón de existir un bien jurídico comprometido de naturaleza federal, de modo tal que la decisión que se pide al juez implica fijar el alcance y aplicación de las normas federales.

b) Cuestión Federal:

Sin perjuicio de la competencia en razón de la materia indicada precedentemente, también corresponde la intervención de V.S. por existir en autos presupuestos que habilitan la competencia por existir cuestión federal.

Siendo que para dilucidar la cuestión que se pone a consideración de V.S. resulta imprescindible interpretar normas federales, que evidencia la existencia de un conflicto de validez suscitado entre la Constitución Nacional y otras normas de carácter inferior, de índole nacional o federal.

La competencia de este tribunal surge al existir en conflicto la validez normativa lineal o directa entre prescripciones de carácter local y la normativa federal, y para su solución se debe aplicar normas constitucionales o de jerarquía supranacional, y no a la interpretación de normas o disposiciones de carácter local o propias de la Provincia de Formosa.

c) Competencia en razón de la persona:

Sumado al apartado anterior, en el presente caso, al impugnar un acto proveniente, o en el que tiene incidencia o participación activa una autoridad nacional (tal resulta el caso de la Universidad Nacional de Formosa), corresponde dar intervención al fuero federal.

Además de lo expuesto precedentemente, resulta destacable que el Estado Nacional resulta responsable ante la comunidad jurídica internacional en atención a la suscripción de diversos instrumentos celebrados en el plano regional y mundial, donde se dan preeminencia a los Derechos Humanos, mas allá de las diversas declaraciones específicas que cada situación amerita, todas rescatan o reconocen su génesis en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que lleva en tal sentido al deber del país de ser garante de tales derechos.

Ello, teniendo en consideración que el artículo 116 de la Constitución Nacional establece la competencia federal en “...los asuntos en que la Nación sea parte...”.

Obligación de expedirse inmediatamente con independencia de considerar la competencia: Más allá de los argumentos antes vertidos y, que las providencias cautelares constituyen un antícpo de la garantía jurisdiccional, es decir que en ellas debe conocer el juez competente de acuerdo a las leyes procesales. Debe ponerse de resalto que no obstante ello “(...) la mayoría de nuestros códigos provinciales admite una excepción a la regla expuesta, que se funda en la urgencia de las medidas cautelares.” (Podetti, J. Ramiro, Tratado de las medidas cautelares, 2da. Ed., Bs. As., Ediar, 1969, pág. 93).

Esto quiere decir que ha de privilegiarse el valor superior de la eficacia de la jurisdicción y aún en el caso de que el juez estime su falta de competencia, no ha de excluirse la existencia de excepciones cuando la jerarquía de los intereses comprometidos las autorizase.

En ese sentido, ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación “*Sin perjuicio de declararse incompetente el juez ante quien se interpuso el amparo*

no debió dejar de adoptar las medidas urgentes que la naturaleza y las particularidades de la acción instaurada podían requerir máxime si no era manifiesta su incompetencia". (Fallos 300:432 y 300:640)

- III. Objeto: medida cautelar de no innovar** Que en legal tiempo y forma vengo por este acto a solicitar a V.S: a) Decrete MEDIDA CAUTELAR DE NO INNOVAR para que la Universidad Nacional de Formosa y/o la Provincia de Formosa a través del Ministerio del Ministerio de Planificación Obras y Servicios Públicos – Subsecretaría de Obras y Servicios Públicos, y del Contratista Gerardo D. Mateo, así como cualquier otra persona física o jurídica, se abstengan de realizar cualquier acto en el territorio señalado como de ocupación ancestral por la Comunidad indígena e identificado históricamente como Reserva Aborigen Laguna Blanca y luego como Colonia La Primavera, identificadas como leguas A y B de la Sección III de la Colonia LAGUNA BLANCA, y en **particular respecto de terreno de una extensión de 609 hectáreas** donde desde el mes de Enero de este año las demandadas vienen desarrollando los trabajos previos (desmonte y demarcación del territorio) para la instalación de un instituto de educación universitaria. Obra que se encuentra identificada, bajo cartel de obra con la siguiente transcripción: *"Provincia de Formosa, Ministerio de Planificación Obras y Servicios Públicos – Subsecretaría de Obras y Servicios Públicos- Facultad de la Producción y el Medio Ambiente – Obra: Lic. Privada 165/10" en el marco de un Convenio celebrado entre la Provincia de Formosa y la Universidad Nacional de Formosa*", interín se resuelva la cuestión de fondo a promoverse oportunamente. Asimismo, se detenga cualquier otro acto sobre las tierras y el territorio ancestral de la Comunidad Indígena La Primavera mientras dure la emergencia dispuesta por la ley 26160. b) Se ordene a quienes fue encomendada la construcción el retiro de todas las maquinas y materiales del territorio mencionado en el inciso anterior. c) Que las fuerzas policiales de la provincia se abstengan de realizar cualquier acto de intimidación sobre los miembros de la comunidad indígena La Primavera; se garantícela libertad de expresión y protesta y se brinde protección a la integridad física de las personas que forman parte de la comunidad y vienen reclamando al ver vulnerado uno de sus derechos comunitarios más fundamentales: la tierra y el territorio.
- IV. Antecedentes** Que respecto de los antecedentes que ameritan y justifican nuestro pedido a V.S. debo diferenciar los que resultan propios de la existencia y reconocimiento histórico de nuestra comunidad y aquellos que resultan de la violación de los derechos actuales que ameritan la intervención de V.S. Que en primer término somos integrantes de una comunidad perteneciente a la etnia qom, integrantes de los denominados pueblos originarios residentes desde tiempo ancestral y, con anterioridad a la formación del Estado Argentino en el territorio que hoy se encuentra delimitado dentro del Departamento Pilcomayo, conforme la organización política del Estado Provincial. Desde tal perspectiva y en especial desde la sanción de la modificación constitucional del año 1994 se ha reconocido en el máximo ordenamiento legal (art.

75 inc. 17 de la Constitución Nacional) nuestra preexistencia étnica y cultural, además de reconocernos la propiedad ancestral de nuestra tierras, asumiendo el Estado Nacional, todo la obligación de garantizar el respeto a su identidad, y el derecho a una educación bilingüe e intercultural, reconociendo la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente **ocupan y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten.**

IV. a) Antecedentes históricos:

Algunos estudios estiman que el poblamiento del Gran Chaco se produjo, aproximadamente, hace unos 8000 años.

Antes de que la colonización ocupara la mayor parte de su territorio dichas bandas se desplazaban por extensas zonas cazando, recolectando y pescando. Estas actividades eran realizadas colectivamente siendo su principal característica la cooperación y el reparto de lo obtenido entre parientes y amigos. La generosidad sigue siendo un valor reivindicado por nuestro pueblo.

A partir del proceso de conquista y colonización hemos sido sedentarizados y compelidos a trabajar como mano de obra asalariada en emprendimientos agrícolas, ganaderos y forestales de terceros.

Si bien nunca abandonamos las actividades de caza, pesca y recolección el proceso de reducción de nuestro territorio ha dificultado la obtención de los recursos naturales fundamentales para el desarrollo de vida.

En la actualidad al no contar con los medios de producción necesarios para trabajar nuestras tierras (semillas, herramientas, productos fitosanitarios, etc.) y ante la falta de empleo, nuestra subsistencia depende, en gran medida, de la obtención de pensiones y de planes sociales estatales.

En el año 1850 se materializan las primeras campañas militares, con el avance de colonos blancos, misiones católicas y reducciones estatales, en toda el área geográfica conocida como Gran Chaco.

Para el año 1890 el comerciante Cancio de Clorinda, en la obra que relata su vida, da testimonio de que: “con respecto al interior del territorio, zona que comprende a **Laguna Blanca** afirma que no conoce de persona (léase blancos) que se hubieran internado por dicha zona. Cancio comercializaba con los indígenas, les compraba pieles de nutria, jabalíes, siervos, etc. y plumas de avestruces y garzas. Llevaba carros tirados por bueyes con mercaderías convencional (tejidos y comestibles) y también les vendía yeguas y caballos”. (pag. 83).

En el año 1905 en el Informe del gobernador Luna Olmos al ministro del Interior Joaquín V. González con datos ilustrativos de su viaje por la zona (pág. 105), señala la zona en cuestión identificando al Estero Moscarda, casa de Moscarda y de Mendoza Alfonso, Jov Zastrow, Duarte, Abadie,... (no se nombra a los Célías ni figuran en el mapa del Inst Geográfico Militar de 1936 y 1944 que desde ya dejó ofrecido como prueba). Atravesó el estero Chiquichila, el Porteño y se calculan en 10.000 los indios tobas y pilagás que habitan en el territorio.

Señala el temor a los indios sotegais, manifestando que la expedición recorrió

“150 leguas desde Formosa y atravesado desde Lagarik acá zona donde nunca penetrara el hombre civilizado”. (Luna Olmos, Lucas, Expedición al río Pilcomayo en 1905, Policía de Territorios, Formosa, 1949, también ofrecido como prueba.) En dicho año también se registra por parte de los vecinos de Clorinda la solicitud de restablecimiento en Laguna Blanca del destacamento que el Regimiento 12 de Caballería de Línea, Gendarmería, tenía a dos leguas de dicha colonia, por miedo a ataques de indios.

Para el año 1911 el Coronel Postagno compelió a los indígenas sobre el río Pilcomayo. Se dispuso la formación de una colonia en las tierras que rodean la **Laguna Blanca**. Las tierras de Colonia Alfonso o Laguna Blanca y su zona de influencia fueron destinadas para la creación de colonias pastoriles conforme lo establece el decreto de noviembre de 1911.

En el año 1914 se creó la Colonia Agrícola Pastoril por decreto, sin que se le haya puesto ningún nombre.

Para el año 1918 en la incipiente población de Laguna Blanca se produce una nota colectiva de todos sus habitantes, en demanda de un beneficio común. Afirman ser 700 habitantes y contar con oficinas públicas. Entre los firmantes: Francisco **Insfrán**. Se los consideraba como los primeros pobladores.

En el año 1921 fue creado el pueblo Alfonso, fecha que se podría designar como día de la creación o fundación de **Laguna Blanca** (actual).

Hasta mediados de la década del treinta se usaba aún, en el ámbito doméstico o pueblerino, la denominación Colonia Alfonso, que desaparece definitivamente en los años cuarenta.

En 1931 Juan Church: misionero británico evangélico de la Iglesia Emmanuel. Predicó en Formosa capital, arribando el año siguiente la misión Emmanuel (Church) al paraje **Naineck**. Los indios toba se reúnen alrededor suyo.

Para el año **1938** según Pablo Wright (antropólogo): “se produjo una “coagulación demográfica” (Braunstein 1991-92:4) en el área.

Gradualmente, una **nueva entidad sociológica emergió de las antiguas bandas que recorrían la zona**, cuyos jefes eran Chihon, Morenito y Tamayu’, entre otros. La misma se produjo en un lugar que rodeaba una laguna llamada *potaen napoqna*, y sus habitantes más tarde serían llamados *potael’ek*. Esa laguna se conocía en castellano como La Primavera”.

En el año 1939 viaje del cacique Trifón Sanabria a Bs As para solicitar tierras. (**primer cacique de La Primavera**).

Para el año **1940** por Decreto Nacional N° 80.513 del 24/12/1940, el Gobierno Nacional constituyó una reserva de 5.000 has. en la Colonia Laguna Blanca (**leguas a y b, Sección III de la mencionada Colonia**) “para ser ocupadas en reserva por los miembros de la tribu toba del **cacique Trifón Sanabria**”.

Formosa aún no era una provincia sino Territorio Nacional.

En el año 1951 se crea mediante la ley 14.073 el **Parque Nacional Río Pilcomayo**, con una extensión total de 285.000 hectáreas.

Por decreto n° 3297 del 18/02/1952, se **convierte la reserva La Primavera** en “colonia”, quedando bajo jurisdicción de la Dirección de Protección del Aborigen

¹ Literalmente, “gente del oso hormiguero”.

En el año 1955 se crea la provincia de Formosa.

En el año 1961 se dicta el Decreto provincial n° 1363 que hace referencia a una superficie total de 5107 hectáreas. Decreto que figura tanto en un plano de mensura provincial como en el documento de transferencia de las tierras de 1985.

Dicho plano referente a la “Reserva Centro de Producción ‘La Primavera” fue realizado por el agrimensor Catalino R. Saavedra (mat. Prof. N° 567) con fecha de diciembre de 1961. La superficie total se encuentra dividida por la ruta nacional n° 86 en dos grandes parcelas. La parcela A, al sur de la ruta, cuenta con un total de 3.438 has. 05 as. 26 cas. y 5.191 cm², y la parcela B con 1.749 has. 76 as. 26 cas. y 5.204 cm², resultando el total del asentamiento de **5.187 has. 81 as. 53 cas y 0,395 cm²**.

Por el año 1968 por ley 17.915 se modificaron los límites del área protegida del Parque Nac. excluyendo unas 215.000 has, manteniéndose –según el texto que acompañaba el proyecto de ley– unas 60.000 Has. de su sector Noroeste. En el año 1969 mediante el Convenio suscripto entre la Provincia de Formosa y la A.P.N. de fecha 20 de marzo de 1969, y en virtud de lo establecido por las leyes Nacionales N° 17.915 y 17.916 (esta última de creación de la Reserva Natural Formosa) ambas partes acordaron realizar conjuntamente el replanteo de los límites del Parque Nacional Río Pilcomayo y la Reserva Natural Formosa. En el año 1978 y ante la presencia de criollos en los territorios otorgados a la comunidad, las fuerzas militares **desalojaron a estos** y establecieron a los aborígenes.

Dado los vínculos de la familia **Celias** con los militares, ya que Basilio Celia fue intendente de Laguna Blanca entre 1981 y 1982, **no erradican a dicha familia** y supuestamente **entregan a cambio** herramientas y el triángulo sobre jurisdicción del Parque Nacional Río Pilcomayo que es **jurisdicción nacional**. Los indígenas desconocen estas maniobras.

En 1979 por encargo del Instituto de Colonización y Tierras Fiscales de la Provincia de Formosa, el agrimensor Catalino Saavedra realizó el primer plano de mensura de la Colonia La Primavera, el cual fue registrado ante la Dirección Provincial de Catastro. Dicha mensura fue aprobada por Decreto Provincial 1282/80, pero no fue reconocida por esta Administración, dado que la misma se apartaba de los puntos fijados por la Ley 17.915.

En 1981 se labra una nueva mensura de La Primavera realizada por el Instituto Provincial de Colonización y Tierras Fiscales.

En el año 1984 se sanciona la Ley provincial del Aborigen.

Para el año **1986 Transferencia de las tierras a título gratuito** a la “Asociación Civil Comunidad Aborigen La Primavera”, con personería jurídica mediante disposición n° 113 de fecha 02/10/85 y representada por el Sr. Fernando Sanabria, presidente de dicha asociación.

La transferencia, con fecha 05/02/86, se realizó a través de dos matrículas, 4193 y 4194, la primera perteneciente a la parcela 87, que coincide en todas sus medidas con la parcela A del plano anteriormente referido, y la segunda matrícula corresponde a la parcela B del mismo plano.

El plano que se toma como referencia para la transferencia, n° 10-I-82, figura

como efectuado por el mismo agrimensor, C. Saavedra, pero con fecha posterior 28/10/82; las superficies, coinciden con el plano.

Con respecto al Parque Nacional Río Pilcomayo tanto en el plano como en la transferencia figura que la superficie linda con la Reserva Servicio Nacional de Parques, pero no se especifica la situación de la Laguna Blanca ni de la superficie (triángulo) que se ubica dentro del Parque.

En el año 2005 por impulso de la familia Celias se produce el desalojo de las Familias qom de Pedro Sangay, de Cantalicio Andrés y de Alonso Ricardo. Dichas familias sin presentar resistencia abandonaron sus casas, si bien no hubo orden judicial.

No obstante 10 familias permanecen hasta este nuevo conflicto viviendo en la zona entre quienes habitan allí se encuentran las familias: Juan Vega, Ramón Cocholek, Modesto Segovia, Jeremías Diaz, Salvador Acosta, Roberto Alonso, Omar Avalo, Candido Alonso, Celestino Artaza, Agustina Artaza, María Artaza, Egidio Artaza y Félix Diaz.

En julio de 2007 se realizan reclamos y manifestaciones públicas por la problemática de la comunidad sin respuesta favorable, la que amerita la intervención de instituciones de diversa índole que se interiorizan sobre nuestra problemática. Por Resolución 1107/07 del Administrador General Interino del Instituto Provincial de Colonización y Tierras Fiscales de Formosa, dispone **políticamente** la división de las tierras entre criollos que se adjudicaban derechos sobre las mismas, más allá de que no se abrió juicio sucesorio y la venta a la provincia de las 609 has de un predio que tiene familias indígenas a las cuales les pertenece la tierra, viviendo allí y que sus recursos naturales son recurridos por la comunidad, si bien ya regía la 26160. (Ver ANEXO B)

En Octubre 2007 la comunidad efectuó reclamos en la zona donde se construiría el Instituto Universitario y frente a ello, la policía local me llevó a la comisaría, en carácter de líder de la comunidad, donde a cambio de mi libertad me hicieron firmar un Acta donde dejan escrito que *“se dio por enterado que las tierras que pretendían apoderarse no le corresponden a la Colonia Aborigen por lo que en este Acto manifiesta que desiste de las acciones pertinentes que estaban llevando adelante, como así también que las personas que lo acompañan, todos indígenas de la Comunidad, se retiran del lugar reconociendo la propiedad de la misma en la familia CELIAS”*. (Ver ANEXO C). Es de destacar que en dicha oportunidad estaba rodeado por el Juez Garzón, Abogado ICA, agrimensor ICA, presidente ICA, comisario y comisario General además de los oficiales de turno. Todo lo reseñado, va en abierta contradicción con los más elementales derechos constitucionales reconocidos a los pueblos indígenas, en particular, en contra de lo dispuesto por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas, (13/9/07) que en sus arts. 26; 27 y 28 que consagran el derecho de los aborígenes a sus tierras, incluso de las que hayan sido desposeídos arbitrariamente sin su consentimiento libre, previo e informado.

Como V.S. podrá observar este acto por la fuerza está viciado de nulidad, pues no está constituido por los requisitos del libre consentimiento y la vía elegida no es idónea.

Durante el año 2008, varias familias qom recuperan una zona de la comunidad,

incluida en sus títulos comunitarios, que era explotada por la familia Church y a la cual no les permitían ingresar.

La denominaron Barrio Nuevo. No obstante, el criollo Church sigue pastando su ganado en tierras comunitarias.

En Febrero 2009, el gobierno de Formosa materializó la creación de un Instituto Universitario, tras acuerdo rubricado con el rector de la Universidad Nacional de Formosa, Martín Romano. (ANEXO D).

El 12 Mayo 09 Funcionarios de INAI (Hernán Prego, Ana Olivera y Gastón Giménez) y de INADI (Mariela Flores) viajan a La Primavera para informarse sobre los conflictos territoriales. En la reunión también presentes los delegados de ambas instituciones. Funcionarios conversaron con el rector de la Universidad quien manifestó no tener objeción al cambio de ubicación del Instituto. El 25 Julio del corriente año, ante el inicio de las obras del Instituto Universitario, la comunidad procede a llevar al extremo sus reclamos, procediendo a cortar la ruta 86.

Cabe en esta instancia hacer una referencia a que la realidad histórica y actual de los pueblos originarios ha sido desde 1492 una historia de luchas y persecuciones y que las batallas con armas, que lograron casi su exterminio como comunidad, fue reemplazada en la era moderna con la lucha de la formalidad “civilizada” del conquistador.

En tal sentido los instrumentos jurídicos nacionales como internacionales que establecen el reconocimiento previo al establecimiento del propio Estado constituyen las pocas manifestaciones de las que podemos valernos para así asegurar aspectos básicos y esenciales que hacen a nuestra EXISTENCIA como comunidad, como pueblo.

No escapa a tal mentada “formalidad civilizada” que invocara mi parte lo atiente al acceso a la justicia en especial para nuestro sector comunitario y no obstante la ratificación de instrumentos de derechos humanos no se ha evidenciado una respuesta adecuada y pertinente a nuestros reclamos.

Al legado de violencia material y física respecto de nuestros pueblos, debemos -en los últimos años- sumar la violencia cultural con que son tratados nuestros integrantes, violencia tan aceptada por el resto de la comunidad en general, que muchas veces justifican el accionar del Estado en detrimento de nuestros reclamos al sostener que se han satisfecho todas nuestras demandadas.

La falta de implementación de los derechos sociales, económicos y culturales que nos sitúe como SUJETOS de Derecho, y por lo tanto con la posibilidad de ejercitar nuestra autodeterminación, y no como mero receptores de las políticas dispuestas con prescindencia de nuestra opinión, nuestra formación y nuestra organización comunitaria, son cabales muestras de este actual estado de violencia que nos toca vivir.

El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, juntamente con el marco constitucional invocado, constituye el marco de derechos colectivos e individuales pretende subsanar los años de violencia.

Pero no obstante su reconocimiento, existe en la actualidad una gran brecha en lo que refiere a la implementación de tales derechos, que constituye una

abierta vulneración de derechos tanto individuales como colectivos que afecta la vida, integridad y desarrollo de los pueblos indígenas.

De tal modo se vulneran los derechos humanos que corresponden como base de todo otra imputación de facultades o atribuciones, ya que el concepto de derechos humanos constituyen atribuciones o capacidades que corresponden a las personas y los colectivos considerando la igual dignidad de los individuos y los pueblos que posibilite de tal modo su desarrollo integral y pleno, con perspectivas de permanencia como raza para las generaciones futuras.

En el particular caso de autos la vulneración se da por la realización de actos de disposición de los demandados sobre nuestro territorio sin participación y consulta de la comunidad La Primavera – en la toma de decisión, objeción que deseamos sea dejada sin efecto, interín se sustanciará la causa principal a promover oportunamente.

IV. b) Agravamiento de la situación

Actualmente, frente a los públicos reclamos de la comunidad y la falta de soluciones por parte de los responsables gubernamentales, la situación se ha vuelto aún más tensa debido a la presencia de fuerzas policiales en el lugar.

En los últimos meses han sucedido situaciones de violencia tanto física como psíquica sobre los integrantes de la comunidad que se encuentran reclamando que se detengan las obras del Instituto Universitario. Ejemplo de ello, son los dos accidentes ocurridos uno con una camioneta y otro con una moto en los que se atropelló a miembros de la comunidad que se encontraban cerca de la zona donde se estaría empezando a construir en Instituto.

No debe perderse de vista que este tipo de situaciones son provocadas por autoridades gubernamentales, motivo que inhibe a las personas afectadas de llevar adelante alguna denuncia o expresar su preocupación sobre los hechos. Este tipo de respuestas y abusos de autoridad por parte de los funcionarios que se ocupan de este tipo de situaciones no es algo nuevo, ya que se enmarca en un contexto histórico de persecución y hostilidad contra líderes de la comunidad. En diversas oportunidades, integrantes de la comunidad, en su mayoría aquellos que activamente reclaman el reconocimiento de sus derechos más fundamentales, han sufrido violencia o amenazas por parte de la policía local.

V. Requisitos de admisibilidad de la presente cautelar Que en principio concurren a esta instancia todos los requisitos procesales que habilitan la procedencia de la cautelar requerida a saber:

a) Verosimilitud del derecho:

Respecto de tal derecho, y siendo que la acción principal tiende al reconocimiento como comunidad originaria, con el establecimiento de sus derechos y resultando para ello que en la organización de nuestra comunidad el acceso a la tierra resulta un elemento esencial para su existencia, conservación y continuidad de las costumbres y formas de vida que ancestralmente practicamos y deseamos se extienda para las futuras generaciones, la afectación material dispuesta sobre parte de nuestro territorio –cuyo reconocimiento se encuentra fundamentalmente explicitado en la presente causa– implica una vulneración cabal, cierta y concreta de los mismos.

Entienda V.S. que la existencia de nuestra comunidad, de nuestro pueblo re-

sulta anterior a la concepción actual del Estado Nacional, que ello han sido los motivos que llevaron en la Convención de 1994 a la ratificación de la propiedad sobre las tierras que nos pertenecían, y que además en nuestra cultura su desarrollo, desenvolvimiento y su mantenimiento como signo inequívoco de nuestra existencia va sustentado en el dominio de la tierra.

No pretendemos, si me permite la conclusión V.S., que se nos deje vivir, solamente, sino que deseamos continuar existiendo como comunidad con valoración, respeto, comprensión y valoración de nuestras costumbres, cultura e identidad, asegurando no solo para los actuales integrantes, sino también para las futuras generaciones nuestra esencia de vida.

Las medidas que en distintas ocasiones han tomados las autoridades, en un claro tono benefactor, nos han ubicado como objetos de derecho y no como sujetos de derecho, generalmente se agotan en la entrega material de bienes, y es común que se nos endilgue que se nos ha dado tal o cual cosa, y se nos pregunta, que mas nos hace falta, cuando en realidad lo único que deseamos es tan solo “ser” nosotros, con nuestras costumbres propias, en el marco de un país con diversidad étnica y cultural.

Es necesario que mi planteo sea analizado desde tal óptica, ya que es en dicho contexto que la afectación del derecho que invoco emana con mayor evidencia en la arbitrariedad actitud denunciada por la toma de posesión y demarcación de nuestro territorio.

A modo de conclusión del presente apartado no puedo dejar de mencionar que: por un lado, de los antecedentes expuestos en los apartados que preceden se puede observar la celebración y concreción de diversos actos normativos -tanto del Estado Nacional como del Estado Provincial- de reconocimiento del territorio comunitario.

Por otro lado, la verosimilitud del derecho se encuentra contenida en la propia norma constitucional (art. 75 inc. 17), el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, como también en los términos de la ley nacional N° 26554 que prorroga lo estipulado por la ley 26160.

Precisamente en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, aprobada por Asamblea General del 13 de septiembre de 2007, se ha destacado la preocupación “...por el hecho de que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses”.

Asimismo, en el art. 8º de la misma Declaración, se dice: “1. Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura. **2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de:** a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica; b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos...”

En el art. 26 de la misma Declaración se establece: 1. Los pueblos indígenas

tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional y otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. 3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de tierra de los pueblos indígenas de que se trate”.

Por otra parte, entre las recomendaciones que el Comité de Derechos Humanos (O.N.U.) hace al Estado Argentino, se advierte: “El comité muestra su preocupación frente a informaciones con arreglo a las cuales grupos indígenas han sido objeto de violencia y desalojos forzados de sus tierras ancestrales en varias provincias, por razones vinculadas al control de recursos naturales (Art. 26 y 27 del P.D.C.P.).

“El Estado parte debe adoptar las medidas que sean necesarias para poner fin a los desalojos y asegurar la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas en donde corresponda. En este sentido, el Estado Parte debe redoblar sus esfuerzos en la ejecución del programa de relevamiento jurídico catastral de la propiedad comunitaria indígena. El Estado Parte debe igualmente investigar y sancionar a los responsables de los mencionados hechos violentos.”. (Recomendación N° 25 del Examen de los informes para Argentina, del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, 26 de marzo de 2010).

Esta recomendación, V.S., no es una mero consejo dictado por gente extraña a nuestro sistema legal; por el contrario, forma parte de nuestro bloque de constitucionalidad, en la medida en que se trata de la interpretación de un organismo que interpreta los tratados de Derechos Humanos que tienen para nuestro país, rango constitucional. La jerarquía constitucional la otorga el art. 75 inc. 22 que garantiza esa jerarquía, no solamente a los instrumentos (Tratados), sino también a las resoluciones e interpretaciones que hicieren los organismos internacionales encargados de ello.

Asimismo, en las Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, de fecha, 16 de marzo de 2010, al examinar los informes de los Estados Partes, el mencionado comité señaló dentro del título ‘Motivo de preocupación y recomendaciones’: “*Tomando nota de la Ley N° 26160, de noviembre de 2006, la cual declara emergencia por cuatro años a fin de detener los desalojos de pueblos indígenas y permitir el reordenamiento territorial y la regularización de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas y del Registro Nacional de Comunidades Indígenas (RENACI), para promover la inscripción de las comunidades indígenas y asistirlas en sus tramitaciones.* El Comité igualmente toma nota que la ley ha sido extendida por cuatro años más, y sin embargo el Comité observa con seria preocupación que seis provincias en el Estado parte no han aceptado aplicar dicha ley de carácter nacional (Salta, Formosa, Jujuy, Tucumán, Chaco y Neuquén)”.

Continua: “*El Comité recomienda que el Estado parte intensifique sus esfuer-*

zos para lograr la implementación de esta ley en todas las provincias que tienen población indígena y en las cuales la lucha por el control de recursos naturales ha originado violencia y desalojos forzados. El Comité urge al Estado parte a que tome las medidas necesarias para frenar los desalojos y asegurar la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas en donde corresponda. Recomienda también que el Estado parte intensifique esfuerzos para lograr la adecuada armonización del RENACI con los registros provinciales”.

Por último, no deben perderse de vista los antecedentes jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativos a las cuestiones introducidas en este escrito postulatorio:

*En lo que respecta al concepto de **Derecho a la propiedad** previsto en el **art. 21 de la CADH** se ha interpretado que: “Los “bienes” pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor.” (párr. 144 Awas Tingni).*

“En el presente caso, al analizar los alcances del citado artículo 21 de la Convención, el Tribunal considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana, tales como el Convenio No. 169 de la OIT, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.” (Yakye Axa, párr. 127).

“El Convenio No. 169 de la OIT contiene diversas disposiciones que guardan relación con el derecho a la propiedad comunal de las comunidades indígenas que se examina en este caso, disposiciones que pueden ilustrar sobre el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención Americana. El Estado ratificó e incorporó el referido Convenio No. 169 a su derecho interno mediante la Ley No. 234/93.” (Yakye Axa, párr. 130).

A su vez los diversos ordenamientos han admitido, en lo que hace al reconocimiento como pueblo autónomo, el concepto de **Propiedad Comunal**, a lo que la Corte Interamericana ha sostenido que: *“Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención -que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.”* (Awas Tingni, párr. 148)

Lo relativo a la valoración que los territorios adquieren en los **pueblos indígenas** también ha sido materia de análisis por el tribunal interamericano quien ha dicho: *“En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención*

Americana. Al respecto, en otras oportunidades, este Tribunal ha considerado que el término “bienes” utilizado en dicho artículo 21, contempla “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor.” (Yakye Axa, párr.137)

A su vez el concepto de posesión con efectos equivalentes al título de pleno dominio y como derecho para exigir el reconocimiento oficial de propiedad, fue analizado y sobre tal concepto ha dicho: “*De lo anterior se concluye que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas. El presente caso se encuadra dentro del último supuesto.*” (Sawhoyamaxa, párr. 128)

La exigencia de la realización efectiva de los derechos indígenas sobre sus territorios amerito la afirmación judicial en el sentido de que: “*Ahora, en el presente caso no se discute la existencia del derecho de los miembros de las comunidades indígenas, específicamente de la Comunidad Yakye Axa, a sus territorios, en el entendido de lo que la tierra significa para sus miembros, ni se discute el hecho que la caza, pesca y recolección sea un elemento esencial de su cultura. Hay un consenso entre las partes respecto de la normativa interna que consagra los derechos territoriales de los miembros de las comunidades indígenas. Lo que está en discusión es la realización efectiva de estos derechos.*” (párr.140 Yakye Axa).

Siendo que a todo derecho corresponde siempre la exigencia de Deberes, debemos en este caso determinar en cabeza del Estado – esencia del sistema de Derecho Internacional Público – del Deber del Estado de adoptar medidas para crear mecanismos efectivos que tutelen las propiedades de las comunidades, al decir que : “*Por la razón anterior, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esta Corte considera que el Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas. Asimismo, como consecuencia de las violaciones señaladas de los derechos consagrados en la Convención en el presente caso, la Corte dispone que el Estado deberá proceder a delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad Awas Tingni, en un plazo máxi-*

mo de 15 meses, con la plena participación, y tomando en consideración el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de la Comunidad. Mientras no se hayan delimitado, demarcado y titulado las tierras de los miembros de la Comunidad, Nicaragua se debe abstener de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Awas Tingni.” (Awas Tingni, párr. 164).

Como si fueran escasos los argumentos referenciados en esta presentación, que dan sustento al derecho invocado y a la verosimilitud que el mismo corresponde su valoración en esta cautela, debe considerarse que la relación de los pueblos indígenas con la tierra tanto como elemento material y espiritual, a merecido la consideración de Corte, en el sentido de que: “*Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.*” (Awas Tingni, párr. 149)

“*Haciendo uso de los criterios señalados, este Tribunal ha resaltado que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras (Cfr. Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párr. 85, y Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, supra nota 176, párr. 149).*” (Yakye Axa, párr. 131)

“*Al aplicar estos estándares a los conflictos que se presentan entre la propiedad privada y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, los Estados deben valorar caso por caso las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el otro. Así, por ejemplo, los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.*” (Yakye Axa, párr. 146)

“*Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las co-*

munidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros. Cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas (supra párrs. 131, 135 y 139).” (Yakye Axa, párr. 149)

La cultura como forma de vida particular y propia, sin necesidad de ser corroborada con estándares de otras culturas mayoritarias, en tal sentido la Corte sostuvo “*La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.*” (Yakye Axa, párr. 135)

Ínsitamente ligado al derecho a la tierra, a la propia cultura, surge el Derecho de recuperación al sostenerse que “*El segundo punto de análisis se refiere a si el derecho de recuperación de tierras tradicionales permanece indefinidamente en el tiempo. Para dilucidar este asunto, la Corte toma en cuenta que la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales. Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá. Dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura².*” (Sawhoyamaxa, párr. 131).

“*Debe considerarse, además, que la relación con la tierra debe ser posible. Por ejemplo, en casos como el presente, que la relación con la tierra se manifiesta inter alia en las actividades tradicionales de caza, pesca y recolección, si los indígenas realizan pocas o ninguna de esas actividades tradicionales dentro de las tierras que han perdido, porque se han visto impedidos de hacerlo por causas ajenas a su voluntad que impliquen un obstáculo real de mantener dicha relación, como violencias o amenazas en su contra, se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan.*” (Sawhoyamaxa, párr. 132)

La supervivencia y mantenimiento cultural como requisito diferenciado del resto, adicionalmente, respecto de las restricciones sobre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, en especial al uso y goce de las tierras y los recursos naturales que han poseído tradicionalmente, un factor crucial a considerar es también si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes.

Es decir, conforme al artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el

² Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 1, párr. 154.

derecho al uso y goce de los pueblos originarios respecto de las tierras de las que tradicionalmente son titulares y los recursos naturales que se encuentren en éstas, únicamente cuando dicha restricción cumpla con los requisitos señalados anteriormente, es decir cuando no ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y sus integrantes, es decir cuando no implique una denegación a su subsistencia como pueblo originario.

Es que los derechos invocados dan el marco para que la comunidad se vincule y relacione con los recursos naturales, que deben ser reconocidos por el Estado, que se hayan íntimamente ligados a los recursos relacionados con la subsistencia, e incluyen aquellos recursos relacionados con las actividades agrícolas, de caza y de pesca.

Resulta así consistente con el análisis de la Corte sobre cómo el artículo 21 de la Convención protege el derecho de los miembros de los pueblos originarios respecto de los recursos naturales que son necesarios para su subsistencia física. El derecho a participar, se da con la obligación del Estado de consultar a las comunidades y, en su caso, la obligación de obtener consentimiento, para ello la Corte ha dicho: *“Aún más importante, el Comisionado de Distrito de Sipaliwini en Surinam, quien declaró ante la Corte por parte del Estado, reconoció la importancia de consultar con las autoridades tradicionales del pueblo Saramaka antes de autorizar concesiones que puedan afectar “las comunidades en las vecindades directas”*¹²⁹. *Sin embargo, la Corte considera que el alcance real de las garantías respecto de las consultas y la participación de los Saramaka en los beneficios de los planes de desarrollo, requieren de una mayor aclaración.”* (Saramaka, párr. 133)

“Primero, la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (supra párr. 129). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones.” (Saramaka, párr. 134)

Es así que se da a mí entender el requisito de verosimilitud del derecho invocado, se da sobradamente por satisfecho en el presente caso.

b) Peligro en la demora:

Que la puesta en marcha de actos concretos que afecta en parte el territorio

de mi comunidad, implica una vulneración a los derechos enmarcados en la garantía constitucional, que de no proceder del modo requerido significaría una vulneración imposible de ser reparada con posterioridad.

En este sentido la Ley 26554 ha ampliado el plazo de suspensión de desalojos (que fijaba la ley 26160) en territorios indígenas hasta el día 23 de noviembre de 2013 y en el mismo plazo continua la obligación jurídica de llevar a cabo el relevamiento territorial para la posterior demarcación y titulación del territorio en nombre de la comunidad. Esta legislación de emergencia como ley especial tiene un plazo que actualmente está vigente y todo acto que retarde el reconocimiento de los derechos de la comunidad indígena, como actos que lo contraríen compromete el ejercicio de los derechos de la comunidad a futuro.

En tal sentido nuestra doctrina tiene dicho: “*En caso de existir una obra nueva comenzada en terrenos del poseedor reclamante, tal circunstancia constituye un acto de desposesión material, total o parcial del poseedor y cuando ésta se encuentra concluida, como es el supuesto de marras, el desapoderamiento está definitivamente consumado (conf. Salvat, ob. cit. T. I, pág. 450/451). En estos supuestos, el perjuicio para el poseedor es evidente* (conf. Zannoni -Kemelman- jer de Carlucci, “Código Civil y leyes complementarias”, T. 10, pág. 590).”

Razón por la cual, interín se sustancie la causa principal se deberá disponer la MEDIDA DE NO INNOVAR requerida.

c) Imposibilidad de reparación ulterior:

Que la medida es procedente, toda vez que la discusión no queda centrada a la extensión meramente material de los territorios que nos pertenecen, sino sobre todo a la vulneración del derecho de existir y que como tal, como comunidad de decidir y participar en las decisiones que sobre los mismos nos corresponden. Que por ello la materialidad de actos que dañen el territorio, o que lo modifiquen, como los ya realizados con el desmonte de las áreas ocupadas, la implantación de alambrados que modifican el modo de procurarse los medios de subsistencia de nuestra comunidad, impiden una reparación ulterior.

No pretendemos un reconocimiento a nuestra forma de vivir entre las formas de vivir que el resto de la sociedad acepta, o establece, sino que pretendemos el respeto a nuestra propia forma de vivir, en la cual la disponibilidad de los recursos naturales resulta impresindible.

No deseamos un reconocimiento hueco o vacío de nuestra forma de vivir, para lo cual la disponibilidad de nuestras tierras, que nos pertenecen por ser los originarios dueños, como por los instrumentos incorporados luego por los diversos gobiernos resulta un elemento inescindible para nuestra existencia, permanencia y proyección para las generaciones futuras.

d) Caución Suficiente:

Dada la entidad de los derechos en juego, ofrezco caución juratoria respecto del pedido que formulo por la presente.

V. Pruebas Se acompaña y se ofrece la siguiente:

a. Documental:

ANEXO A: copia simple de las actas correspondientes a las asambleas comunitarias en las que fue electo Félix Díaz.

ANEXO B: copia simple Resolución 1107/2007 del Instituto Provincial de Tierras Fiscales.

ANEXO C: copia simple de acta policial.

ANEXO D: copia de la nota publicada en el Diario El Comercial, de la provincia de Formosa, el día sábado 28 de febrero de 2009.

ANEXO E: Tomas fotográficas del predio en disputa.

b. Instrumental a requerir, plano referente a la “Reserva Centro de Producción ‘La Primavera’” fue realizado por el agrimensor Catalino R. Saavedra (mat. Prof. N° 567) con fecha de diciembre de 1961, registrado por ante la Dirección de Catastro de la Provincia de Formosa.

c. Reconocimiento judicial:

Se realice un reconocimiento judicial en el territorio de la comunidad La Primavera.

VI. Reserva del caso federal

Hallándose comprometidas en el presente caso, artículos de la Constitución Nacional, Instrumentos Internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y supralegal, así como estándares internacionales en la materia, en que se funda la pretensión invocada, para el remoto supuesto de una resolución contraria, se incluye la cuestión federal (art. 14, Ley 48).

VII. Reserva de denunciar ante el sistema interamericano de derechos humanos

Que considerando vulnerados derechos Humanos determinados por Convenciones Internacionales a las cuales adhirió nuestro país, en especial las que surgen de la Convención Americana de Derechos Humanos, formulo reserva de denunciar el presente caso por ante la Cortes Interamericana.

VIII. Petitorio

Por lo expuesto, solicito:

1º) Me tenga por presentado, en el carácter invocado y constituido el domicilio procesal mencionado.

2º) Se tenga presente la prueba ofrecida.

3º) Se tenga presente la introducción de la cuestión federal.

4º) Se haga lugar a la medida solicitada y se declare la suspensión de la construcción del instituto universitario que se comenzó a edificar dentro del territorio ancestral indígena, así como de cualquier otro acto sobre las tierras y el territorio reclamado por la comunidad indígena la primavera sin realizar el correspondiente procedimiento de consulta y participación para garantizar su consentimiento.

5º) Se ordene a quien corresponda el retiro de todas las maquinas y materiales del territorio mencionado en el inciso anterior.

6º) Se ordene a las fuerzas policiales que se abstengan de realizar cualquier acto de intimidación sobre los miembros de la comunidad indígena La Primavera a fin de garantizar la libertad de expresión y protesta; y de brindar protección a la integridad física de las personas que forman parte de la comunidad.

7º) Se tengan presentes las reservas invocadas en los numerales VI y VII.

8º) Se autorice a notificarse, presentar escritos, retirar copias para traslado, oficios, a la Sra. Defensora Pública Oficial Federal de la ciudad de Formosa, Dra. Rosa María Córdoba y/o al Dr. Marcial Mantarás.

Proveer de Conformidad. **Sera justicia.**

Exp. n°: 374/2010 – “Comunidad indígena toba la primavera- navogoh- c/unaf y/o provincia de Formosa s/medida cautelar”
Resolución N° 261/10.

Formosa, 22 de setiembre de 2010.

y visto: la cautelar solicitada por el actor en su escrito de presentación de fs. 27,

y considerando:

Que, se presenta el Sr. Félix Díaz con el patrocinio letrado del Sr. Defensor Público Oficial y luego de una extensa exposición, peticiona se decrete medida cautelar de no innovar disponiendo se detenga cualquiera de los actos que se vienen efectuando **dentro del territorio señalado como de ocupación ancestral por la comunidad indígena** identificado históricamente como Reserva Aborigen Laguna Blanca y luego como Colonia La Primavera.

Que, en primer lugar, corresponde analizar competencia de este Juzgado, para el dictado de la misma y puesto ello advierto qué la medida tuitiva se encuentra dirigida contra un empresa contratista, la Universidad Nacional de Formosa y/o Provincia de Formosa, por lo cual, “prima facie” y oído que sea el Ministerio fiscal, se decidirá su remisión a la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, pero surge evidente en este supuesto que las circunstancia excepcionales que son de público conocimiento (publicaciones periodísticas) y que surgen de la copia de la resolución obrante a fs.39, que inclusive actualmente se han incrementado poniendo en peligro la seguridad pública de los manifestantes “en un estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, que amenaza en forma continua la supervivencia de sus miembros y la integridad de la misma (1), atento el tiempo transcurrido, ameritan se analice la cautelar peticionada tratando la misma como uno de los supuestos considerados como muy urgentes desde el punto de vista doctrinario, como para no dilatarlo por cuestiones procesales competencia (2), tan es así que el magistrado con competencia penal que dictara la resolución de fs. 39/40, inclusive, instruye al jefe de la Agrupación de Gendarmería Nacional, entre otros puntos “...deberá velar por la seguridad de los manifestantes....”

Que, resuelto ello y en punto a la legitimación del

reclamante, la encuentro acreditada, en principio y por las razones DE URGENCIA dadas, con las actas de asambleas agregadas (en especial ver acta N° 1 “in fine” de fs. 2/3), la resolución N° 542 que lo individualiza como parlante en representación de la Comunidad Indígena La Primavera, y, en virtud de que, considero que se encuentran amenazados derechos de incidencia colectiva de la Comunidad Indígena Toba La Primavera (Navogoh).

Que, sentado ello y puesto a decidir sobre la medida solicitada, hay que puntualizar que el objetivo de las mismas es procurar la protección del derecho que se alega al requerir el acto jurisdiccional; por eso el dictado de las mismas requiere que se cumplan con determinados requisitos tales como la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora.

Debo recordar en este aspecto que tales recaudos, deben ser apreciados desde la perspectiva doctrinaria que afirma que para su procedencia, no se requiere de un estudio exhaustivo de las normas y hechos invocados, sino tan solo que se cumplan con los requisitos mencionados.

Que, el primero de estos requisitos, es decir **verosimilitud del derecho invocado**, entiendo que se encuentra cumplido en autos, del modo provisorio exigido, ya que en un primer análisis, de las probanzas anejadas por el accionante a fs. 2 a 26, se traduce “prima facie”, que el derecho sobre las tierras en que se pretende comenzar a construir se encuentra controvertido y que es obligación del Estado, proceder a la delimitación y demarcación del territorio reclamado por los pueblos originarios, efectuando la valoración de la legalidad en el supuesto de que se encuentre ocupado por particulares, actuando en consenso con los reclamantes, circunstancia ésta que “prima facie” no se ha verificado en autos conforme surge de lo relatado en las actas agregadas, siendo que se ha reconocido la responsabilidad internacional de los Estados en casos como el de autos, con la garantía de “la no repetición”, la construcción en territorios reclamados y poseídos “...de forma indeleble en su memoria histórica...”, crea una situación de desigualdad y discriminación.

Con respecto al segundo requisito -**peligro demo-
ra**- evidente se encuentra acreditado el mismo ya que reiterando, continuando con la construcción de que da cuenta la instrumental de fs. 22/23 en tierras reclamadas, que ocasionaría un mayor perjuicio, inclusive irreparable, que puede ocasionar “... e implica riesgo cierto de una pérdida étnica y cultural irreparable...”

Que, la medida tuitiva de “no innovar”, tiene como fundamento no permitir que se produzcan actos irreparables, evitándolos hasta tanto una plena y deliberada investigación sea realizada, debido al principio de equidad, fundamento axiológico de la prohibición de innovar, que preconiza la igualdad ante la ley, la moralidad y de buena fe.

Por ello, es factible concluir con suficiente convicción la procedencia del dictado de la medida cautelar solicitada, bajo responsabilidad del accionante y previa **contracautela** que se establece en forma JURATORIA y que deberá prestar en legal forma por ante la Actuaría.

Resuelvo:

decretar medida cautelar de no innovar, a fin de que la universidad nacional de Formosa y/o la provincia de Formosa a través del Ministerio de Planificación Obras y Servicios Públicos - Subsecretaría de Obras y Servicios Públicos y del contratista Gerardo D. Mateo se abstengan de realizar cualquier

acto en el territorio identificado históricamente como Reserva Aborigen Laguna Blanca y luego como Colonia La Primavera, identificadas como Legua A y B de la Sección III de la Colonia Laguna Blanca, y particularmente respecto del terreno de una extensión de 609 has. donde se vienen efectuando tareas preparatorias de desmonte y demarcación para la construcción de encarada por la Facultad de la Producción y Medio Ambiente. A lo demás oportunamente, haciendo saber asimismo al presentante que lo solicitado en el punto 6º se considera cumplido con lo ordenado en el punto 2º de la resolución obrante a fs. 39/40.

Todo previa caución juratoria que deberán prestar los actores ante la Actuaría en legal forma.

Cumplido, librense oficios y cédulas a los fines de su notificación, con copia o transcripción de la presente, y córrase vista al Ministerio Fiscal sobre la competencia.

Regístrese, notifíquese y cúmplase.

Fdo.: Pablo Nuñez Pividori. Conjuez.

(1) Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 17//2005, pár. 2

(2) “Medidas Cautelares” Roland Arazi, ed. Astrea, pág. 21 y sgtes.

Parte V. La criminalización de la protesta social

La **Dra. María Paz García**, Defensora *ad hoc* designada para cumplir funciones ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de Mendoza, presentó la fundamentación del Recurso de Apelación con el objeto de que se revoque el procesamiento de todos los manifestantes (ex trabajadores de YPF) por el delito tipificado en el artículo 194 del CPN.

En el recurso se discutió la ilegalidad de la criminalización de la protesta social y la falta de configuración del tipo penal en el caso concreto. El planteo tuvo acogida favorable: se revocaron los procesamientos y se dictó la falta de mérito aunque, lamentablemente, el tribunal no profundizó en la cuestión de la protesta social.

Se Presenta - Produce Excmo. Camara Federal:
Informe. **María Paz García**, Defensora *ad hoc* designada para cumplir funciones ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de esta ciudad de Mendoza, en el expediente N° 91.359-F-22.471, a favor de **Guillermo Antonio Silva, Miguel Faustino Talaguirre, Néstor Raúl Agüero, Alberto Daniel Gorbach, Oscar Alfredo Landeiro, Rolando Víctor Valverde, Liliana Inés Robles, Félix Faustino Ubeda, Benigno Grandiel Gallo, Carlos Mauricio Segura, Rosalinda Lucero y Rodrigo Carlos Nicolás Vergara** me presento y digo:

- I.** Conforme a la posibilidad que le confiere a las partes el artículo 454 del rito (según ley 26.374) y en concordancia con la Acordada N° 7.372 de ese Tribunal de Alzada, esta Defensa opta por el informe escrito.
- II.** Que la pieza incidental llega a esta instancia en razón del recurso interpuesto por el suscripto ante el Juzgado Federal de Primera Instancia N° 3 de Mendoza en contra del auto obrante a fs. 52/55 en cuanto allí se dispuso el procedimiento sin prisión preventiva de mis pupilos en orden al delito previsto y reprimido en el artículo 194 del Código Penal de la Nación y se mandó a trabar embargo sobre sus bienes hasta cubrir la suma de doscientos pesos (\$ 200).
- III.** Al momento de motivar el remedio procesal escogido esta Defensa Pública Oficial señaló que no concurren en el caso que nos ocupa los extremos necesarios para tener por configurado el tipo penal objeto de reproche, siquiera con el grado de probabilidad exigido en el artículo 306 del Código ritual.
En el resolutivo puesto en crisis, el juez *a quo* sería la que se encuentra acreditado que en fecha 6/9/10 los imputados habrían interrumpido en forma total el tránsito vehicular sobre Ruta provincial 40, a la altura del puente del Río Mendoza. Luego de analizar el tipo penal de la figura endilgada, con citas en doctrina y jurisprudencia, interpreta que los justiciables vulneraron el bien jurídico protegido incurriendo en la ilícita conducta, al haber “impedido, entorpecido o estorbado” el normal funcionamiento de los transportes por tierra.
III. 1. En primer lugar corresponde advertir que no surge de las constancias de autos que mis defendidos efectivamente hayan cortado la ruta 40, tampoco se encuentra acreditado en la causa de marras que se haya entorpecido el normal funcionamiento del tránsito y menos aún se encuentra probado que los manifestantes pusieran **en riesgo la salud de las personas o la integridad de los bienes**.

Que si bien Gendarmería notificó a las personas que presuntamente estaría obstruyendo el tránsito, no menos cierto es que no se encuentra agregado a estos autos **acta de procedimiento, ni fotografías o croquis, ni testigos de actuación** que den cuenta si los ex empleados de YPF se encontraban obstaculizando el tránsito, si el corte de la mencionada vía habría sido total o parcial, el lapso que habría durado el supuesto impedimento y si existían vías alternativas habilitadas de acceso.

En ese orden de ideas, es de destacar que la figura en estudio se basa en una circunstancia positiva y en una condición negativa, consistente en el descarte

de toda situación de peligro; y que el objeto afectado directamente y contra el cual la incriminación va dirigida es el servicio en general, de manera que no existe tal delito mientras no se ha producido una interrupción o un entorpecimiento del servicio mismo, o existan vías alternativas habilitadas para circular. Asimismo entiendo que el simple entorpecimiento transitorio por un lapso breve, y el hecho de faltar un perjuicio concreto penalmente relevante impiden dar por cumplido el tipo objetivo del artículo 194 del Código Penal, ya que éste requiere la producción de un evento dañoso.

En otras palabras, el juez *a quo* sólo se valió para ordenar el procesamiento de mis pupilos de la denuncia efectuada a fs. 1, sin que exista en el caso -como reiteramos- acta de procedimiento ni testigos de actuación.

Por las razones expuestas, entiendo que no existen elementos para determinar si efectivamente el accionar de mis pupilos encuadra en la conducta prevista y reprimida por el art. 194 del C.P

Por otra parte, si VV.EE. consideraran que existen elementos para tener por probado el ilícito penal objeto de reproche de todas maneras habría que analizar si dicho comportamiento encuadra en la figura que prescribe el art 194 del Código Penal, entiendo que la figura **requiere un peligro concreto**, situación que no se ha dado en el caso.

III. 2. De otra parte y en relación a la exclusión de la antijuricidad, no puedo dejar de señalar que siendo lo antijurídico uno sólo, debe regir el principio de la no contradicción, por lo cual lo que el derecho autoriza en una norma, no puede prohibirlo en otra coexistente. La licitud o ilicitud de un acto resulta del juicio que se alcanza con los elementos que proporcionan la totalidad del orden jurídico. Considero que en el caso esta característica -antijuricidad- no se halla presente. Sucede que mis asistidos, ejerciendo los legítimos derechos de peticionar a las autoridades, los ex empleados de YPF, se encontraban reclamando el pago de acreencias, demanda que data de la década de los noventa, sin que a la fecha hayan obtenido resultado positivo y de ésta manera obtener un remedio efectivo a su justo reclamo, resultaron injustamente objeto de una acción penal en virtud de una supuesta violación del artículo 194 del Código Penal.

Es obvio que el sistema de protesta social con ocupación de espacio público significa, muchas veces, un detrimento para el derecho que todos los habitantes poseen de transitar de acuerdo con las reglas fijadas por la comunidad. Ello plantea un conflicto entre el derecho a la protesta y la libertad ordenada del tránsito. En este orden de ideas es preciso subrayar que las manifestaciones ordenadas y pacíficas en la vía pública no pueden, en ningún caso, ser consideradas infracciones penales, pues el derecho de reunión y de la protesta pacífica pertenece a la esencia del sistema de gobierno constitucional y republicano.

Asimismo en el caso puntual de autos debe repararse en los diferentes grados de afectación de esos derechos.

Es que mientras el derecho a la circulación fue interrumpido por un breve lapso, el de peticionar a la autoridades que asiste a mis defendidos viene siendo desconocido desde hace más de diez años.

Vale recordar que esa potestad de petición “...incluye el de presentar solicitudes de todo tipo ante los poderes del estado, los denominados órganos

extrapoderes, los organismos descentralizados y desconcentrados de la administración pública y los prestatarios de los servicios públicos..." No implica el derecho de obtener lo peticionado, pero sí una respuesta (la que) debe ser motivada en los hechos u circunstancias que impulsan la petición o que la deniegan y fundada en las normas vigentes." (Cf. María Angélica Gelli, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada", Tomo I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2009, pág. 119).

No es antojadizo el recurso al corte de ruta al que habrían apelado sino la consecuencia de no haber recibido ningún tipo de respuesta estatal luego de haber articulado los canales institucionales correspondientes.

Se sigue de ello que la conducta materia de investigación resultó ser la única forma que les quedaba disponible para hacerse oír, de modo que su criminalización equivale lisa y llanamente a negarles ese derecho.

Resulta claro entonces que debe primar por sobre una mera interrupción momentánea de la circulación y, por tanto, que su ejercicio deviene legítimo y no antijurídico.

En ese sentido, Sebastián Soler, ha dicho que: "...todas las figuras delictivas suponen que su realización es delictiva, no ya cuando es típica, sino cuando es ilícita, y ese carácter de ilicitud no se lo imprime a la acción la ley penal, sino el derecho total y unitariamente entendido. No hay una antijuricidad penal específica, autónoma o distinta, como no hay una antijuricidad civil, administrativa, etc. Antijurídico es el acto que contradice el derecho todo, pues lo contrario llevaría a la atomización del derecho y eventualmente a la contradicción interna."

Por idéntico carril, Claus Roxin afirma "...la acción típica ha de ser antijurídica, o sea prohibida (para más detalles 6 al respecto § 14). Por regla general lo será ya con la tipicidad, puesto que el legislador sólo incorporará una acción a un tipo cuando la misma usualmente deba estar prohibida. Pero ese indicio puede ser contradicho, ya que una conducta típica no es antijurídica si en el caso concreto concurre una causa de justificación. Tales causas de justificación proceden de todo el ordenamiento jurídico" (cf. Claus Roxin, "Derecho Penal. Parte General", tomo I, Ed. Civitas, 1997, p. 195).

Sentado ello, se observa que en el caso de autos no puede predicarse la antijuricidad de la conducta involucrada, toda vez como se ha dicho, la misma constituye el ejercicio legítimo de un derecho.

Particularmente, tratase del derecho reconocido por el art 14 de la C.N. y la causa de justificación es la prevista en el art. 34 inc. 4 del C.P.

Para finalizar, me permito recordar que la legitimidad en el ejercicio de ese derecho no sólo viene dada por lo expresamente autorizado en la ley, sino también por las circunstancias del caso (Cf. Manuel de Rivacova y Rivacova, comentario al art. 34 inc. 4 del "Código Penal, Publicado en Código Penal y Normas Complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", David Baigun y Eugenio R. Zaffaroni (Dir) Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1997, Pág. 656), que en el que nos ocupa justifican sobradamente el accionar imputado.

III.- 3. Para el caso que VV.EE consideren que no resulta de aplicación el permiso mencionado en el punto anterior, de todas maneras no sería dable afirmar que estamos ante la presencia de un delito.

Ello obedece a que mis pupilos bien pudieron haber creído que estaba actuando amparados por dicho permiso.

En ese sentido, no se puede soslayar que desde el propio estado nacional y provincial se han venido tolerando de manera continua manifestaciones similares en su “modus operandi” a la que nos ocupa.

De tal forma, la propia conducta del Estado permitiendo cortes de calle, rutas y demás vías de comunicación y alegando a tal efecto la voluntad de no criminalizar la protesta habría dado base cierta a un error de prohibición.

En ese sentido, Roxin enseria que: “Concurre un error de prohibición cuando el sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida. (Cf. ob. cit., pág. 861).

Asimismo el autor advierte que “El error sobre la existencia o los límites de una causa de justificación” “... no es infrecuente incluso en los tipos más importantes del Derecho penal nuclear.” (Cf. *ídem* Pág. 871”).

Se sigue de lo expuesto que mis pupilos no pueden ahora ser considerados autores de la ilicitud penal que se les reprocha pues en definitiva, no habrían tenido posibilidad de advertir la criminalidad de su conducta y actuar en consecuencia, lo que obsta a tener por configurado la culpabilidad como último requisito para la existencia de un delito.

IV. Por los argumentos que anteceden a VV.EE. solicito que:

1. Tengan por presentado en tiempo y forma este informe previsto por el artículo 454 del ordenamiento instrumental.
2. Revoquen el auto de mérito obrante a fs. 52/55 y dispongan el sobreseimiento de mis asistidos, por no encontrarse demostrada la tipicidad de la conducta reprochada (art. 336 inc. 3 del C.P.P.N)
3. Subsidiariamente, adopten el mismo criterio y dicte el sobreseimiento de mis pupilos por no ser antijurídica ni culpable la acción reprochada
4. Por último, en caso de no hacer lugar al sobreseimiento, solicito dicte la falta de mérito de mis asistidos de acuerdo a lo previsto por el art. 309 del código de rito.

Proveer de conformidad,

Será Justicia

Mendoza, 13 de abril de 2.011.

Y vistos:

Los presentes autos 91.359-F-22.471, (Nº de origen 14.471-D), caratulados: "Fiscal c/LANDEIRO, Oscar y Otros s/Av. Inf. arts. 194 del C.P.", venidos del Juzgado Federal Nº 3 de Mendoza a esta Sala "B", para resolver el recurso de apelación deducido a fs. 56/57 por el Sr. Defensor Público Oficial *ad hoc* contra el interlocutorio obrante a fs. 52/55, por medio del cual se resuelve dictar el procesamiento sin prisión preventiva de los imputados, por resultar *prima facie* autores penalmente responsables del delito previsto por el artículo 194 del C.P.

Y considerando:

I - Que contra el interlocutorio obrante a fs. 52/55; interpone oportunamente recurso de apelación motivado (art. 438 del C.P.N.) el Sr. Defensor Público Oficial *ad hoc* (fs. 56/57), siendo el mismo concedido por el Inferior, según constancia de fs. 58.

Elevado el expediente a la Alzada, el Sr. Defensor *ad hoc* a cargo de la Defensoría Pública Oficial se presenta y produce informe por escrito a fs. 66/69 vta. Entiende que no surge de la constancias de autos que los imputados efectivamente hayan cortado la ruta 40, tampoco se encuentra acreditado en la causa que se haya entorpecido el normal funcionamiento del tránsito y menos aún se encuentra probado que los manifestantes pusieran en riesgo la salud de las personas o la integridad de los bienes.

Señala que hay ausencia probatoria en la causa, con lo que no se encuentra probado si el tránsito se encontraba obstaculizado, en su caso si el mismo era total o parcial, el lapso que habría durado o si existían vías alternativas habilitadas de acceso.

Destaca que por otra parte no existe antijuridicidad ya que los imputados se encontraban ejerciendo sus legítimos derechos de peticionar a las autoridades. Manifiesta que las manifestaciones ordenadas y pacíficas en la vía pública no pueden,

en ningún caso, ser consideradas infracciones penales, pues derecho de reunión y de la protesta pacífica pertenece a la esencia del sistema de gobierno constitucional y republicano.

Afirma que a mayor abundamiento, sus defendidos bien pudieron haber creído que estaban amparados por la Constitución Nacional para ejercer, la protesta, lo que obsta a la culpabilidad de la conducta en cuestión.

En consecuencia, solicita se revoque el auto de procesamiento obrante a fs. 52/55 y se disponga el sobreseimiento de imputados o, en su defecto, se adopte el temperamento previsto en el artículo 309 del ordenamiento instrumental.

II - Que por su parte, el Sr. Fiscal General ante esta Cámara se presenta a fs. 70/72 solicitando que se dicte la falta de mérito en los presentes obrados por no existir prueba de mérito suficiente para el procesamiento.

III - Que con relación al tema sometido a estudio, este Cuerpo estima que no resulta procedente el procesamiento del imputado en relación al artículo 194 del Código Penal.

Con referencia a la figura prevista en dicha norma cabe decir que bien "*El bien jurídicamente protegido por este tipo penal no son los transportes en sí mismos, sino el desenvolvimiento de la circulación del transporte por vías públicas*" (Donna Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte especial, Pág. 162, Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe), es decir que lo que se protege es el normal funcionamiento de la circulación de transporte públicos y privados, frente a acciones que perturban su modo regular de efectivizarse, por lo que tiene que quedar probado -con la provisoriedad propia de esta etapa procesal- es el entorpecimiento u/o obstrucción del transporte por las vías públicas. "*Para que se configure el delito de entorpecimiento de los transportes y servicios públicos debe producirse el trastorno o impedimento del normal funcionamiento de esos servicios en forma efectiva.*" (CNCCorr., sala I, 23/6/2000, "B., D. H." LL 2000-F -944).

Por otra parte al tratarse de una manifestación de los ex Trabajadores de YPF en busca de lograr sus derechos, en forma pacífica, protegido por la Constitución nacional en el principio de los derechos implícitos del art. 33 de dicho ordenamiento, este Cuerpo, para resolver deben atender a todas las circunstancias del caso ya que la hipótesis delictual prevista por el art. 194 del Código Penal debe aplicarse con auténtico sentido de justicia y recto juicio prudencial en el caso concreto, rodeado a menudo de variadas circunstancias que lo singularizan. Esto porque la *“magnitud de la afección de los derechos contrapuestos en el caso (el de transitar protegido por el art. 194 del C.P. en relación con el art. 33, Const. Nac. y el de reunión y los a él conexos previstos en el art. 14, Const. Nac. y en el Pacto de Costa Rica, art. 15), constituye una pauta decisiva para la resolución de la causa instruida por el mencionado delito.”* (CFSM, sala I, 06/04/95, “D. E. M”, c. 1604/95, JPBA t. 95, f 365).

Por tanto estima este Tribunal que es menester indagar sobre si existió aviso de la manifestación a fin de que la policía o la autoridad pertinente tome las medidas necesarias a los fines de evitar molestias a terceros, tales como habilitar vías alternativas de acceso, dar avisos sobre el horario de la manifestación etc. Así como también que horarios se obstruyó, si efectivamente se impidió a circulación o se habilitaron vías alternativas etc.

El ejercicio del derecho de reunión, cuando las reuniones o manifestaciones- pacíficas por cierto- se realizan en la vía pública, requiere permiso policial, del mismo modo en que si el carácter abierto de las reuniones de los partidos políticos hace presumir gran cantidad de público, porque en tal caso el aviso previo policial permite que se tomen medidas de seguridad adecuadas... (CNCas. PEN., sala I, 03/07/2002, “S., M. s/Recurso de Casación”, c. 3905, reg. 5150.1, PJN Intranet y LL 2002-F-53).

De la compulsa de autos surge que no existe constancia alguna de las particularidades que rodearon al caso y que hemos someramente descripto en el párrafo anterior, así no se acompaña el acta de procedimiento ni los croquis realizados sobre el lugar. Las declaraciones indagatorias de fs. 23 a 39 no aportan detalle de alguno, las testimoniales obrantes a fs. 44 y 45, se limitan a reconocer firma y a informar que su tarea fue individualizar y notificar a las personas que entorpecían el tránsito, sin preguntar ningún otro detalle.

En el presente caso, el “a quo” considera “prima facie” acreditado la existencia de un hecho presuntamente delictivo, consistente en haber impedido el normal funcionamiento de los transportes terrestres. Se ha acreditado que el día 06 de septiembre del corriente año un grupo de ex empleados de YPF interrumpió totalmente el tránsito vehicular sobre la ruta 40, a la altura del puente del río Mendoza, en el departamento de Luján de Cuyo de Mendoza... (op cit. Fs. 54 de autos).

Entonces, el Sr. Juez de Primera Instancia presume por la sola denuncia policial que se configuró la conducta delictiva del art. 194 del C.P.

IV - Que este Cuerpo no comparte tal razonamiento. En primer lugar, porque en la hipótesis de haberse efectivamente entorpecido el tránsito, ello por sí sólo no es suficiente para encuadrar la conducta en el tipo penal en cuestión pues, como se dijo, para ello se requiere de otras circunstancias que hacen a la antijuricidad de la conducta.

Que, en segundo lugar, se comparte la postura del Sr. Fiscal en cuanto que *“la denuncia obrante a fs. 1 y las declaraciones testimoniales de ambos gendarmes ya referidas, resultan insuficientes para fundar con un grado de probabilidad afirmativo en cuanto a la existencia del hecho, tipicidad del mismo y autoría de los imputados”* (ver fs. 72).

V - Que así las cosas, de acuerdo a lo expuesto, se estima incorrecta la decisión del Inferior, toda vez que los elementos probatorios de cargo existentes en la causa son insuficientes para afirmar “prima facie” que Silvia Benegas, Talaguirre, Agüero, Gorbach, Landeiro, Valverde, Robles, Ubeda, Grandiel, Segura, Lucero y Vergara fueron partícipes autores del hecho que se investiga, ya que no consta ninguna circunstancia que permita reconstruir con cierto grado de probabilidad los hechos históricos.

Si bien el dictado del procesamiento no requiere el análisis de toda la prueba de la instrucción, ni que ésta se encuentre concluida, como así tampoco exige certeza, es necesaria sí la existencia de indicios de culpabilidad que evidencien un estado de sospecha seria y fundada en orden a la figura penal atribuida, lo cual no se da en el presente caso, donde los elementos ponderados por el “a quo” no alcanzan para demostrar “prima facie” que los

imputados actuaban en forma antijurídica. Por tal razón, el encuadre legal que más se ajusta a la situación de los procesados -a juicio de este Tribunal- es el de la falta de mérito (art. 309 del Código Procesal Penal).

Con respecto a este instituto se ha dicho: “*El auto de falta de mérito implica que, de la prueba existente en el expediente, no hay fundamento para procesar al imputado, ni para sobreseerlo definitivamente*” (Donna-Maiza, *Código Procesal Penal Comentado-Anotado y Concordado* art. 309, pág. 356).

En su mérito SE RESUELVE: Revocar el procesamiento y embargo decretados en contra los encauados Guillermo Antonio Silva Benegas, Miguel Faustino Talaguirre Reynal, Néstor Raúl Agüero Velásquez, Alberto Daniel Gorbach Beisa, Oscar Alfredo Landeiro Coria, Rolando Víctor Valverde Angella, Liliana Inés Robles García, Félix Faustino Ubeda Sandoval, Benigno Grandiel Gallo Bruno, Carlos Mauricio Segura Moran, Rosalinda Lucero Aciar y Rodrigo Carlos Nicolás Vergara Lucero; en el decisorio apelado de fs. 52/55, disponiendo en su lugar la falta de mérito de los mismos a los términos del art. 309 del Código Procesal Penal de la Nación.

Parte VI. Derecho Procesal Penal

1. Cauciones

El **Dr. Marcelo Eduardo Arrieta**, Defensor Público Oficial ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba, presentó recurso de casación ante el rechazo de la solicitud de sustitución de caución de real a juratoria porque la primera resultaba de imposible cumplimiento en el caso concreto.

La Cámara Nacional de Casación Penal hizo lugar al planteo de la Defensa Pública y resolvió su sustitución por una juratoria.

2. Principio de insignificancia

La **Dra. María Mercedes Crespi**, Defensora Pública Oficial Subrogante ante la Cámara Federal de Córdoba, fundamentó el recurso de apelación oportunamente presentado contra el procesamiento de su defendida en razón de habersele imputado poner en circulación un billete de cincuenta pesos (\$ 50) apócrifo. En la presentación, se discutió la aplicación del principio de insignificancia como derivado del principio republicano de gobierno.

En el fallo, la Sala B de la Cámara de Apelación de Córdoba realizó un análisis minucioso de la importancia del principio de insignificancia y la necesidad de aplicarlo en este caso, y resolvieron dictar su sobreseimiento.

**Interpone Recurso de
Casación**

Sres. Jueces:

Marcelo Eduardo Arrieta, Defensor Público Oficial ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 1 de Córdoba, con domicilio en la Avda. Hipólito Yrigoyen 670, 1er. piso de la ciudad homónima y constituyéndolo a los fines legales en el público despacho del Sr. Defensor Oficial ante la CNCP, en autos: **M-3/10 caratulada: “Martín, Florentino Amador p.ss.aa. Comercialización de estupefacientes y tenencia de estupefacientes para consumo personal”**, a Uds. Se presenta y dice:

I. Objeto

Que concurre en la oportunidad planteando recurso de casación contra la resolución glosada a fs. 274/25, en la que en su parte resolutiva reza: *“No hacer lugar a la sustitución de caución solicitada por el Sr Defensor Oficial, Dr. Marcelo Arrieta, a favor de Florentino Amador Martín (cfr. Arts. 316, 317, 319, 320 y cc. Del C.P.P.N.)”*, todo ello conforme los antecedentes de hecho y de derecho que esbozará a continuación.

III. Admisibilidad

El presente se interpone en cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 457 y 463 del CPPN en cuanto al legal término y forma. En el caso de autos, esta asistencia técnica adelanta su intención de impugnar la resolución atacada por entender que la misma incurre en una inobservancia de las formas procesales sancionadas con nulidad, por violación expresa al art. 320 inc. 4to. del C.P.P.N. Ello, es así, ya que la resolución que por esta vía se recurre es impugnable por la vía casatoria por tratarse de una decisión equiparable a sentencia definitiva en tanto podría ocasionar un perjuicio de imposible o tardía reparación ulterior por el agravio irreparable.

a) Formalidad y oportunidad: Asimismo, destaco que, el remedio impugnativo que aquí se interpone, satisface las exigencias rituales de tiempo y forma. Notificado el decisorio impugnado con fecha 11/06/10, se interpone el presente remedio en forma fundada, es con la indicación y justificación de los motivos por los cuales se impugna. A su vez, dichos motivos engastan en las causales previstas por el ordenamiento ritual para tornar admisible la impugnación intentada.

IV. Procedencia

b) Planteo de la cuestión: Lo que se discute aquí, es si el tribunal, debió hacer lugar al planteo realizado por parte de esta Defensa, respecto a la sustitución de la caución oportunamente solicitada, y consentida por el Representante del Ministerio Público -custodio de la legalidad- y representante de la sociedad en la vindicta pública (ver dictamen de fs.272).

Para ello, es pertinente un breve relato acerca de lo acontecido en la presente causa.

Con fecha 16 de octubre del 2009 (fs.195/198), la Defensa Oficial de mi pupilo, planteo en la etapa instructoria, un pedido de excarcelación.

Dicho planteamiento fue resuelto el 13 de noviembre del mismo año, concediendo la excarcelación bajo caución real de diez mil pesos (\$ 10.000) (fs. 220/222), resolución que fue apelada por la Sra. Defensora Oficial Dra. María Mercedes Crespi.

Posteriormente la Cámara Federal de Apelaciones resolvió confirmar la excarcelación reduciendo el monto de la caución real, estableciéndolo en un monto de cuatro mil pesos (\$ 4.000).

Finalmente, y atento a que mi asistido no tiene la capacidad económica para afrontar dicho monto, y ya ante éste Tribunal se solicitó se aceptara en concepto de caución real un aire acondicionado que mi pupilo poseía, circunstancia aceptada en principio por el Sr. Fiscal ante éste Tribunal Oral, elemento que, conforme a la comunicación telefónica mantenida por el suscripto, fue vendido para afrontar la crisis económica por la que atraviesa la familia del Sr. Martín. Puesto en autos todos los antecedentes del caso, me resta explicitar, las razones por las que esta Defensa se agravia.

Ante la situación planteada, éste Ministerio se vio en la obligación de presentar un pedido de sustitución de la caución real establecida por tornarse de imposible cumplimiento en los términos del art. 320 del CPPN.

Al respecto debo recordar que el artículo 320, en lo pertinente establece que *“La exención de prisión o la excarcelación se concederá, según el caso, bajo caución juratoria, personal o real... Queda absolutamente prohibido fijar una caución de imposible cumplimiento para el imputado, teniendo en cuenta su situación personal, las características del hecho atribuido y su personalidad moral”*.

Sostengo que atento las circunstancias que rodean a mi asistido – situación personal, económica, el tiempo transcurrido sin poder efectivizar la caución demuestra a todas luces, que el elevado monto de la misma – aún con la reducción establecida por la Cámara Federal de Córdoba – la torna de imposible cumplimiento, resultando violatoria del principio de igualdad ante la ley, y ubica a mi pupilo, en una posición desventajosa por su situación económica, convirtiendo a la excarcelación, en un “beneficio para ricos” (arts. 16, 75 inc. 22 de la C.N. art. 24 CADHO.), por ello es que, exigirle a Martín un requisito de imposible cumplimiento, **equivale lisa y llanamente, a negarle la excarcelación**, afectándole así también, el principio constitucional de inocencia, del que gozan todos los individuos sometidos a proceso.

Así lo ha entendido también la Cámara Nacional de Casación Penal al expresar que *“... no es factible imponer cauciones que se tornen de imposible cumplimiento para el justiciable. Es por ello que la imposición de la caución de elevado monto a quien carece de patrimonio no solo manifiesta una desproporcionalidad vedada por la ley, sino que deja al descubierto la voluntad jurisdiccional de negar la libertad acordada...”¹*

Es dable mencionar, que la libertad bajo caución se halla respaldada por pactos internacionales suscriptos por nuestro país (art. 7.5 CADH y 9.3 PICP), y teniendo mi asistido la caución pendiente, se trasluce sin hesitación alguna, que no ha cumplimentado la misma, por no estar al alcance de su situación económica. En sintonía con ello, el Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial”. Navarro, Guillermo Rafael

¹ Voto del Dr. González Palazzo. Causa Nro. 9057 “ARIAS, Juan Carlos s/rec. Casación”, Reg. Nro. 10.736, rta.el 17/07/08.

y Daray, Roberto Raúl, Ed. Hammurabi-comentario art. 320, Pág. 955).²

La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal ha sostenido que “**Cuando la prolongación de la privación de la libertad demuestre que es imposible para el imputado satisfacer la caución, se la podrá sustituir por juratoria**”³

Puesto ello de manifiesto, y si tenemos en cuenta el tiempo que ha transcurrido, sin que se haya hecho efectiva la caución fijada, demuestra el desacuerdo del monto fijado en el presente incidente por lo que requiero se sustituya la misma por una caución juratoria.

En concordancia ha sostenido el autor citado⁴ que “**la falta de integración del monto de la caución real fijada autorizará a su reducción y aún su transformación en juratoria, a fin de no tornar ilusorio el beneficio de soltura**”. El subrayado me pertenece.

Un párrafo aparte, merece la valoración de este tribunal, respecto a que “... la promesa jurada de Martín, para comparecer ante los estrados judiciales, en instancias próximas al debate, no aparece suficiente para garantizar los fines del proceso en el caso concreto, ya que ante la posibilidad que la condena sea efectiva, atento a los delitos enrostrados, hace presumir fundadamente un peligro de fuga conforme lo previsto en la normativa del art. 319 del C.P.P.N...”, y va mas allá aun, diciendo “...que en razón del tiempo de detención que registra Martín, poco mas de ocho meses, según lo dispone el Código de Forma en cuanto permite al imputado obtener la libertad cuando hubiera cumplido en prisión un tiempo que de haber existido condena, le habría permitido obtener la libertad condicional, supuesto que en el caso concreto no sucede, atento el mínimo de la escala penal cominada en abstracto para los delitos de que se trata....” .

Que ello constituye una flagrante violación de lo que ya es **Jurisprudencia pacífica, la doctrina Legal dimanada del Acuerdo Plenario N° 13 de la Cámara Nacional de Casación Penal**, por la cual, en Acuerdo Plenario emitido en los autos “Díaz Bessone” (“Díaz Bessone, Ramón Genaro s/Recurso de Casación”), la mencionada Cámara estableció, en lo que aquí respecta (presumir fundadamente un peligro de fuga) dice 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*” (sic).

De la lectura de sus votos se advierte que el pensamiento de la mayoría entiende que el art. 316 del CPPN, consagra una presunción de peligrosidad procesal que debe ser tenida en cuenta al momento de evaluar la procedencia de la excarcelación, aunque no es solamente ello [la escala penal] lo que debe contemplar el juzgador a la hora de evaluar el mérito del pedido de excarcelación, sino que

2 Cfr. C.C.C., Sala V causa Nro. 27.111 “García de la Mata, Ángel”, rta. 8/07/05

3 CNCP, Sala I, 24/05/06, causa 6767, Julia Cebrian, F.J.

4 Navarro, Guillermo Rafael y Daray, Roberto Raúl, Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial Tomo II. Ed. Hammurabi, Pág. 975

—como presunción *iuris tantum*— puede ser desvirtuada si, no obstante la escala penal, en el caso concreto no existe peligrosidad procesal, es decir, no hay riesgo de que el imputado en libertad pudiere entorpecer la investigación o eludir el accionar de la justicia (destrucción de prueba de cargo, rebeldía, fuga, etc.). Según la doctrina legal de dicho Plenario puede probarse que en el caso concreto, en dicha causa, el imputado no representa peligrosidad para el proceso y por ello la caución juratoria, resulta adecuada y ajustada a derecho, aún cuando la escala fijada para el delito imputado hiciere imposible ello si tomamos en consideración solamente el art. 316 CPPN.

Más allá de la controversia acerca de sobre quien recae la carga de la prueba y la posible inconstitucionalidad que se anuncia de la lectura del meduloso voto de la Dra. Ángela Ledesma, entiendo que con las constancias de autos puede ya anticiparse la ausencia de peligrosidad procesal de Martín en estos actuados.

No existe peligro para el proceso. No se observa peligrosidad procesal. Existen muchas, precisas y contundentes circunstancias que tornan irrazonable la sospecha de peligro procesal en la persona de mi defendido. Y a pesar de que el tribunal, deja entrever una confusión cuando afirma que el riesgo de fuga finca en la falta de arraigo y la ausencia de actividad laboral, extremos que según el tribunal se prueban en el informe ambiental practicado en la intrucción, hay un evidente error de interpretación, ya que mi asistido, tiene domicilio fijo, tiene vínculos primarios, trabaja y del informe ambiental practicado (ver fs. 216/217, se desprende que para sus vecinos nunca fue una persona problemática, tienen un buen concepto y lo recuerdan como a un buen vecino, educado, y al que lo visitaba su nieto, y que huelga decirlo, pero sus escasos recursos económicos, no hacen mas que demostrar la inexistencia real del peligro de fuga.

Asimismo debe tenerse en cuenta, que el mismo lleva detenido en relación a este proceso desde el 25 de septiembre del 2009, esto es casi un año, y mas allá de la imputación que se le ha enrostrado puede avizorarse que pudiera ser de cumplimiento efectivo, no debe realizarse el pronóstico de peligro de fuga, con base en la pena que presumiblemente se le impondría en la presente causa, pues ello conculcaría gravemente el principio de inocencia de que goza mi asistido constitucionalmente consagrado por el art. 18 de la Constitución nacional.⁵

De lo expuesto vemos que no existen en estos rubrados extremo alguno que permita abonar la presunción “*juris tantum*” fijada en el Art 319 del C.P.P.N. en tanto a “*eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones*”.

Finalmente debe tenerse en cuenta para la resolución del presente incidente, el principio *pro homine*, que coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre, asimismo el principio *pro libertate*, el cual responde a la reducción del poder estatal hasta el límite de lo necesario.

Por último no puedo dejar de señalar que el art. 324, 3er párrafo establece

⁵ CN de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI del 3/5/2005, Vargas Leis, José publicado en la Ley 2006-A, 343. “La mera posibilidad de aplicar una pena de efectivo cumplimiento no autoriza sin mas a obstaculizar la concesión de la excarcelación, si no se advierten en autos pautas objetivas que permitan presumir que de recuperar la libertad intentara entorpecer la investigación”.

la caución real como *ultima ratio*, es decir que sólo habrá de imponerse cuando a través de la juratoria o personal no pueda obtenerse la sujeción del imputado al proceso.

En tal sentido nuestra jurisprudencia se ha expresado “***La caución real debe ser aplicada restrictivamente y con prudencia***”.⁶

De la aplicación del derecho pretendida:

La decisión pretendida por esta parte, y para que no se torne irreal el derecho concedido a mi asistido, es que se sustituya la caución real ordenada por una caución juratoria, ya que la peligrosidad de la que habla el tribunal no ha sido ni minimamente acreditada, rigiendo plenamente la presunción de inocencia que requiere que durante toda el proceso el ciudadano sea considerado inocente y reciba un trato igualitario.

V. Cuestión Federal Conforme lo expuesto y teniendo en cuenta que en autos se ha afectado el principio constitucional de inocencia, dejo planteada la cuestión federal a los fines del recurso extraordinario (art. 14 de la ley 48).

Corresponde también recordar que la CSJN tiene dicho que las decisiones que se apartan de la normativa vigente son revisables por la vía extraordinaria toda vez que constituyen un caso de arbitrariedad (conf. G. y A. Carrió “El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria”, De. Abeledo Perrot, 1995, T.I., págs. 167 y ss.).

VI. Petitorio Por todo lo expuesto, SOLICITA:

- A) Tenga por presentado en legal tiempo y forma la presente impugnación.
- B) Previo trámite de ley, se revoque la resolución impugnada.
- C) Tenga presente la reserva del caso federal para su oportunidad.

Proveer de conformidad que,

Sera Justicia

⁶ CNPE, Sala B, LL, 1998-C-903 y DJ 1999-3-724

Causa Nro.12633 -Sala IV Amador, Martín Fiorentino s/recurso de casación

Registro nro. 13893.4

// la ciudad de Buenos Aires, a los 16 días del mes de septiembre del año dos mil diez, se reúne la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, integrada por el doctor Mariano González Palazzo como Presidente y los doctores Augusto M. Diez Ojeda y Gustavo M. Hornos como Vocales, asistidos por la Prosecretaría de Cámara María Eugenia Di Laudo, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 26129 de la presente causa Nro.12.633 del Registro de esta Sala, caratulada: "Amador Martín, Fiorentino s/recurso de casación"; de la que

Resulta:

Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 2 de Córdoba, Provincia homónima, en la causa Nro. 1-15/10 de su Registro, con fecha 10 de junio de 2010, rechazó el pedido de sustitución de caución solicitado por el Defensor Público Oficial doctor Marcelo Arrieta, asistiendo a Martín Fiorentino Amador (fs. 24/25 del incidente).

Que contra dicha resolución, el Defensor Público Oficial, doctor Marcelo Eduardo Arrieta, asistiendo al antes nombrado, interpuso recurso de casación (fs. 26/29), el que fue concedido a fs. 31/31 vta.

Que, con arreglo a la causal prevista en el inc. 2º del art. 456 del C.P.P.M, la parte recurrente entendió que la resolución atacada incurre en una inobservancia de la formas procesales sancionadas con nulidad, por violación expresa del art. 320 inc. 4 del C.P.P.N.

Se agravó porque a su entender, la caución real establecida se torna de imposible cumplimiento, lo que obligó su pedido de sustitución y recordó lo establecido por el art. 320 del C.P.P.N.

Sostuvo que la circunstancias que rodean a su asistido, aun con la reducción establecida por la Cámara Federal, la torna de imposible cumplimiento, resultando violatoria del principio de igualdad ante la ley, convirtiendo a la excarcelación en un "beneficio para ricos" y que exigirle a su pupilo un

requisito de imposible cumplimiento, equivale a negarle la excarcelación.

Por su parte agregó que teniendo en cuenta el tiempo transcurrido sin que se haya hecho efectiva la caución fijada, demuestra el desacuerdo del monto fijado, requiriendo por ello su sustitución.

Analizó la resolución recurrida a la luz del fallo plenario "Díaz Bessone" y concluyó que en su opinión puede probarse que en el caso, el imputado no representa peligrosidad para el proceso y que por ello la caución juratoria resulta adecuada; hizo un análisis del informe ambiental y agregó que los escasos recursos económicos de su pupilo no hacen más que demostrar la inexistencia real del peligro de fuga.

Asimismo, hizo referencia a que Amador se encuentra detenido desde el 25 de septiembre de 2009 y que realizar el pronóstico de peligro de fuga con base en la pena que presumiblemente se le impondría viola el principio de inocencia garantizado por la Constitución Nacional.

Así, señaló que la caución real debe imponerse como *ultima ratio* cuando a través de la caución juratoria o personal no pueda obtenerse la sujeción del imputado al proceso. Apoyó su postura con cita de doctrina y jurisprudencia.

Para concluir, hizo reserva del caso federal.

IV. Que, luego de celebrada la audiencia prevista por el art. 465 bis, en función del art. 454 del C.P.P.N. (texto según ley 26.374), quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el, siguiente orden sucesivo de votación: doctores Mariano González Palazzo, Augusto M. Diez Ojeda y Gustavo M. Hornos.

El señor juez Mariano González Palazzo dijo:

I. Llegadas las actuaciones a este tribunal estimo que el recurso de casación interpuesto con invocación de lo normado en el art. 456 inciso 2º del C.P.P.N. es formalmente admisible toda vez que

del estudio de la cuestión sometida a inspección jurisdiccional surge que el recurrente invocó fundamentalmente la errónea aplicación de la ley procesal; asimismo resulta procedente en la medida que la sentencia recurrida es equiparable a definitiva en tanto podría ocasionar un perjuicio de imposible o tardía reparación ulterior.

II. Habré de destacar que en mi opinión, la resolución en crisis es portadora de vicios que resienten su motivación.

Sentado ello, comenzaré por señalar que el art. 320 del C.P.P.N. establece que no es factible imponer cauciones que se tornen de imposible cumplimiento para el justiciable. Ahora bien, si nos atenemos a las constancias obrantes en autos es fácil colegir que en esta circunstancia se encuentra inmerso el encausado, pues le es imposible cumplir con el monto excesivo de la caución.

Por ello habré de sostener que la imposición de una caución de elevado monto a quien carece de patrimonio no sólo manifiesta una desproporcionalidad vedada por la ley, sino que deja al descubierto la voluntad jurisdiccional de negar la libertad acordada. En ese sentido, y analizando el caso en concreto de marras, entiendo discrepar que la caución real fijada oportunamente al imputado no guarda proporción alguna con su situación económica, teniendo en cuenta que tal como se desprende de las actuaciones en un primer momento, al concedérsele la excarcelación al imputado, la caución real ascendía a la suma de \$ 10.000 y luego la Cámara Federal redujo ese monto a la suma de \$ 4.000.

En ese sentido, le asiste razón a la defensa en relación a que el tribunal *a quo* ha omitido analizar adecuadamente el monto de la caución fijada ya que "...en ningún momento evaluaron si la caución que imponían era de posible o imposible cumplimiento por parte del imputado, evaluación a la que estaban obligados por mandato legal (art. 320 C.P.P.N.)...", omisión que se torna especialmente relevante atento a que desde la fijación de la caución a la fecha, el encausado no ha podido efectivizarla, lo que demuestra incuestionablemente que el monto determinado deviene excesivo.

En dicho sentido se ha sostenido que el art. 320 del código de forma conduce al juez o tribunal a la fijación de un justo término en cuanto al tipo

y monto de la caución, de no sencilla determinación, cuestión en la que incidirá aún el transcurso del tiempo si permanece insatisfecha la exigencia (cfr. "Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial" Navarro, Guillermo Rafael y Daray, Roberto Raúl, Ed. Hammurabi -comentario art. 320, pág. 955-).

Asimismo, si no surge de las actuaciones indicio alguno de que el imputado pueda hacer frente a la suma de la caución que se le fijo en primera instancia, unido al tiempo transcurrido sin que se haga efectivo el pago, ello demuestra el desacuerdo del auto recurrido a la luz de lo normado por el art. 320, último párrafo, del C.P.P.N.

Por ello, para que dicho beneficio no se torne irreal propicio la reducción del monto de la caución impuesta en un 75 % a la suma de mil pesos (\$ 1.000).

III. Por lo expuesto, propongo al acuerdo, hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto y en consecuencia "se disminuya el monto de la caución real impuesta a mil pesos, debiendo el órgano jurisdiccional a quo arbitrar los medios conducentes para que sea prestada, y de ese modo, proceder a la inmediata soltura del encartado, sin costas (arts. 471, 530 y 532 del C.P.P.N.).

Así voto.

El señor juez Augusto M. Diez Ojeda dijo:

1. Tal como sostuve al formular mi adhesión al voto del doctor González Palazzo en la causa Nro. 9057 "ARIAS, Juan Carlos s/recurso de casación", Reg., Nro. 10.736, rta. el 17/07/08 - el art. 320 del C.P.P.N. establece que no es factible imponer cauciones que se tornen de imposible cumplimiento para el justiciable. Es por ello que la imposición de una caución de elevado monto a quien carece de patrimonio no sólo manifiesta una desproporcionalidad vedada por la ley, sino que deja al descubierto la voluntad jurisdiccional de negar la libertad acordada.

II. Corresponde recordar los argumentos expuestos por el tribunal para sustentar la decisión que viene recurrida.

Primero, el "a quo" afirmó que "...a partir del pronunciamiento de la Cámara Federal donde se

dispone la reducción de la caución y establece el monto de cuatro mil pesos para resguardar los fines del proceso, no han variado a ciencia cierta las circunstancias concretas de la causa, ni tampoco las condiciones personales del imputado..."

Seguidamente, los jueces de la instancia anterior sostuvieron: "La promesa jurada del imputado de comparecer a los estrados judiciales no aparece como suficiente para garantizar los fines del proceso en el caso concreto -en instancia próxima a debate-. Es de reparar que la eventual posibilidad que la condena sea efectiva atento los delitos enrostrados hace presumir fundadamente un peligro de fuga conforme los previsto en la norma del art. 319 del C.P.P.N., y más aún, puede decirse que en razón del tiempo de detención que registra.. .poco más de ocho meses..." tampoco estaría en condiciones de obtener la excarcelación en tiempo de libertad condicional conforme lo prescribe el inciso 5to. del artículo 319 (ver fs. 24/25).

III. De conformidad con lo transcripto en los párrafos que anteceden, considero que le asiste razón a la defensa en cuanto a que el "a quo" omitió analizar fundadamente las razones por las cuales no correspondía sustituir el tipo de caución.

En primer lugar, advierto que el tribunal de mérito ha omitido examinar las circunstancias personales del enjuiciado (trabajo, familia, recursos), así como también las características del hecho, ni explicó de qué modo la caución real resultaba ser la más eficaz, en el caso de autos, para asegurar los fines del proceso (cfr. C.P.P.N., art. 324, último párrafo).

En ese orden de ideas, no puedo dejar de señalar que, si bien la remisión realizada por el *a quo* (características concretas de la causa y circunstancias personales del imputado) no se encuentra vedada en nuestra legislación procesal, lo cierto es que han transcurrido siete meses entre ambas resoluciones y otros casi cuatro meses entre el resolutorio que aquí se revisa y la actualidad.

En este sentido, adquiere particular relevancia que el 13 de noviembre de 2009 se concedió al imputado la excarcelación bajo caución real a \$10.000 (pesos diez mil) y que aún cuando dicho monto fue reducido por la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba a \$ 4.000 (pesos cuatro mil),

tampoco pudo ser pagado por AMADOR, quien desde el 25 de septiembre de 2009 continúa detenido en las actuaciones principales (ver fotocopias certificadas de las resoluciones que obran a fs. 2/4 vta., 5/12 y certificado de fs. 33).

En tales circunstancias, entiendo que la caución real impuesta ha devenido de imposible cumplimiento, tornando ilusorio el derecho a la libertad durante el proceso y haciendo viable la imposición de una caución de tipo juratorio.

Por último, no puedo dejar de señalar que, conforme surge del presente legajo, el Fiscal General, doctor Carlos Gonella, expresó que no tenía objeción alguna respecto de lo solicitado por el Defensor Oficial (ver fs. 24). Ello, me lleva a concluir en que en el presente caso, el tribunal de mérito, se ha exorbitado en el ejercicio de su función, toda vez que, no existiendo controversia entre lo solicitado por la Defensa en su presentación de fs. 20/21 y lo dictaminado por el representante del Ministerio Público Fiscal, cobran relevancia los principios que rigen al modelo de enjuiciamiento acusatorio, establecido por los arts. 18 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

Por un lado, las garantías de imparcialidad del juzgador y defensa en juicio, en orden a la separación que debe existir entre las funciones de acusar y de juzgar; y por el otro lo previsto por el art 120 de la C.N., que ubica al Ministerio Público Fiscal como órgano independiente, es decir, fuera el ámbito del Poder Judicial y le confiere la función de parte, en representación del interés social.

Es que, la función que la Constitución Nacional y la ley le atribuyen al Ministerio Público Fiscal no se trata de una mera función dogmática concretada en una opinión legal sino que tiene a su cargo el ejercicio de la pretensión punitiva en todos sus aspectos posibilitando al propio tiempo el ejercicio imparcial de la jurisdicción.

IV. En atención a tales consideraciones, propongo al acuerdo HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, SUSTITUIR la caución real impuesta por una de carácter juratorio y REMITIR las presentes actuaciones al Tribunal de origen a fin de que haga efectiva la INMEDIATA LIBERTAD de Martín Florentino AMADOR (arts. 470, 530 y 531 del C.P.P.N.).

El señor juez Gustavo M. Hornos dijo:

Ha quedado jurisdiccionalmente asentado que respecto de Florentino Amador Martín no existe presunción de riesgos procesales de elusión del accionar de la justicia o de entorpecimiento de las investigaciones en los términos y con el alcance dogmático que se ha venido estableciendo en esta Cámara (causa Nro. 1575: “ACUÑA, Vicente s/rec. de casación”, Reg. Nro. 1914, rta. el 28/6/99; causa Nro. 1607, “SPOTTO, Ariel Alberto s/recurso de casación”, Reg. Nro. 2096, rta. el 4/10/99; causa Nro. 4827, “CASTILLO, Adriano s/recurso de casación”, Reg. Nro. 6088, rta. el 30/9/04; causa Nro. 5117, “MARIANI, Hipólito Rafael s/recurso de casación”, Reg. Nro. 6528, rta. el 26/4/05; causa Nro. 5115, “COMES, César Miguel s/recurso de casación”, Reg. Nro. 6529, rta. el 26/4/05 y causa Nro. 5199, “Pietro Cajamarca, Guido s/recurso de casación”, Reg. Nro. 6522, rta. el 20/4/05; causa Nro. 5438: “BRENER, Enrique s/recurso de casación”, Reg. Nro. 6757, rta. el 7/7/05; y causa Nro. 5843: “NANZER, Carlos Alberto s/recurso de casación”, Reg. Nro. 7167, rta. el 28/12/05; y Fallo Plenario Nro. 13: “DÍAZ BESSONE, Ramón Genaro”, rto. el 30/10/08).

La imposición en el caso de la caución real fijada por el tribunal *a quo* no ha quedado debidamente fundamentada en lo que hace a su necesidad con el objeto que le es propio; es decir, la sujeción del imputado al proceso (C.P.P.N., art. 324, tercer párrafo).

En este orden de ideas, cabe señalar también que el representante del Ministerio Público Fiscal ha consentido la sustitución de la caución impuesta al imputado.

He sostenido en reiteradas oportunidades que la libertad bajo caución se halla respaldada por pactos internacionales suscriptos por nuestro país (art. 7.5 de la C.A.D.H. y 9.3 del P.I.D.C.P.) de modo tal que, en tanto la fijación de un monto excesivo no la torne ilusoria, resulta plenamente válida

lida su imposición a la luz de la normativa procesal y constitucional vigente (cfr. D’Albora, Francisco J., “Código Procesal Penal de la Nación”, Anotado. Comentado. Concordado, octava edición ampliada y actualizada, Ed. Abeledo Perrot, año 2009, p. 572). Por otra parte, no debe perderse de vista que el art. 320 del ordenamiento procesal proscribe expresamente la fijación de cauciones de imposible cumplimiento para el imputado, pues ello comportaría un obstáculo para aguardar el juicio en libertad cuando dicha circunstancia constituye, en definitiva, la regla.

Sin embargo, de ello se sigue que la estimación del monto debe realizarse con el único fin de que éste constituya “un freno eficaz ante la infracción de obligaciones impuestas al imputado y un incentivo real para decidirlo a cumplirlas” (ob. cit. p. 572) y no, como ha ocurrido en el caso, un verdadero escolló para obtener la libertad. Adviértase que el nombrado lleva detenido casi un año sin haber accedido al beneficio que le hubo de ser concedido.

Con estas breves consideraciones, habré de adherir a la solución que propone el colega preopinante.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, por mayoría, el Tribunal

Resuelve:

Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 26/29, por el señor Defensor Público Oficial doctor Marcelo Eduardo Arrieta, asistiendo a Martín Florentino Amador, sin costas y, en consecuencia, SUSTITUIR la caución real impuesta por una de carácter juratorio y REMITIR las presentes actuaciones al Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 2 de Córdoba, provincia homónima, con la urgencia que el caso requiere, a fin de que haga efectiva la inmediata libertad del antes nombrado (art. 470, 530 y 531 del C.P.P.N.). Regístrate, notifíquese y cúmplase con la remisión dispuesta, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

**Informa – Expressa
agravios. Art. 454,
cppn.–** **Cámara Federal de Apelaciones. Córdoba. Sala B.**
María Mercedes Crespi, Defensora Pública Oficial Subrogante ante la Cámara Federal de Córdoba, en la causa 553/2010 del registro del mencionado tribunal, caratulada **“Murua, Laura p.s.a. de infracción a la ley 23.737” (Expte. Nº 11.302/04 del Juzgado Federal Nº 2)**, con domicilio constituido en su público despacho, ante Uds. se presenta y dice:

I. Objeto Que, conforme lo establecido por el art. 454 del CPPN, concurre en la oportunidad a fin de producir informe escrito de los agravios que fundamentan el recurso de apelación oportunamente interpuesto en estos obrados, a favor de la situación procesal de la prevenida **Laura Murúa**.

Que, a tal efecto y para una mayor claridad expositiva, adelanta que los agravios sobre los que versará la presente instancia impugnativa se vinculan a la aparente fundamentación del auto impugnado, por cuanto se funda en una valoración fragmentaria de los elementos de prueba incorporados en autos, que lo llevan a: a) atribuir participación criminal a la Sra. Murúa sin que existan elementos de convicción suficiente para ello; b) ordenar el procesamiento omitiendo considerar que el hecho no afecta típicamente el bien jurídico protegido y c) efectuar una errónea calificación legal que le asigna al hecho que se le atribuye a mi defendida.

II. Antecedentes En el requerimiento de instrucción de fs. 23/vta. se le atribuye a mi asistida, la Sra. Murúa, el delito de *Circulación de moneda falsa* (art. 282 del CP); toda vez que se le endilga que el día 14.05.2004, siendo aproximadamente las 11.55 hs., en ocasión en que se encontraba en el kiosco ubicado en el ingreso al Nuevo Hospital San Roque, sito en Bajada Pucará a la altura 1900 de esta ciudad de Córdoba, habría puesto en circulación un billete de cincuenta pesos (\$ 50), aparentemente apócrifo, al abonar con ese billete la adquisición de alimentos por la suma de pesos tres con setenta y cinco centavos (\$ 3,75), a cambio del cual entregó ese billete y 75 ctvos. en monedas.

A raíz de tal imputación, se le recibió a la Sra. Murúa declaración indagatoria el día 24.05.2004, ordenándose su procesamiento seis años después, mediante resolución N° 260, del 14.09.2010, decisoria que motivó la presente vía impugnativa.

III. Agravios **III.1. Insuficiencia probatoria respecto de la participación de Murúa en el hecho**

Entrando al primer agravio propiamente dicho, se advierte que el decisor erróneamente adjudica participación criminal, sin la debida valoración y fundamentación, tal como exige el art. 123, CPPN, toda vez que la resolución en crisis se ha dictado valorando fragmentariamente el cuadro probatorio de autos, vulnerando así la garantía de defensa en juicio y el debido proceso (arts. 18 y 75, inc. 22, CN).

Es importante resaltar que no hay elementos conviccionales que permitan alcanzar el grado de probabilidad exigido en esta etapa procesal ni de la participación de Murúa ni de la configuración de los elementos subjetivos de la figura penal en la que el *a quo* encuadra el hecho que se le atribuye a Murúa (circulación de moneda falsa).

Al respecto, debemos recordar que no fue demostrado que efectivamente el billete de \$ 50 (cincuenta pesos) secuestrado en autos, hubiese sido el que le entregó la Sra. Murúa, ni que hubiese sido el único que recibió Claudia Llanos ese día. El oficial comisionado no constató dicha circunstancia mediante una inspección ocular del contenido de la caja registradora (véase la declaración de fs. 01/vta.), tampoco fueron presentadas planillas de caja o algún elemento que corroborara las manifestaciones de la única persona que puede testimoniar sobre la supuesta entrega del billete falso, ni siquiera puede dar testimonio de ello el empleado del kiosco, ya que en el momento en que se efectuó la supuesta transacción comercial no se encontraba presente, tal como él mismo indicó en su declaración en sede policial, aclarando que ello sucedió “...en circunstancias en que se retira al baño que queda dentro del Hospital” (fs. 13/vta.).

Abonan la imposibilidad de esta hipótesis, la verificación de solución de continuidad entre la supuesta entrega del billete y la aprehensión de la Sra. Murúa, por lo que también se perdió la immediatez temporal que hubiese apoyado los dichos de la Sra. Llanos. Ello surge de lo que fue manifestado por la misma testigo Llanos, quien indicó que luego de comentarle lo sucedido a Leonardo Chalancay, éste salió en búsqueda de la “rubia de la moto”, pero que “...al rato vuelve pero no pudo entrar, porque estaban de paro, allí nomás le habla al oficial entonces buscan a la mujer y con el altavoz la llaman, pero no apareció el oficial tampoco la encontró, pasó más o menos un buen rato y salió sola la mujer...” (fs. 7/vta.). En términos similares declaró el otro empleado del local comercial – Chalancay-, especificando que “...Ante lo sucedido se la procedió de inmediato a ir a buscar, logrando divisar que subía por el ascensor, no pudiendo subir, dado a que un policía que estaba en la puerta no lo dejaba ascender a buscarla. Luego de esto, regresó al negocio, donde la señorita Llanos ingresó al Hospital y la hizo llamar por el alta voz, en varias oportunidades, no descendiendo esta. A posterior, como al cabo de media hora, cuando baja y estaba ascendiendo a la moto...” (fs. 13/vta.).

Por lo expuesto, no habiéndose acreditado la efectiva participación de la Sra. Murúa en el hecho que se le atribuye, corresponde ordenar su sobreseimiento (art. 336, inc. 4, CPPN).

III.2. Afectación insignificante del bien jurídico protegido

Aún en el caso de que se entendiera –lo que niega esta defensa- que se encuentra acreditado con el grado de probabilidad que exige esta etapa procesal, que la Sra. Murúa puso en circulación el billete de \$ 50 que se le atribuye, esta defensa entiende que corresponde igualmente dictar el sobreseimiento definitivo de la Sra. Murúa, por cuanto el hecho deviene atípico ya que ha producido una afectación insignificante del bien jurídico protegido. Se dan razones.

Respecto la aplicación del principio de insignificancia dentro del marco de nuestro orden jurídico la jurisprudencia ha dicho que “...los tipos exigen afectaciones de bienes jurídicos; las penas reflejan el desvalor jurídico de la conducta típica y, por ende, deben guardar una cierta proporción con la magnitud de la afectación al bien; cuando la magnitud de esa afectación es muy ínfima, se quiebra esta proporcionalidad necesaria, revelando con ello que el tipo no ha querido abarcar conductas con afectaciones insignificantes. De lo contra-

rio, resultaría lesionada la disposición constitucional que prohíbe las penas crueles. Pena ‘cruel’ no es antónimo de pena ‘piadosa’, sino de pena ‘racional’, es decir, adecuada a la magnitud del injusto...”¹.

Esta tesis ha seguido también la doctrina, afirmando que “La consideración conglomerada de la norma que se deduce de los tipos penales, es decir, su análisis conjunto, muestra que tienden en general, como dato de menor irracionalidad, a prohibir conductas que provocan conflictos de cierta gravedad. No se trata sólo de una manifestación del principio de *ultima ratio*, sino del propio principio republicano, del que se deriva directamente el de proporcionalidad, como demanda de cierta relación entre la lesión al bien jurídico y la punición...”².

En el caso bajo análisis, el bien jurídico protegido por las normas penales en juego es la fe pública, es decir, la confianza que genera la moneda como elemento de cambio del que es garante el Estado (Capítulo I del Título XII del Código Penal). Ahora bien, es evidente que la conducta que se le atribuye a Murúa en nada afectó esa confianza general, por cuanto se trata de un hecho sin trascendencia, al intentarse la circulación de un solo billete que pretendía el pago de una transacción comercial cuyo escaso valor se encuentra debidamente acreditado en autos, valor que resultó ser de \$ 3 si se considera que ese es el valor de la transacción una vez deducido el valor de las monedas que Murúa también habría entregado en pago de los alimentos y que se efectuó la restitución inmediata de los \$ 47 pesos restantes a la Sra. LLanos, conforme a las directivas de la Fiscalía interviniente en primer término de fs. 8 y al acta de fs. 10.

Asimismo, la inidoneidad del billete de \$ 50 pesos para engañar al receptor sobre su inauténticidad, surge de la pericia de fs. 50/vta., en la que la profesional interviniente concluyó que “...en el soporte que se cuestiona fue imitada por reverso a través del uso de una tinta la cual se observa a simple vista, aconteciendo idéntica circunstancia con la banda, que se dispone de manera vertical sobre el soporte, imitada a través del agregado de pequeños trozos de papel plateado”.

Así, es evidente que nos encontramos ante una afectación mínima del bien jurídico que no constituye una lesividad relevante a los fines de la tipicidad. Por ello, resulta desproporcionado e irrazonable aplicar una pena a una persona que comete esos hechos de escasa entidad, correspondiendo en el caso ordenar el sobreseimiento de la Sra. Murúa (art. 336, inc. 3, CPPN).

III.3. Errónea calificación legal

Finalmente, agravia a esta parte, la exagerada la calificación legal del hecho que le asigna el *a quo*, conforme a lo requerido por el representante del Ministerio Fiscal, encuadrándola en la figura contenida en el art. 282 del C.P. Recordemos que este artículo impone pena de prisión o reclusión de tres a quince

1 Sentencia del JNCrim de Sentencia de la Capital Federal, a cargo Dr. Zaffaroni, en autos “Lucero, Héctor s/priv. Illegítima de la libertad”, rta el 30.10.81., parcialmente transcripto en Gullco, Hernán Víctor, *Principios de la Parte General del Derecho Penal. Jurisprudencia comentada*, Bs. As., Del Puerto, 2006, p. 165. Véase también lo resuelto en “Gómez, Justo C.”, CNCrimyCorrecc, SalaVI, 15.03.2006, publicado en LL *on line*.

2 Zaffaroni-Alagia-Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2005, p. 495. Cfr. también Balcarce, Fabián, Lección 13, *La antijuricidad*, en Lascano, Carlos (coord.), *Lecciones de Derecho Penal*, Córdoba, 2000, pp. 122/123.

años al que “...falsificare moneda que tenga curso legal en la República y el que introdujere, expendiere o pusiere en circulación”.

Dentro de su estructura típica, el tipo subjetivo requiere dolo, esto es el conocimiento que se falsifica moneda en curso³ y “... no se pone aquí la acción de quien, habiendo recibido la moneda de buena fe y conociendo después su falsoedad, la introduce, expende o hace circular, sino la de quien, habiendo recibido la moneda falsa como tal, consuma con ella tales acciones, por lo cual se puede decir que cuando el falsificador es un tercero, el autor de la introducción, expendio o puesta en circulación interviene en el iter criminis de la acción de aquél, contribuyendo al agotamiento de su delito, aunque la ley prefiera punirlo autónomamente”⁴. En otras palabras, la figura del art. 282 castiga a aquel que a sabiendas de la falsoedad al momento de su recepción, contribuye a la cadena de acciones delictivas propias de ese delito con su puesta en circulación.

Distinto es el supuesto de aquel que de buena fe recibe en el normal tráfico comercial moneda de curso legal y luego de advertir que es falsa, trata de “encajársela” (según la terminología utilizada por el profesor Soler) a otro para no sufrir un perjuicio económico. De los antecedentes de autos no surge elemento probatorio alguno que permita sostener que mi defendida obró con el dolo que exige el art. 282 del C.P., es decir, que haya recibido de mala fe el billete que supuestamente hizo circular, por lo que hubiera correspondido que se encuadre el hecho en el tipo penal previsto en el art. 284 del C.P., ello por aplicación del art. 3 del CPPN.

Así, sabido es que la buena fe se presume o, lo que es lo mismo, no se puede suponer la mala fe de una persona en su actuar. A esta conclusión arribó, al analizar una causa penal de similares características que la presente, el Tribunal Oral en Criminal Federal N° 2 de Córdoba en un importante fallo⁵ citado por casi todos los comentaristas y tratadistas que analizan el art. 284 del C.P.⁶, indicando que no se puede “...suponer la mala fe de Reartes en esa instancia. Ya el gran maestro Carrara, nos daba pautas para diferenciar el art. 282 del art. 284 de nuestro ordenamiento penal. Así, decía que corresponde presumir que el dinero se recibe de buena fe, salvo prueba en contrario. Avala, al entender de este Juzgador la buena fe de Reartes, el hecho de que ha quedado probado, con las respectivas actas de secuestro que al momento de la detención, no se obtiene del imputado ningún elemento relacionado con la falsificación”, criterio que fue reiterado recientemente en diversas causas⁷.

3 D'ALESSIO, Andrés José, *Código Penal Comentado y Anotado, parte especial*, La Ley, p. 948. En igual sentido, DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal Parte Especial*, T. IV, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 62.

4 CREUS, Carlos, *Derecho Penal Argentino*, T.III, 3^a ed actualizada, Bs. As., Astrea, 1991, p. 377.

5 Causa “Reartes Carlos Alberto p.s.a. de Circulación de moneda falsa y estafa en concurso ideal, tres hechos en concurso real” (Expte. Nro. R-2/96).

6 D'ALESSIO, ib.; DONNA..., ib. y *El Código Penal y su Interpretación en la Jurisprudencia*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 661.

7 Causa “Cabral, Héctor Oscar – Circulación de Moneda de Curso Legal en la República Falsa y Encubrimiento en Concurso Real” (Expte. C-2/96) – 12/12/07.; Causa “Merca-

En este sentido, es atinado recordar que aún en caso de duda respecto de las dos calificaciones legales puestas en juego, conforme a lo establecido en el art. 3 del CPPN, la cuestión deberá ser resuelta a favor de la aplicación del tipo penal más benigno, ya que la figura más gravosa para el imputado no puede ser de aplicación residual, sino que sólo procede cuando se prueba inequívocamente que el imputado recibió el billete falso a sabiendas de ello.

Este criterio –más ajustado al estado de inocencia constitucionalmente garantizado al imputado- ha sido impuesto por la **CSJN** en autos “**Vega Giménez, Claudio Esteban** s/tenencia simple de estupefacientes” (causa 660C, rta. el 27.12.2006), en los que resaltó: “...9) Que la valoración de los hechos o circunstancias fácticas alcanzadas por el *in dubio pro reo* incluye también los elementos subjetivos del tipo penal, cuya averiguación y reconstrucción resulta imprescindible para aplicar la ley penal. La falta de certeza sobre estos últimos también debe computarse a favor del imputado” (los subrayados me pertenecen).

Se concluye entonces que no habiéndose acreditado la recepción de la moneda a sabiendas de su falsedad, la conclusión sólo puede ser la aquí propuesta: el encuadramiento del hecho imputado en la figura legal atenuada prevista en el art. 284 del CP.

III.4. En conclusión, si bien el auto que se recurre no causa estado, el mismo debe ser revocado y modificado a favor de Murúa, por cuanto corresponde ordenar el sobreseimiento definitivo de la Sra. Laura Murúa, toda vez que: a) no existen elementos de cargo que permitan tener por acreditado, ni siquiera con grado de probabilidad exigido legalmente, la participación en el grado que se le atribuye en la circulación de moneda falsa (art. 284 del CP); o bien que b) el hecho que se le atribuye es atípico, ya que ha producido una afectación insignificante del bien jurídico protegido (art. 336, inc. 3, CPPN). Subsidiariamente y por aplicación del *in dubio pro reo* (art. 3 del CPPN), debería modificarse la calificación legal del hecho de la figura prevista en el art. 282 del CP a la del art. 284 del cuerpo normativo citado, ya que no se ha configurado en el caso los elementos subjetivos que delimitan aquel tipo penal.

II. La decisión pretendida Que, esta Defensa técnica entiende fundado el recurso de apelación intentado, solicitando a los Sres. Jueces así lo declaren, revocando el decisorio en crisis y disponiendo:

1) El sobreseimiento definitivo de la Sra. Laura Murúa, toda vez que: **a)** no existen elementos de cargo que permitan tener por acreditado, ni siquiera con grado de probabilidad exigido legalmente, la participación en el grado que se le atribuye en la circulación de moneda falsa (art. 284 del CP); o bien que **b)** el hecho que se le atribuye es atípico, ya que ha producido una afectación insignificante del bien jurídico protegido (art. 336, inc. 3, CPPN).

2) Subsidiariamente y por aplicación del *in dubio pro reo* (art. 3 del CPPN), debería modificarse la calificación legal del hecho de la figura prevista en el art. 282 del CP a la del art. 284 del cuerpo normativo citado, ya que no se ha configurado en el caso los elementos subjetivos que delimitan aquel tipo penal.

III. Cuestión Federal Que, asimismo, se deja planteada la cuestión federal, a fin de ocurrir por ante nuestro máximo Tribunal nacional –por la vía establecida por el art. 14 de la Ley 48- para el hipotético caso de una resolución adversa al interés de esta defensa, ya que ello afectaría derechos y garantías constitucionales como el estado de inocencia, la defensa en juicio y el debido proceso que se suscita con motivo de la arbitrariedad por fundamentación aparente del fallo opugnado.

IV. Petitum Por lo expuesto a los Sres. Jueces, la Defensa técnica solicita:

- a) Tenga por producido en tiempo y legal forma presente informe y por expresados los agravios que fundamentan el remedio impugnativo intentado;
- b) Tenga por planteado el caso federal y por formulada la correspondiente reserva a los fines del recurso previsto por el art. 14 de la Ley 48;
- c) Oportunamente y previo trámite ritual, proceda a hacer lugar al recurso de Apelación interpuesto, revocando el decisorio impugnado y disponiendo: **1)** el sobreseimiento definitivo de la Sra. Laura Murúa, toda vez que: **a)** no se ha acreditado la participación que se le atribuye en la circulación de moneda falsa (art. 284 del CP); o bien que **b)** el hecho que se le atribuye es atípico, ya que ha producido una afectación insignificante del bien jurídico protegido (art. 336, inc. 3, CPPN). **2)** Subsidiariamente y por aplicación del *in dubio pro reo* (art. 3 del CPPN), debería modificarse la calificación legal del hecho de la figura prevista en el art. 282 del CP a la del art. 284 del cuerpo normativo citado.

Proveer de conformidad,
Será justicia.

Murúa, Laura p.s.a circulación de moneda falsa

//doba, 17 de mayo de 2011.

Y vistos:

Estos autos caratulados: **“Murúa, Laura p.s.a circulación de moneda falsa”** Expte. 553/2010, venidos a conocimiento de la **Sala B** de este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la señora Defensora Pública Oficial a fs. 57, en contra de la resolución dictada con fecha 14 de marzo de 2010 por el señor Juez Federal del Juzgado N° 2 de esta Ciudad, obrante a fs. 54/55, registrada bajo en N° 260/2010, y en la que decide: **Resuelvo: I. dictar el procesamiento** de Laura Murúa, ya filiada en autos, por considerarla penalmente responsable, en calidad de autor, por el hecho por el cual fuera oportunamente indagada, calificado como circulación de moneda falsa (cfme. art. 282 y 45 del C.P.P.N.), de conformidad a lo dispuesto por el art. 306 del C.P.P.N.

Y considerando:

I. La cuestión presentada por ante esta Sala se origina a partir del recurso de apelación interpuesto por la señora Defensora Público Oficial a fs. 57, en contra de la resolución obrante a fs. 54/55, cuya parte resolutiva ha sido transcripta precedentemente. En esta Instancia informa conforme lo previsto en el art. 454 del CPPN a fs. 66/70.

II. Mediante el pronunciamiento del señor Juez Federal N° 2 de esta Ciudad de Córdoba, se atribuye a Laura Murúa haber puesto en circulación con fecha 14 de mayo de 2004 a las 11:55 hs. aproximadamente, en un kiosco externo dentro del predio del nuevo Hospital San Roque sito en la Bajada Pucará al 1900, un billete apócrifo de cincuenta pesos (\$50) serie A24140710, al abonar a la propietaria del comercio, Claudia Carina Llanos, la suma de tres pesos con setenta y cinco centavos, (\$3,75) por la compra de una botella de “Seven Up” de medio litro, un paquete de galletas de agua marca “Criollitas” y un sandwich de miga, recibiendo en calidad de vuelto la suma de cuarenta y siete pesos (\$47). Por este hecho, **Laura Murúa** fue procesada por la supuesta comisión del delito de **circulación de moneda falsa**.

Para fundar el procesamiento, el señor Juez ha tenido en cuenta el informe pericial que da cuenta de la falsedad de dicho billete (fs. 49/50), las testimoniales de las dos personas que atendían el kiosco, Leonardo Chancalay y Claudia Karina Llanos y la del funcionario actuante, Cabo Fabio Andrés Cufré, de la que surge que para adquirir los bienes de consumo mencionados, la imputada habría entregado el billete de cincuenta pesos (\$50) A24140710 cuestionado y una moneda de veinticinco centavos como pago de dicha mercadería.

De igual modo, ha tenido en cuenta el acta de fs. 4 de la que surge el secuestro de tal billete y el acta de fs. 5 la que acredita la suma de cuarenta y siete pesos (\$47) secuestrada en poder de la nombrada, suma que ésta recibiera como vuelto tras haber comprado mercadería en el quiosco por la suma de tres pesos (\$3).

III. La señora Defensora Oficial Subrogante ha interpuesto recurso de apelación. Su agravio consiste en cuestionar lo que hace a la autoría del hecho, a la afectación insignificante del bien jurídico protegido y a la calificación jurídica.

Al respecto, pone en duda que el billete empleado fuese el mismo que entregara la imputada al momento de pagar y que tal billete fuese el único que el día del hecho recibiera el quiosco en concepto de venta. Se agravia la defensa también porque la procesada fue aprehendida no *in continenti*, sino cuando había transcurrido una media hora, tiempo que habría demandado su búsqueda por haberse alejado del lugar.

De acuerdo al sorteo realizado por Secretaría (fs. 71), el orden de votación establecido en autos ha quedado determinado del siguiente modo: en primer lugar, corresponde expedirse al Dr. Luis Roberto Rueda; en segundo lugar, al Dr. Abel G. Sánchez Torres y en tercer lugar, al Dr. Octavio Cortés Olmedo.

El señor Juez de Cámara doctor Luis Roberto Rueda dijo:

En relación con el planteo efectuado ante esta Al-

zada por la defensa, con vistas a obtener el sobreseimiento de la imputada Laura Murúa en orden al hecho que se le endilga, calificado legalmente como circulación de moneda falsa (artículo 282, C.P.), examinadas las constancias de la causa efectuaré las siguientes apreciaciones:

I. En primer término, debo señalar que los elementos de cargo reunidos en autos por la instrucción permiten afirmar, con el grado de probabilidad propio de la presente etapa procesal, tanto la existencia del hecho investigado cuanto la participación penal de la imputada Laura Murúa en su comisión.

En efecto, el informe pericial practicado en la causa da cuenta de la falsedad del billete de cincuenta pesos (\$50) A24140710 (fs. 49/50), así como las declaraciones testimoniales rendidas por Leonardo Chancalay y Claudia Karina Llanos -empleados del quiosco ubicado dentro del predio del Hospital San Roque-, y por el Cabo Fabio Andrés Cufré revelan que, para adquirir una botella de "Seven Up" de medio litro, un paquete de galletas de agua marca "Criollitas" y un sandwich de miga, la imputada Murúa habría entregado el billete en cuestión y tres monedas de veinticinco centavos, en concepto de pago de dicha mercadería.

De igual modo, tales circunstancias se desprenden del tenor de las actas agregadas a fs. 4 y 5, que corroboran el secuestro del billete cuestionado, por un lado y por el otro, de la suma de cuarenta y siete pesos (\$47) en poder de la nombrada, suma que ésta recibiera como vuelto tras haber comprado los productos referidos por la suma de tres pesos (\$3).

Por lo demás, acerca del hecho merece puntualizarse que las circunstancias de comisión del mismo no descartan que la calificación legal más acorde al caso sea la del delito previsto y penado por el artículo 284 del C.P., que contempla el supuesto de circulación de la moneda falsa, con conocimiento de dicha alteración, por parte de quien la hubiere recibido de buena fe.

II. Pues bien, establecido lo anterior en orden a la acreditación del hecho endilgado a la encartada Murúa, debo abordar en lo que sigue el otro motivo de agravio esgrimido por la defensa, atinente a lo que la doctrina ha denominado "**principio de insignificancia**". Este principio permite excluir del ámbito de la prohibición a aquellas conduc-

tas que sólo producen una lesión mínima al bien jurídico protegido por la norma, estableciendo límites al poder punitivo estatal y proscribiendo, en consecuencia, el castigo de aquellas conductas.

La señora Defensora Pública Oficial aduce en su recurso este principio, solicitando su aplicación al caso y, así, el dictado del sobreseimiento definitivo de la prevenida. Argumenta al respecto que, al poner en circulación un billete de cincuenta pesos (\$50) apócrifo, el hecho endilgado a la nombrada "deviene atípico ya que ha producido una afectación insignificante al bien jurídico protegido".

La cuestión planteada conduce a señalar que el principio republicano que se desprende del artículo 1º de nuestra Constitución Nacional -pilar fundamental de nuestro Estado de derecho- impone la necesidad de respetar una serie de principios que de él se derivan, entre ellos el de proporcionalidad y razonabilidad que debe regir entre la lesión a bienes jurídicos penalmente protegidos y la punición que se implementará como consecuencia de ella.

En este sentido, la doctrina nacional tiene dicho que "...dado que el derecho penal debe escoger entre irracionales, para impedir el paso de las de mayor contenido, no puede admitir que a esa naturaleza no racional del ejercicio del poder punitivo se agregue una nota de máxima irracionalidad, por la que se afecten bienes de una persona en desproporción grosera con el mal que ha provocado". (Zaffaroni, Raúl E./Aliaga, Alejandro/ Slokar, Alejandro, *Derecho Penal – Parte General*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 123).

Raúl E. Zaffaroni precisa en el punto que "...aparte de la tipicidad legal, la penal se integraría en una segunda instancia subanalítica con la denominada tipicidad conglobante de la conducta, nivel en el que se procede a considerar a la norma prohibitiva pero ya no en forma inconexa, aislada, sino como "una parte del orden normativo, es decir, conglobada con el universo de las normas prohibitivas de que es parte (Tratado de Derecho Penal, Parte General, T. III, Ed. Ediar, 1981, pág. 486).

Dicha distinción conduce a la conclusión de que "Será así como no obstante la presencia de una tipicidad legal, una conducta podrá no ser penalmente típica, en el sentido conglobado de la norma. Ello sucederá cuando aquella afecte en forma insignificante

el bien jurídico" (Spinka, Roberto, *El principio de la insignificancia o de bagatela*, Ed. Lerner, 1986, p.14).

La doctrina destaca además que "La consideración conglobada de las normas que se deducen de los tipos penales, es decir, su análisis conjunto, muestra que tienden en general, como dato de menor irracionalidad, a prohibir conductas que provocan conflictos de cierta gravedad. No se trata sólo de una manifestación del principio de *última ratio*, sino del propio principio republicano, del que se deriva directamente el principio de proporcionalidad, como demanda de cierta relación entre la lesión al bien jurídico y la punición" (Zaffaroni, Raúl E./ Aliaga, Alejandro/ Slokar, Alejandro; op. cit., pág. 123).

A la par de ello, del artículo 19 de la Constitución Nacional se deriva el principio de lesividad, según el cual no puede haber delito que no reconozca, como soporte fáctico, un conflicto en el cual se encuentren afectados bienes jurídicos ajenos.

Expuestos hasta aquí los principios básicos que regulan y limitan el ejercicio del poder punitivo estatal, parece claro que es al amparo de ellos que deben evaluarse los postulados del principio de insignificancia en cuanto limitador del aparato punitivo en un Estado de derecho.

Ello, por cuanto precisamente la existencia de tales principios obliga a considerar y resolver los casos concretos que ingresan a la órbita del aparato judicial al amparo de aquellos, siendo insuficiente hacerlo a través de una subsunción mecánica de los hechos en los elementos del tipo penal, sin atender las circunstancias de tiempo, lugar, modo y personas que los rodean.

No puede perderse de vista que los tipos penales contemplan la afectación de bienes jurídicos, a la vez que las sanciones penales reflejan el desvalor jurídico de la conducta típica; de modo que deben guardar cierta proporción con la magnitud de la afectación del bien. Si tal afectación es ínfima se quiebra la necesaria proporcionalidad, revelando con ello que el tipo no ha querido abarcar esas conductas con lesiones nimias (voto del Dr. Raúl Eugenio Zaffaroni, emitido en causa "Lucero Angel Carlos s/privación ilegitima de la libertad", *Doctrina Penal*, Año 5, 1982, p. 278. Cabe señalar que la aplicación del principio de insignificancia es

aún controvertida en la jurisprudencia del país y el citado fallo fue el primero en receptarlo).

Ciertamente que en los supuestos en que afectación al bien jurídico es tan mínima o ínfima, ninguna reacción de carácter penal puede presentarse como razonable y proporcional. Por ello, un juego armónico de los presupuestos que se desprenden de los principios constitucionales de proporcionalidad, razonabilidad y lesividad impide que ese tipo de lesiones puedan considerarse como lesiones jurídicamente relevantes a los fines del derecho penal.

En otras palabras, el ejercicio punitivo del Estado exige la concurrencia de una afectación significativa del bien jurídico protegido pues de lo contrario no se daría el presupuesto de dañosidad social que lo legitima. El principio de insignificancia recepta justamente aquellas conductas o ataques a bienes jurídicos tan irrelevantes que no requieren intervención penal. Contempla así supuestos en los que no hay desvalor de la acción al no existir peligrosidad en el comportamiento, o no hay desvalor de resultado, al no tratarse de un ataque grave o importante al bien jurídico.

De acuerdo a los fundamentos dados, puede decirse que, para dar legitimidad a la intervención estatal en su función coercitiva, debe haber afectación de un bien jurídico. En el caso que nos ocupa, nos encontramos frente a la presunta comisión de un ilícito contra la fe pública, cuyas circunstancias particulares de tiempo, lugar y modo en que la imputada habría puesto en circulación la moneda falsa (un billete de cincuenta pesos apócrifo, al pretender adquirir una colación en un kiosco ubicado en el predio de un hospital) importa una afectación mínima al bien jurídico protegido por la norma, de modo que la eventual aplicación de una sanción en el caso concreto atentaría contra los citados principios de proporcionalidad, razonabilidad y lesividad (arts. 1, 18, 19, 28, 31 y 75 inc. 22 de la C.N.).

Por consiguiente, debe hacerse lugar al planteo formulado por la defensa. Considero que la conducta presuntamente desplegada por la imputada Laura Murúa resulta atípica, debiendo sobreseerse a la misma en orden al delito de circulación de moneda falsa (art. 282, C.P.), en los términos del artículo 336, inciso 3º, del C.P.P.N., con expresa mención de que el proceso no afecta el buen nombre y honor de que hubiere gozado la nombrada.

Sin costas procesales (art. 531, C.P.P.N.). Así voto.

El señor Juez de Cámara doctor Abel G. Sánchez Torres dijo:

En relación con la cuestión sometida a revisión de esta Alzada a raíz de la apelación deducida por la defensa en contra del auto de procesamiento de la imputada Laura Murúa dictado por el Juez de instrucción, comparto los argumentos y solución propiciada por el Juez de Cámara preopinante, doctor Luis Roberto Rueda, en cuanto a que el mismo debe ser revocado, debiendo dictarse el sobreseimiento de la nombrada por aplicación de lo dispuesto por el artículo 336, inciso 3º, del C.P.P.N.

Sin perjuicio de la coincidencia de criterio, efectuaré a continuación las siguientes apreciaciones:

I. Como primera cuestión estimo propicio señalar que las circunstancias de presunta comisión del hecho que en autos se atribuye a Murúa se compadecen con los elementos del ilícito previsto en el artículo 284 del C.P. (circulación de moneda falsa recibida de buena fe), antes que con los elementos propios del delito contemplado en el artículo 282 del C.P., por el que la imputada ha sido procesada en primera instancia.

Ello, en razón de que aquel hecho (del art. 284 C.P.) tiene como supuesto el extremo de que el dinero haya sido recibido con anterioridad de buena fe. Tal como señala la doctrina, “*La expresión no es del todo exacta. Lo que quiere significar es que ha sido recibido en su calidad de dinero; el sujeto autor del presente delito debe haber sido, en realidad, víctima de una operación anterior, en la cual, de buena o de mala fe, alguien le ha entregado dinero falso, de modo que normalmente el sujeto trata de resarcirse de un daño, encajando el dinero a otra persona*” (Soler Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo V, Ed. Tea, Bs. As., 1992, pág. 393-94).

De conformidad a las probanzas colectadas por la instrucción, las circunstancias del hecho ponen de manifiesto que aquello habría sido justamente lo acontecido en el particular, donde Murúa habría intentado resarcirse del daño sufrido previamente (al recibir el dinero falso), “encajando” el billete apócrifo en el kiosco ubicado en el Hospital San Roque, en concepto de pago de comestibles.

II. Ahora bien, más allá de la acreditación del hecho y de la participación penal de la encartada en su comisión, así como de la calificación legal más acorde al mismo, lo cierto es que la defensa invoca en su recurso la aplicación al *sub examine* del principio de insignificancia.

Pues bien, a propósito del planteo conviene traer a colación el concepto preliminar de que “*el bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de las conductas que le afectan*” (Zaffaroni, Raúl Eugenio, *Manual de Derecho Penal – Parte General*, Ed. Ediar, Buenos Aires, pág. 389-390). Según es sabido que, frente a los bienes jurídicos, la protección del derecho penal no es absoluta ni ilimitada, sino que, por el contrario, dicha protección contempla casos o circunstancias en que la afectación de un bien jurídico no resulta penalmente punible. En este sentido, el concepto cumple una función de límite del poder punitivo del Estado o de garantía de derechos, desde que “*la lesión de un bien jurídico debe ser condición necesaria aunque nunca suficiente para justificar su prohibición y punición como delito*” (FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2000, pág. 471).

Repárese en que “*las normas penales deben limitarse a proteger los intereses colectivos o individuales, cuando ello es imprescindible para la vida en comunidad. Consiguientemente, el remedio penal debe ser utilizado por el Estado como última ratio, es decir, cuando han fracasado todos los instrumentos previos de que dispone. Esa es la razón por la cual los bienes jurídicos no deben ser protegidos con sanciones penales cuando es posible tutelarlos con recursos menos gravosos que por ser menos severos no necesariamente resultan menos eficientes*Derecho Penal – Parte General”, Ed. Lexis Nexis, 1º edición, Buenos Aires, pág. 3).

Dicho en otros términos, el ejercicio de la potestad punitiva del Estado supone y exige una afectación significativa al bien jurídico protegido por parte de una conducta determinada, reveladora de la dañosidad social en cuanto presupuesto del principio de lesividad.

Ciertamente que la aplicación del principio de insignificancia puede deducirse de la interpreta-

ción armónica de principios constitucionales tales como los de *última ratio*, lesividad, proporcionalidad y humanidad y conlleva la exclusión de la tipicidad penal, obligando a ponderar las circunstancias concretas de lugar, tiempo, modo y personal del hecho. Vale aclarar que dicho principio introduce un criterio de análisis de la tipicidad en relación con cualquier bien jurídico protegido, es decir que como regla general es aplicable a todos los delitos (GARCÍA VITOR, Enrique, *La insignificancia en el Derecho penal. Los delitos de bagatella*, Ed. Hammurabi, Bs.As., 2000).

Pues bien, los extremos del caso que nos ocupa -según los cuales Murúa habría puesto en circulación un billete falso de cincuenta pesos, al pretender adquirir un paquete de galletas y una gaseosa en el kiosco ubicado en un hospital de la ciudad-, revelan que la afectación del bien jurídico protegido por la norma (fe pública) habría sido mínima, por lo que el accionar de la encartada resulta atípico.

Por las razones dadas, estimo que debe revocarse el auto apelado y, en consecuencia, disponerse el sobreseimiento de la imputada Laura Murúa en orden al hecho que se le atribuye, de conformidad a lo previsto por el artículo 336, inciso 3º, del C.P.P.N. Así voto.-

El señor Juez de Cámara doctor Octavio Cortés Olmedo dijo:

En orden al asunto traído a consideración en las presentes actuaciones, disiento con la solución propiciada por los Jueces de Cámara preopinantes, doctores Luis Roberto Rueda y Abel G. Sánchez Torres, en cuanto a que la imputada Laura Murúa debe ser sobreseída en orden al hecho por el cual fuera indagada, por aplicación de lo dispuesto por el artículo 336 inciso 3, C.P.P.N.. Por el contrario, estimo que corresponde confirmar el auto apelado en cuanto dispuso el procesamiento de la nombrada, modificando la calificación legal allí impuesta por la del tipo penal contemplado en el artículo 284 del C.P., esto es, Circulación de moneda falsa recibida de buena fe.

En el caso de marras ha quedado debidamente corroborado -con el grado de probabilidad requerido en la presente etapa procesal- que, en las circunstancias de tiempo y lugar descriptas en la pieza acusatoria, la imputada habría puesto en

circulación un billete apócrifo de cincuenta pesos, al abonar, en un kiosco situado en el predio del Hospital San Roque, por la compra de una serie de productos comestibles. Tal es lo que surge, puntualmente, de las actas de secuestro, declaraciones testimoniales de los empleados del comercio, Leonardo Chancalay y Claudia Carina Llanos, e informe pericial reunidos por la instrucción (v. constancias de fs. 4, 5, 7, 48 13 y 49/50).

Pues bien, teniendo en cuenta que la encausada no registra antecedentes penales en relación con delitos contra la fe pública y que la buena fe se presume, a la luz del conjunto de circunstancias en que habría tenido lugar el hecho que se le enrostra, es dable sostener la buena fe de Murúa en la adquisición del mentado billete falso que habría puesto en circulación en el negocio mencionado.

De tal modo, la conducta presuntamente desplegada por la imputada encuadra legalmente en el delito previsto y penado en el artículo 284 del C.P. (Circulación de moneda falsa recibida de buena fe), en lugar de encuadrar en el delito contemplado en el artículo 282 del C.P. (Circulación de moneda falsa), por el que fuera procesada.

Dicha figura penal recepta precisamente el supuesto del que, habiendo sido recibido previamente el billete apócrifo de buena fe, procura resarcirse del daño que se le ha ocasionado “encajando el dinero a otra persona” (SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo V, Ed. Tea, Bs. As. 1992). Contempla, en definitiva, el supuesto del que habiendo recibido de un tercero, en pago o a otro título, incluso gratuito, moneda falsa, cercenada o alterada, creyéndola legítima, a sabiendas de ello o maliciando que así sea, la expende o la pone en circulación (NUÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho Penal - Parte Especial*, Ed. Lerner, Córdoba, 2008).

Verificándose en el concreto la situación prevista en la citada figura legal, considero que su aplicación al caso constituye la solución más ajustada a derecho. Por consiguiente, estimo que corresponde confirmar la resolución recurrida, modificándose la misma en lo que concierne a la calificación legal impuesta, que deberá fijarse en la del delito de Circulación de moneda falsa recibida de buena fe.

Ahora bien, en atención a la fecha de comisión del hecho y a la escala penal prevista para tal ilícito, a

los fines de garantizar la doble instancia, corresponde al Juez de instrucción verificar si la acción penal seguida en contra de Laura Murúa se halla extinguida por prescripción (art. 59 inciso 3 y 62 del C.P.). Así voto.

Por ello;

Se resuelve:

Por mayoría

I. Revocar la resolución dictada con fecha 14 de marzo de 2010 por el señor Juez Federal del Juzgado N° 2 de Córdoba y, en consecuencia, dictar el sobreseimiento de la imputada Laura MURÚA en orden al hecho calificado legalmente como cir-

culación de moneda falsa (artículo 282, C.P.), en virtud de lo prescripto por el artículo 336, inciso 3º, del C.P.P.N., con expresa declaración de que el presente proceso no afecta el buen nombre y honor de que hubiere gozado la nombrada.

II. Sin costas (art. 531, C.P.P.N.)

III. Regístrese, hágase saber y bajaran.

Sala B.

Luis Roberto Rueda.

Abel G. Sánchez Torres.

Octavio Cortés Olmedo (en disidencia).

Parte VII. Derecho Penal. Responsabilidad de las personas jurídicas

El **Dr. Juan Martín Hermida**, Defensor Público Oficial interinamente a cargo de la Defensoría Pública Oficial ante los Juzgados Nacionales en lo Penal Tributario, interpuso Recurso de Casación contra el resolutorio que confirmó el procesamiento de la firma COKER Jr. S.A., por considerarla autora del delito de contrabando. En el escrito se discutió la posibilidad de condenar una persona jurídica. El fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal hizo lugar a lo planteado por la defensa remitiéndose al voto del Dr. Zaffaroni en la causa “Fly Machine” en el cual se sostuvo la imposibilidad de condenar penalmente a una persona jurídica.

Interpongo recurso de casación (art. 456 y cc. Del C.P.P.N.)

Excma. Cámara:

Juan Martín Hermida, Defensor Público Oficial interinamente a cargo de la Defensoría Pública Oficial ante los Juzgados Nacionales en lo Penal Tributario, con domicilio constituido en Av. Roque Sáenz Peña 917 4º piso, en los autos N° 57.862, caratulados “**Incidente de apelación del auto de procesamiento en causa caratulada Sin hoy Ltda. s/av. de contrabando**”, del registro de esa Sala “B” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, a V.V.E.E. digo:

I. Objeto

En legales tiempo y forma, interpongo recurso de casación, de conformidad con lo previsto en el artículo 456, inc. 1º del C.P.P.N., contra la resolución dictada por esa Sala con fecha 18 de septiembre de 2009, por la que se resolvió confirmar el procesamiento de la firma Coker Jr. S.A., por habérsela considerado autora del presunto delito de contrabando de importación previsto y reprimido en los arts. 863 y 871 del Código Aduanero, con relación a la mercadería ingresada al país en el contenedor CAXU 49559-0.

II. Plazo

La notificación de la resolución adoptada por ese Tribunal contra la cual se presenta este recurso de casación fue notificada a esta parte el día 27 de septiembre del corriente, por lo que esta impugnación (cuyo plazo de interposición es de diez días hábiles) resulta temporánea. Rigen al respecto los artículos 161, 162 y 463 del código de rito.

III. Antecedentes

La presente causa se inició a raíz de una actuación preventiva de la División Verificación de la Dirección General de Aduanas, la cual, al efectuar una verificación sobre la planilla de rezagos correspondiente al expediente MARE N° 5638 L, observó que el contenedor CAXU 49559-0, ubicado en el Depósito Defiba, contenía 14 pallets con cajas de baldosas cerámicas, a pesar de que de la Planilla de Rezagos surgía que la mercadería declarada correspondiente a dicho contenedor era “hilado de algodón teñido”.

El encargado del traslado del contenedor desde la terminal “Río de la Plata” hacia el depósito “Defiba” fue el Agente de Transporte Aduanero “Lo Primo S.A.”, el que facturó dichos servicios a la firma “Coker JR S.A.”.

De acuerdo con el contrato que obra a fs. 605/632 y con las constancias de fs. 625/626 de las actuaciones principales, la firma “Coker Jr. S.A” fue constituida en la República Oriental del Uruguay. En la Argentina, por su parte, fue abierta una sede cuya representante legal era la Sra. Nora Raquel Penida.

En virtud de ello, el juez de grado dispuso citar a declarar como testigo a la referida Penida. En dicha oportunidad, la nombrada expresó que a fines del año 1999 conoció a un hombre llamado Luis Cáceres, con quien mantuvo una relación sentimental. Asimismo, refirió que esta persona le dijo que él era importador de ropa y que le ofreció trabajo para vender esa mercadería. Según los dichos de Cáceres, las prendas se iban a vender en negocios, centralizándose todo en una oficina ubicada en la calle Valentín Gómez de esta ciudad. A su vez, manifestó que concurrió a la oficina durante dos meses, pero como la ropa no llegó y Cáceres desapareció, dejó de concurrir a la misma, expresando que en el ínterin esta persona le hizo firmar unos papeles donde se menciona-

ba a la firma “Coker Jr S.A.”. Por último, señaló que conoció a Cáceres en una casa donde ella había efectuado trabajos domésticos (ver fs. 314).

Luego de recibir algunas declaraciones testimoniales, el juez de instrucción entendió que se encontraban reunidos los extremos previstos por el artículo 294 del C.P.P.N. y citó a prestar declaración indagatoria a Nora Raquel Penida, previo relevamiento del deber de decir verdad (fs. 390).

A fs. 482 obra la declaración indagatoria de la nombrada. En esa oportunidad, el magistrado instructor le hizo saber que *“el hecho que se le imputa “prima facie” es la posible comisión del delito de contrabando previsto y penado por el artículo 863 y 871 del Código Aduanero, por responsabilidad personal, en concurso con el art. 888 del C.A., en función del 886 y 887 del mismo cuerpo legal, teniendo en cuenta la responsabilidad de la persona jurídica de la que la imputada es apoderada”*. En aquella ocasión, la Sra. Penida se remitió a lo expuesto en oportunidad de declarar como testigo.

Finalmente, y luego de que el juez dispusiera la ampliación de la declaración indagatoria de la Sra. Penida –en la que la nombrada se expidió en términos similares a los de las declaraciones anteriores–, con fecha 4 de mayo de 2006, ordenó el procesamiento de la imputada y de la firma “Coker Jr S.A.”, con relación al contenedor CAXU 495599-0, a título personal y por ser la representante legal a la época de la comisión de los hechos, situación que encuadró dentro de las previsiones de los artículos 863, 871, 887 y 888 del Código Aduanero. Dicha resolución fueapelada por el letrado defensor de la Sra. Penida, el Dr Medrano. No obstante ello, con fecha 20 de julio de 2006 el Dr. Medrano hizo saber al juez de grado que renunciaba a la defensa de la firma “Coker Jr. S.A.” y que continuaba únicamente asistiendo a la Sra. Penida, en virtud de que nunca había tenido contacto con los directivos de la firma, salvo con su defendida (ver fs. 758).

El juez intimó a la Sra. Penida, dada su calidad de apoderada de la firma, para que le designara a la sociedad en cuestión una nueva defensa. En atención a dicha intimación, a fs. 769 la Sra. Penida manifestó que *“no puedo designar abogado defensor de la empresa “Coker Jr. S.A.” en razón de que desconozco a quien pudiera pertenecer dicha firma y mi único contacto fue con la persona que decía llamarse Luis Cáceres y a quien nunca más volví a ver...”*.

En virtud de esos dichos, y habiéndose excusado ambos defensores oficiales del fuero, a fs. 777, el magistrado instructor designó al Dr. De Llano para que asumiera la defensa técnica de “Coker Jr. S.A.” en las presentes actuaciones. Esa circunstancia motivó la presentación efectuada a fs. 778/779, en la que se solicitó que se dejara sin efecto tal designación por considerar que la defensa de una persona jurídica no podía deslindarse de la defensa de una persona física y que si el juez consideraba atendible el argumento relativo a que Nora Raquel Penida no poseía vinculación, por lo menos actual, con la firma imputada, era aquél quien debía determinar qué persona física habría de responder por la empresa y esa persona física, luego, elegir defensor de su confianza o, en su defecto, designar defensor oficial. Asimismo, se solicitó que se arbitraran los medios necesarios para localizar a algún representante de la empresa y requerirle su presentación en las actuaciones designando defensor particular u oficial.

En virtud de dichas manifestaciones, el juez de grado requirió a la I.G.J.

y a la A.F.I.P. que informaran todos los datos del representante legal de la firma imputada.

A fs. 783/787 y a fs. 791/795 la A.F.I.P. y la I.G.J., respectivamente, informaron que Nora Raquel Penida era la representante legal de “Coker Jr. S.A.”.

Dada esa circunstancia, a fs. 746, el juez dispuso designar nuevamente al Dr. De Llano como defensor oficial de la firma, lo que derivó en la presentación de una serie de recursos y nuevos planteos, todos los cuales tuvieron aco-gida desfavorable.

De esta manera, teniendo en consideración la designación de aquél para defender a la citada sociedad y que de acuerdo con el criterio del juez instructor y las constancias de la causa, la Sra. Penida era quien la representaba legalmente (ver fs. 746, 783/787, 791/794, 800/811 y 854/860), el Dr. De Llano se contactó con la nombrada con el objeto de comunicarle tal designación y consultarle si deseaba mantenerla. Ello, con el objeto de concretar una entrevista a efectos de tomar conocimiento de las cuestiones atinentes al funcionamiento de la citada sociedad y poder de esa manera acordar una estrategia y una defensa técnica de la citada entidad comercial.

En contestación a dicha notificación, la Sra. Penida, por intermedio de su abogado particular, acercó a esta dependencia una nota –la que fue presentada en el juzgado de instrucción- firmada por ella y por su abogado de confianza en la que, luego de reiterar cómo conoció a Luis Cáceres; su ajenidad respecto de la firma y su desconocimiento acerca de otras personas vinculadas a ella, manifestó que *“estimo que mi defensa técnica está asegurada...”* en clara alusión a la asistencia a ella brindada en la causa por el Dr. Medrano (el subrayado y la negrita me pertenecen).

En virtud de aquella nota, el Dr. De Llano presentó un escrito en el que se expuso que en aquel contexto, de esos dichos y del contenido general de la mencionada nota se desprendía que la Sra. Penida, como representante legal de la firma, no deseaba contar con defensor oficial. Asimismo, se refirió que, teniendo en consideración que **ella era la representante legal de la firma y que no existía otra persona física que pudiera dar información necesaria de los asuntos concernientes a la sociedad**, carecía de sentido su designación para asistir a la firma, toda vez que era imposible **brindar asistencia a una persona jurídica cuyo representante legal había manifestado su voluntad de no contar con defensor oficial y respecto de la cual se carecía de otro canal de comunicación**.

A su vez, se dijo que pretender mantener esa designación implicaba una grave afectación a la garantía de la defensa en juicio, toda vez que ésta incluye el derecho del imputado a elegir un abogado de su confianza, por lo que designar al defensor oficial para asistir a una sociedad cuya única representante legal había expresado su voluntad contraria a contar con esa asistencia, no significaba más que una clara violación a la mencionada garantía.

Por todo ello, se solicitó nuevamente que se dejara sin efecto la designación efectuada a fs. 777 de las actuaciones principales, sin perjuicio de la eventual intimación que el juez de grado pudiera disponer a los fines de que la nombrada Penida en su carácter de representante legal de la sociedad –en los términos de lo informado en la causa por la I.G.J.- ejerciera la opción del art.

104 del C.P.P.N. No obstante aquella presentación, tampoco se hizo lugar a este nuevo pedido.

Finalmente, con fecha 29 de noviembre de 2007, esa Sala “B” resolvió declarar la nulidad parcial de la resolución que había decretado el procesamiento de la Sra. Penida y de la firma “Coker Jr. S.A”, y que oportunamente había sido recurrida por el Dr. Medrano. Cabe aclarar, que esa Sala declaró únicamente la nulidad del procesamiento de la firma por entender que, en relación a ella, sólo se había cumplido en forma aparente con el requisito de motivación de las decisiones judiciales. El procesamiento de la Sra. Penida, en cambio, fue confirmado.

En virtud de ello, el juez de grado, con fecha 18 de febrero de 2008, dictó una nueva resolución, mediante la cual ordenó nuevamente el procesamiento de la mencionada firma. Dicha resolución fue oportunamente recurrida y su confirmación es la que motiva el presente recurso de casación.

III. Resolución recurrida Con fecha 18 de septiembre de 2009, esa Sala “B” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico confirmó la resolución que dispuso el procesamiento de la firma “Coker Jr. S.A.”, en los siguientes términos:

“Y considerando:

1º) Que, por la decisión recurrida se amplió el auto de procesamiento de Coker Jr S.A. en orden al ingreso al país de mercadería extranjera en forma ilegítima, cuya comisión se atribuyó a la representante legal de aquélla a la época de comisión de los hechos (Nora Raquel Penida), y con relación a la mercadería ingresada al país en el contenedor CAXU 49559-0.

2º) Que, con relación al recurso de apelación interpuesto por la defensa oficial de Coker Jr S.A., corresponde expresar que por aquél no se argumentó objeción alguna relacionada con la estimación del tribunal de la instancia anterior referente a la existencia del hecho ilícito investigado o a la intervención de Coker Jr S.A. en aquel hecho, sino que aquella defensa se agravió por considerar que la resolución recurrida no se ajusta a derecho, pues bajo ningún punto de vista puede decirse que por el Código Aduanero se prevea la posibilidad de responsabilizar penalmente a una persona de existencia ideal y que, además, existe una incapacidad de acción en las personas jurídicas para cometer delito. Asimismo, se invocó la falta de una regularización procesal específica por la cual se determine el modo en que debería llevarse a cabo el enjuiciamiento criminal de una persona de existencia ideal, y por la cual se permita individualizar a los sujetos susceptibles de asumir una concreta representación en este sentido.

3º) Que, en cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de contrabando, este Tribunal ha establecido: “...en el Código Aduanero existen numerosas disposiciones legales de las que surge, inequívocamente, no sólo la posibilidad de responsabilizar penalmente por un delito a una persona de existencia ideal y, consecuentemente, de aplicarse las sanciones específicamente previstas, sino que de aquellas disposiciones surge también que, ante aquella posible responsabilidad penal, corresponde someter a aquella persona jurídica a un proceso penal..”, y: “...por el Código Aduanero se prevé, expresamente, que las personas de existencia ideal pueden ser ‘responsables de un delito aduanero’ y, por ende, pueden ser ‘procesadas jurídicamente’, so-

bresteídas, absueltas o condenadas en el marco de un proceso penal; no caben dudas en cuanto a que uno de los sujetos de aquel proceso penal deberá ser la persona de existencia ideal de que se trate...” (conf. Regs. Nos. 642/2000, 313/2005 y 744/2007, de esta Sala “B”).

4º) Que, asimismo, este Tribunal ha reconocido, en numerosas oportunidades, la posibilidad de imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas por el delito de contrabando sobre la base de la realización del hecho presuntamente delictivo por parte de alguna persona física que inviste el carácter de órgano societario de la persona de existencia ideal y/o por resultar la persona de existencia ideal, beneficiaria del presunto delito (confr. Regs. Nos. 182/95, 88/96, 714/98, 517/99, 642/00, 568/02, 761/03, 162/04, 313/05 y 893/05, de esta Sala “B”); por lo tanto, el agravio del recurrente no puede prosperar.

En este orden de ideas, por el artículo 121, de la ley de Sociedades Comerciales, se establece que el representante de una sociedad constituida en el extranjero contrae las mismas responsabilidades que para los administradores se prevén por el cuerpo normativo mencionado y, de acuerdo con los informes producidos por la Inspección General de Justicia a fs. 604/631, 792/795 y 799/802 de los autos principales, y por la Administración Federal de Ingresos Públicos a fs. 783/787, también de los autos principales, la única representante legal de Coker Jr S.A es Nora Raquel Penida.

5º) Que, respecto de la pretendida imposibilidad de ejercer la defensa en juicio de una persona jurídica “...cuando no hay una persona física individualizada que responde por ella...”, corresponde establecer que el supuesto aludido no se verifica en el caso de autos.

En efecto, este Tribunal ha expresado, en esta misma causa: “...a) la nombrada (Nora Raquel Penida) habría sido la representante legal en la argentina de Coker Jr S.A., con amplias facultades de administración disposición de sus bienes; b) habría inscripto a Coker Jr S.A. ante la D.G.I.; c) habría registrado a Coker Jr S.A. como importador/exportador y figuraría como autorizada de esta sociedad ante la aduana; d) habría alquilado el domicilio de la calle Valentín Gómez 2631, piso 4º, depto. “A” en la ciudad de Buenos Aires, para el giro comercial de Coker Jr S.A.; e) habría firmado las garantías de entrega de los contenedores...” (confr. REG. N° 806/2007 de esta Sala “B”); por lo tanto, aquel agravio, tampoco puede prosperar.

Por ello, se resuelve:

I.- Confirmar la resolución recurrida, en cuanto fue materia de recurso.

II.- Con costas (arts. 530, 531 y ccs. del C.P.P.N.)”.

IV. Admisibilidad

La resolución que por este medio se impugna, reúne los requisitos de admisibilidad formal requeridos por el ordenamiento jurídico.

En efecto, la impugnación aquí intentada resulta procedente en función de lo previsto por el art. 456, inc. 1º del C.P.P.N., por cuanto esa Sala ha aplicado erróneamente normas del Código Aduanero al considerar que dicho ordenamiento establece la posibilidad de responsabilizar penalmente a una persona jurídica.

A más de ello, con el objeto de cumplir todos los requisitos formales de admisibilidad, resulta oportuno mencionar que la jurisprudencia de la Corte Su-

prema de Justicia de la Nación tiene dicho desde Fallos 317:1346, que la Cámara Nacional de Casación Penal posee, en el nuevo ordenamiento procesal, facultades revisoras no sólo respecto de aquellas resoluciones que dicten los tribunales orales, sino también de las que adopten los jueces de instrucción. Posteriormente, nuestro más Alto Tribunal, en Fallos 318:514, resaltó su función de la Cámara de Casación como “tribunal intermedio” creado para cimentar las condiciones necesarias para que satisfaga el alto ministerio que le ha sido confiado, sea porque ante él pueden encontrar las partes reparación de los perjuicios irrogados en instancias anteriores, sin necesidad de recurrir ante la Corte Suprema, sea porque el objeto a revisar por ésta ya sería un producto más elaborado.

En este sentido, resulta oportuno recordar que con fecha 3 de mayo de 2005, la C.S.J.N., *in re “Di Nunzio”*¹, en forma expresa, estableció que la Cámara Nacional de Casación Penal es el tribunal superior de la causa a los efectos de la interposición del recurso. En el referido fallo, la Corte sostuvo que “...corresponde afirmar que siempre que se invoquen agravios de naturaleza federal que habiliten la competencia de esta Corte, por vía extraordinaria en el ámbito de la justicia penal nacional conforme al ordenamiento procesal vigente estos deben ser tratados previamente por la Cámara Nacional de Casación Penal, en su carácter de tribunal intermedio, constituyéndose de esta manera en tribunal superior de la causa para la justicia nacional en materia penal, a los efectos del art. 14 de la ley 48... ”².

Además, en el caso “Casal”³, la C.S.J.N. ha expresado que solamente es acorde con las exigencias de la Constitución Nacional la interpretación que exige que el tribunal competente en materia de casación agote su capacidad revisora, conforme a las posibilidades y particularidades de cada caso, revisando todo lo que sea posible revisar. Tal doctrina fue ratificada, posteriormente, en el fallo “Díaz, Juan Carlos y Verón, Sergio David s/robo agravado”⁴.

En el mencionado antecedente “Casal”, se entendió que, en materia casatoria, lo único que resulta no revisable es lo que surge directamente de la inmediación en tanto se imponen limitaciones de conocimiento en el plano de las posibilidades reales impuesta por la naturaleza de las cosas. En virtud de ello, nuestro Máximo Tribunal señaló que no se exige a los jueces de casación que revisen lo que no pueden conocer, sino que revisen todo lo que pueden conocer, y que nada impide “...la interpretación del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación conforme a la teoría del máximo rendimiento, o sea, exigiendo que el tribunal competente en materia de casación agote su capacidad revisora conforme a las posibilidades y particularidades de cada caso, revisando todo lo que sea posible revisar, archivando la impracticable distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, constituyéndolo en custodio de la correcta aplica-

1 Fallos: 328:1108

2 Fallos: 328:1108, apartado nº 13.

3 C.S.J.N., causa c.1757. XL “Casal, Matías Eugenio y otros s/robo simple en grado de tentativa”, rta. 20/09/05.

4 C.S.J.N., D.864 XXXIX. Rta. 4/7/06.

ción racional del método de reconstrucción histórica en el caso concreto, tiene por resultado un entendimiento de la ley procesal penal vigente acorde con las exigencias de la Constitución Nacional y que, por otra parte, es la que impone la jurisprudencia internacional... ”.

Por otra parte, cabe señalar que si bien no nos encontramos ante un supuesto de “sentencia definitiva” en sentido estricto, **la resolución atacada reviste carácter de “equiparable” por producir un gravamen actual de imposible reparación ulterior⁵.**

En efecto, mediante una aplicación equivocada de las normas contenidas en el Código Aduanero, esa Sala “B” confirmó el procesamiento de un ente ideal, el cual –desde el punto de vista del derecho penal- no posee la calidad de sujeto de derecho por carecer de capacidad de acción, culpabilidad y pena.

De ello se sigue, entonces, que a través de aquella decisión, el Tribunal avaló la sujeción a este proceso de una persona que por su particular situación no puede ser imputada penalmente y en relación a la cual jamás se tendría que haber iniciado una causa de la naturaleza de la que ahora se pretende llevar adelante. Por lo tanto, la resolución cuestionada produce un gravamen irreparable porque, en primer lugar, pretende juzgar a una persona que no reúne las condiciones legales para ello –lo que implica, en consecuencia, la inobservancia de los principios de capacidad de acción, capacidad de culpa y capacidad de pena-, y, en segundo lugar, porque lo anterior conlleva consecuencias procesales irresolubles. En efecto, se pretende juzgar a tal sujeto utilizando un procedimiento que no tiene sustento en texto legal alguno, toda vez que nuestras normas procesales no expresan de qué manera debe desarrollarse el juzgamiento de una persona de existencia ideal. En esas condiciones, se afecta el principio de legalidad, defensa en juicio y debido proceso.

De esta manera, si bien se ha sostenido en numerosas oportunidades que aquellos pronunciamientos que -como el de autos- impongan la obligación de seguir sometido a proceso criminal no reúne el requisito exigido, la cuestión difiere sustancialmente cuando dicho acto procesal conlleva la lesión de un derecho fundamental, tornando a la resolución recurrida en equiparable a sentencia definitiva por sus efectos, desde el momento que no será posible reparar a futuro el menoscabo que lo decidido ocasiona aquí y ahora. Al respecto, cualquier afectación que se produzca en derechos y garantías del tenor de los que ahora están en juego debe ser revertido con la mayor premura, dado que en ningún momento del proceso puede mermar la protección de garantías constitucionales, máxime cuando una reparación tardía equivaldría a una falta de reparación.

En tal orden de ideas, no debe soslayarse que conforme a la interpretación supranacional, el derecho al recurso consagrado en los instrumentos de derechos humanos⁶ comprende “*la revisión legal por un tribunal superior del*

5 CSJN M.216 L XXXVII.

6 La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) dispone que una persona juzgada tiene en el procedimiento penal, entre otros derechos, el “derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior” (art. 8 inc. 2º h). Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la

fallo y de todo los autos importantes”. Al respecto, la denominación “*auto importante*”, razonablemente, debe abarcar todas las decisiones interlocutorias que afecten la libertad y/o los bienes de una persona pero, no puede circunscribirse exclusivamente a aquélla. De lo contrario, los precedentes de la Corte Interamericana se hubieran referido exclusivamente a las *medidas de coerción*, que es como se denominan técnicamente aquellas restricciones⁸. Por otro lado, cabe agregar que en el ya citado fallo “*Di Nunzio*”, la Corte ha sostenido que “...*el concepto de sentencia equiparable a definitiva para el recurso extraordinario, no difiere del establecido para el recurso de casación, tomando en cuenta el carácter de tribunal intermedio de la cámara homónima...*”⁹. Por lo tanto, al ser la Cámara Nacional de Casación Penal un órgano jurisdiccional “intermedio”, no le está vedado por obstáculos formales la posibilidad de conocer, por vía de los recursos de casación, constitucionalidad y revisión, en materias como las aquí planteadas. Por tal motivo, se puede concluir que la eventual interpretación restrictiva del art. 457 del Código Procesal Penal de la Nación, contradiría la doctrina sostenida por nuestro más Alto Tribunal, lo cual conduciría a descalificarla como acto jurisdiccional válido¹⁰.

Por consiguiente, en atención a que todos los extremos reseñados precedentemente se encuentran presentes en el caso en análisis, los requisitos de admisibilidad formal están satisfechos.

V. Fundamentos **Errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 456 inc. 1º del C.P.P.N.). Afectación de los principios de acción, culpabilidad y personalidad de la pena. Violación del principio de legalidad y de las garantías de defensa en juicio y debido proceso.**

Me agravio de la resolución puesta en crisis por considerar que a través de ella se ha efectuado una errónea aplicación de la ley sustantiva. En este sentido, entiendo que esa Sala “B”, al sostener la posibilidad de imputar jurídico-penalmente a una persona de existencia ideal, ha realizado una errónea aplicación de las disposiciones legales contenidas en el Código Aduanero.

En efecto, para resolver como lo hizo, esa Sala sostuvo que “...en el Código Aduanero existen numerosas disposiciones legales de las que surge, inequívocamente, no sólo la posibilidad de responsabilizar penalmente por un delito a una persona de existencia ideal y, consecuentemente, de aplicarle las sanciones específicamente previstas, sino que de aquellas disposiciones surge también que, ante aquella posible responsabilidad penal, corresponde someter a aquella persona jurídica a un proceso penal...”; y “...por el Código Aduanero se prevé, expresamente, que las personas de existencia ideal pueden ser

pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior...”

7 Cf. CIDH, Informe N° 24/92, en el que se precisó que un instrumento efectivo para poner en práctica el derecho reconocido por el art. 8.2.h de la CADH debe permitir la revisión legal por un tribunal superior del fallo y de todos los autos importantes.

8 Cfr. WAGNER, Federico; *El derecho del imputado de recurrir el auto de procesamiento*, publicado en EL Dial.com, suplemento de derecho penal, del 12/04/05.

9 Idem nota 1.

10 Fallos 319:585.

“responsables” de un delito aduanero, y, por ende, pueden ser “procesadas judicialmente”, sobreseídas, absueltas o condenadas en el marco de un proceso penal; no caben dudas en cuanto a que uno de los sujetos de aquel proceso penal deberá ser la persona de existencia ideal de que se trate...”.

Sin embargo, de la lectura del Código Aduanero se desprende que el mencionado ordenamiento ha instituido en su art. 1026 un sistema de doble juzgamiento para el delito de contrabando, en el que se establece la sustanciación del proceso en sede judicial para la aplicación de penas privativas de libertad y en sede administrativa (aduana) para la aplicación de las penas de carácter accesorio, previa sustanciación del sumario y una vez firme la sentencia condenatoria en sede penal.

Esto quiero decir que, frente a la presunta comisión de un delito aduanero, los responsables del ente ideal, es decir, las personas físicas, deberán ser sometidos a un proceso penal. De hallárselos responsables, corresponderá el dictado de una sentencia que los condene a una pena privativa de la libertad, y recién luego, corresponderá la imposición de penas accesorias a la persona jurídica. Es decir, es necesario esperar a que se resuelva la situación procesal en sede penal de los representantes del órgano colectivo, para poder aplicarle a este último algún tipo de sanción; sanción que, por otra parte, resulta ser de naturaleza administrativa y cuya aplicación es la consecuencia del obrar ilícito de sus representantes.

De ello se desprende, entonces, que el Código Aduanero bajo ningún punto de vista prevé la posibilidad de responsabilizar jurídico-penalmente a una persona de existencia ideal, sino todo lo contrario. En materia de contrabando, el citado ordenamiento mantiene la irresponsabilidad de las personas jurídicas y establece una doble jurisdicción en lo que respecta a la aplicación en sede administrativa –Administración Nacional de Aduanas- de las sanciones accesorias a las penas de prisión, previamente impuestas en sede penal para los responsables del ente. Este ha sido el criterio sostenido por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal –sala que ha intervenido con anterioridad en esta causa- en el fallo “FLY MACHINE”¹¹, en el que dicho tribunal rechazó el recurso de casación planteado por el representante de la Dirección General de Aduanas como parte querellante contra la resolución del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 1 de Córdoba, en la que se había declarado la nulidad de los requerimientos de elevación a juicio y de todos los actos procesales que incluyeran a la persona jurídica como imputada.

En sentido similar se expidió la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal en el fallo “Villalba, Jorge E. y otros s/recurso de casación”¹².

Y también nuestra Corte Suprema de Justicia lo estableció así en el caso “De la Rosa Vallejos”¹³, al sostener que algunas de las penas y consecuencias accesorias previstas en el art. 876 del C.A., que pueden alcanzar a la persona jurídica, se aplican en sede administrativa, pero sólo con posterioridad a

11 C.N.C.P., Sala I, rta. 28/11/03

12 Causa 3319, registro 4802.4, rta. 14/04/03.

13 Fallos 305:246.

la condena recaída en la causa penal respecto de las personas físicas que intervinieron en el hecho.

Ahora bien, por otro lado, es lógico que el Código Aduanero mantenga la irresponsabilidad de los entes ideales en materia penal y sólo prevea para ellos sanciones de naturaleza administrativa, puesto que, no debe olvidarse, que en relación a las personas jurídicas existe una imposibilidad genérica de atribuirle responsabilidad penal por la comisión de cualquier tipo de delito, en virtud de su incapacidad de acción, **incapacidad de culpabilidad y de pena**.

En efecto, la persona jurídica es una **pura ficción jurídica** creada como recurso técnico para realizar el tráfico comercial y patrimonial. Detrás de ella se encuentran agrupados los hombres encargados de su manejo y dirección que son, en definitiva, los que actúan en su nombre, los que toman las decisiones importantes, los que contraen obligaciones por ella, los que deciden su destino y llevan adelante el desarrollo de su vida.

De ello se sigue, entonces, que la persona jurídica como abstracción se encuentra incapacitada para realizar acciones por sí sola y con total independencia de alguna persona física. Por más que los actos que realizan los miembros del ente ideal sean efectuados a su nombre o como si él los celebrara, lo cierto es que en la realidad son los seres humanos quienes los llevan a cabo. La persona jurídica carece de voluntad, de inteligencia, de intención, de manera que **materialmente** nunca podrá obrar por sus propios medios ni dirigir por sí sus actos hacia un determinado fin.

A partir de lo anterior queda en evidencia que lo sostenido en la parte final del considerando 4º del auto que se impugna nada aporta en aras de esclarecer la situación que se da en autos. En efecto, lo que la ley de sociedades comerciales establece respecto de la representación de las sociedades constituidas en el extranjero no obsta a que estas sean tan incapaces de responsabilidad penal como cualquier otro ente ideal. No se trata aquí del reconocimiento de personalidad jurídica y de la representación que ejercen los órganos de las personas jurídicas en vida civil y comercial, sino de su indiscutible incapacidad de cometer delitos.

Por lo tanto, como la persona jurídica goza de una incapacidad genérica de acción y la acción es justamente uno de los presupuestos necesarios para la configuración de cualquier delito, nunca podrá atribuirsele responsabilidad a un ente por su participación en un hecho ilícito porque el ente como tal, nunca podrá participar en un acto.

Además, en virtud de su falta de voluntad y de inteligencia, el ente ideal tampoco tiene capacidad para comprender la criminalidad de un acto ilícito y de dirigir, en consecuencia, sus acciones conforme a esa comprensión. No puede motivarse en la norma en función de su autodeterminación, lo que significa que tampoco goza de capacidad de culpabilidad.

Por consiguiente, los únicos que pueden ser sujetos de derecho penal y, como derivado de ello, imputados y responsabilizados por la comisión de un delito son los sujetos que se hallan detrás de las personas jurídicas, por ser quienes no sólo tienen capacidad de acción para realizar la conducta típica y capacidad de culpabilidad para comprender la criminalidad de esa conducta, sino tam-

bién por ser posible sólo en relación a ellos la aplicación de la principal pena con la que se reprime a la mayoría de los delitos (pena de prisión).

En efecto, si se aceptara la posibilidad de imputar jurídico-penalmente a una persona de existencia ideal, me pregunto, ante la situación de tener que aplicarle una pena privativa de la libertad por considerársela culpable de una maniobra ilícita, de qué forma se efectivizaría aquella sanción, es decir, cómo se la cumpliría, cómo se privaría de la libertad a una persona que no es más que una ficción legal que carece de capacidad para sentir o comprender cuál es el fin o la utilidad de la pena.

Sin lugar a dudas, la única respuesta posible a aquel interrogante es la que establece que aquella pena les sea aplicada a las personas físicas que integran el ente. Pero lo cierto es que aquella solución implica, por un lado, reconocer que en definitiva se les estaría aplicando aquella pena porque fueron ellos quienes, en realidad, realizaron el hecho ilícito y no el ente ideal. Y, en segundo, esta solución podría generar una afectación del principio de personalidad de las penas. En este orden de ideas, la Sala I de la C.N.C.P. en el mencionado fallo “Fly Machine” ha dicho que *“...las personas jurídicas no tienen capacidad de acción para cometer delitos pues la conducta jurídico-penal debe ser evaluada desde un punto de vista psicológico y no normativo, de lo que surge que el delito es una manifestación humana que puede ser atribuida sólo a una persona física, postura que se basa en la exigencia de identidad del delincuente y del condenado. Ahora bien, si carecen de capacidad de conducta, puede decirse que son, además, incapaces de culpabilidad y de pena. Ello es así, pues si la aplicación de una sanción funciona como amenaza psicológica para quien comete un delito, no podría sostenerse que un ente ideal pueda ser objeto de conminación psicológica alguna. Por lo demás, la aplicación de una sanción a una persona de existencia ideal afecta el ‘principio de personalidad de la pena’, la que no puede ser impuesta a todos los miembros de la sociedad sino sólo al individuo que delinque, es decir, a las personas físicas que hubiesen intervenido en el hecho ilícito...”*¹⁴ (la negrita y el subrayado me pertenecen).

En igual sentido, el Dr. Zaffaroni¹⁵ ha entendido que las personas jurídicas no pueden ser responsabilizadas penalmente porque existe una imposibilidad de realizar a su respecto el principio de culpabilidad en tanto no es factible la alternativa de exigirles un comportamiento diferente al injusto, dada su incapacidad de acción y de autodeterminación. De las expresiones “hecho del proceso y de la causa” (Constitución Nacional, art. 18) y “las acciones” a que se refiere su art. 19, surge el principio de materialidad de la acción según el cual ningún daño puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una conducta. Además, “...la operatividad de la máxima constitucional nulla iuris sine actione impone la delimitación del concepto jurídico-penal de conducta, sobre la base de un hacer un omitir que reconocería como único sujeto activo al ser humano, respecto del cual puede reaccionar el Estado con las penas legalmente

14 Idem nota nº 12

15 C.S.J.N., causa “Fly Machine S.R.L.”, rta. 30/05/06.

previstas, excluyendo por ende a las personas jurídicas...; el cual salva además los irrenunciables principios de culpabilidad y personalidad de la pena... ”.

Pero ello no es todo. Además de no encontrarse legislada en el Código Aduanero la posibilidad de imputar jurídico-penalmente a un ente de existencia ideal y de que la incapacidad de acción, de culpabilidad y de pena de la persona jurídica impide dicha imputación, existe, a su vez, una limitación de índole procesal para responsabilizar penalmente a esta clase de entes.

En efecto, nuestro ordenamiento jurídico carece de una regulación procesal específica que determine el modo en que debería llevarse a cabo el enjuiciamiento criminal de una persona de existencia ideal y que permita individualizar a los sujetos susceptibles de asumir una concreta representación en tal sentido. Nuestro ordenamiento no especifica, por ejemplo, cómo se cita a una persona jurídica, cómo propone ésta a un abogado defensor y cómo el juez lo designa, cómo se la indaga, cómo se le hace o a quién se le hace saber cuáles son sus derechos o cómo se lleva a cabo el debate oral, entre otros actos.

Por el contrario, de la manera en que se encuentran actualmente redactadas las normas de nuestro código procesal, no cabe lugar a dudas de que ellas fueron creadas para regular el desarrollo del proceso penal y la intervención del imputado en él, bajo la premisa de que la única persona que puede ser sujeto de una persecución penal es una persona de existencia visible, es decir, un ser humano de carne y hueso.

Si no fuera así, las normas hubieran sido confeccionadas de otra manera, utilizando términos que comprendieran también la situación de los entes ideales. En este sentido, resulta ilustrativo el capítulo IV del Título I del C.P.P.N., en el que se encuentran previstas las disposiciones concernientes a la declaración indagatoria. Aquellas normas demuestran, con claridad, que sus destinatarios son personas físicas. En efecto, el art. 299, por ejemplo, dispone que “...si por la duración del acto se notaran signos de fatiga o falta de serenidad en el imputado, la declaración será suspendida hasta que ellos desaparezcan...”; el art. 300 establece que “Antes de terminarse la declaración indagatoria, o después de haberse negado el imputado a prestarla, el juez le informará las disposiciones legales sobre la libertad provisional”; y el 305 expresa que “Recibida la indagatoria, el juez remitirá a la oficina respectiva los datos personales del imputado y ordenará que se proceda a su identificación” (la negrita y el subrayado me pertenecen).

A su vez, los tratados sobre derechos humanos incorporados a nuestra Constitución Nacional también hacen referencia –al precisar las garantías judiciales- a determinados actos que solamente pueden ser llevados a cabo por personas de existencia visible. Al respecto, el art. 8 de la C.A.D.H., por ejemplo, dice que “1. Toda persona tiene derecho a ser oída....2. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:...b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada...d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistidas por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor...” (la negrita y el subrayado me pertenecen). Por su parte, el art. 14 del P.I.D.C.P. prevé que “Toda persona tendrá derecho a ser

oída públicamente... 3) Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho...a las siguientes garantías mínimas:... d) **a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente** o ser asistida por un defensor de su elección...e) **a interrogar** o hacer interrogar a los testigos" (la negrita y el subrayado me pertenecen).

Esto quiere decir, entonces, que al no existir una regulación procesal específica que contemple la situación de los entes ideales, en caso de aceptar su responsabilidad penal, no quedaría más opción que acudir a un procedimiento penal para su juzgamiento que no hallaría fundamento en texto positivo alguno, lo cual implicaría una **afectación a las garantías de legalidad, de defensa en juicio y de debido proceso**¹⁶.

Este ha sido justamente uno de los motivos por los cuales esta parte debió reiteradamente cuestionar -mediante distintas presentaciones- la designación del Dr. De Llano como defensor de la firma "Coker Jr. S.A.".

En efecto, la ausencia de normas procesales que indicaran de qué manera una persona jurídica interviene en un proceso y de qué manera, en definitiva, su abogado la asiste técnicamente, es lo que llevó a esta parte a sostener la imposibilidad de ejercer debidamente la defensa de la firma "Coker Jr. S.A" y, en consecuencia, la necesidad de dejar sin efecto la designación del defensor oficial como letrado de aquel ente, **máxime cuando la única persona física relacionada con aquella firma y conocida en las actuaciones manifestó encontrarse asistida por un abogado particular y no desear la asistencia de la defensa oficial**.

De esta manera, al no estar identificada ninguna otra persona física que pueda responder por la sociedad y brindar datos e información concerniente a los asuntos y manejos de la empresa, y –vuelvo a repetir- al no existir disposiciones legales que indiquen de qué manera se debe proceder en un supuesto tan particular como este, no puede negarse las limitaciones de esta defensa oficial para elaborar una acertada estrategia y brindarle a la firma "Coker Jr. S.A" una adecuada asistencia técnica.

Por tal motivo, considero que lo sostenido por esa Sala "B" en el considerando 5º) en cuanto a que esta parte no se ve imposibilitada de asistir técnicamente a la firma "Coker Jr. S.A." porque se encuentra identificada la persona que habría sido su representante –Nora Raquel Penida-, no resulta aceptable.

En efecto, ello es así, en primer lugar, porque aún en el caso de que se entendiera que la referida Penida es quien podría responder por aquella firma por haber sido –de acuerdo con las constancias de la causa- su representante formal, lo cierto es que aquella ha expresado contundentemente que se encuentra asistida por un abogado particular y que no desea ser defendida por el suscripto. En ese contexto, la designación del defensor oficial implica una grave afectación a la garantía de la defensa en juicio, toda vez que ésta incluye el derecho del imputado a elegir un abogado de su confianza. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido la vía extraordinaria en casos en los que se ha privado al imputado "*del derecho a ser representado por un letrado de su elección*" (Fallos 312:1042).

16 Así lo ha entendido el Dr. Zaffaroni en el citado fallo "FLY MACHINE".

Y en segundo lugar, porque de mantener la designación de la defensa oficial, ante la eventual celebración de un juicio oral, la Sra. PENIDA se encontraría asistida por dos letrados distintos.

En efecto, al desarrollarse el debate, la nombrada sería citada a declarar en función de los hechos que le fueron imputados a su persona, oportunidad en la cual se presentaría acompañada de su abogado particular –el Dr. MEDRANO–, y, a su vez, citada a declarar como única responsable de la firma, ocasión en la que sería asistida por el defensor oficial. Huelga señalar que esto sería un verdadero despropósito.

Por lo tanto, en función de todo lo expuesto precedentemente, considero que la posición adoptada por esa Sala en lo que respecta a la posibilidad de atribuirle responsabilidad penal a un ente ideal, resulta insostenible, toda vez que implica una aplicación errónea de disposiciones contenidas en el Código Aduanero; una afectación de los principios de acción, culpabilidad y personalidad de la pena y una clara violación de las garantías de legalidad, defensa en juicio y debido proceso.

VI. Reservas Por entender que se encuentra comprometida la correcta interpretación de una norma sustantiva, como así también por hallarse involucradas cuestiones de orden constitucional, que hacen al principio de acción, culpabilidad, personalidad de la pena, legalidad, defensa en juicio, debido proceso y racionalidad de los actos de gobierno (arts. 1 y 18 C.N.; art. 14, inc. 3, del P.I.D.C.P., art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 8, inc. 2, de la C.A.D.H. y art. 26 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre) mantengo la cuestión federal oportunamente introducida (art. 14, ley 48), y formulo reserva de recurrir ante los organismos internacionales de derechos humanos.

VII. Petitorio Por todo lo expuesto, solicito a V.V.E.E.:

1. se tenga por presentado, en legal tiempo y forma, el presente recurso de casación;
2. se lo conceda;
3. se eleven las actuaciones al tribunal de alzada a los fines correspondientes;
4. se tengan presentes las reservas formuladas en el punto VI.

Proveer de conformidad

Será justicia

Coker S.A. s/recurso de casación

//la ciudad de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 11 días del mes de agosto de 2010, se reúne la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, integrada por el doctor Juan E. Fígoli como Presidente y los doctores Juan. C. Rodríguez Basavilbaso y Raúl R. Madueño como Vocales a los efectos de examinar y resolver el recurso de casación deducido en la causa nº 12.590, caratulada “Coker S.A. s/recurso de casación”, de cuyas constancias **Resulta**:

1º) Que la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico confirmó la resolución que había dispuesto “ampliar el procesamiento de la firma “Coker Jr. S.A.” en calidad de autora y en relación al delito de contrabando de importación previsto y reprimido en los arts. 863 y 871 del C.A. –ley 22.415- en orden al ingreso al país de mercadería extranjera en forma ilegítima cuya comisión se atribuye a su representante legal a la época de comisión de los hechos Nora Raquel Penida y con relación a la mercadería ingresada al país en el contenedor CAXU 49559-0”.

Contra dicha resolución, la defensa particular interpuso el recurso de casación, cuya denegatoria motivó la presentación directa a la que se hizo lugar a fs. 329.

2º) Que, con sustento legal en el primer motivo de casación previsto en el art. 456 del C.P.P.N. dijo el impugnante de la errónea aplicación de la ley sustantiva en la que se había incurrido en la decisión adoptada al sostener la posibilidad de imputar a una persona de existencia ideal en relación a normas contenidas en el Código Aduanero.

Con citas del Alto Tribunal y de esta Cámara solicitó que se revoque el auto impugnado.

3º) Que superadas las etapas previstas por los arts. 465, primera parte, del C.P.P.N. y 468 del C.P.P.N. y efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en pri-

mer término el doctor Juan C. Rodríguez Basavilbaso y en segundo y tercer lugar los doctores Juan E. Fígoli y Raúl R. Madueño, respectivamente.

El señor juez Juan C. Rodríguez Basavilbaso dijo:

Que, concordantemente con lo sostenido por la defensa oficial, al caso resulta aplicable cuanto sostuvo la Sala *in re: “Fly Machine s/recurso de casación”*, c. n.º 4951, Reg. N.º 6368, rta. el 28/11/03, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en razón de brevedad.

Por consiguiente, considero que debe hacerse lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa oficial y casar la resolución de fs. 854/860 que en copia obra a fs. 228/234 del presente incidente, sin costas, debiendo continuarse con la tramitación del proceso.

Los señores jueces Juan E. Fígoli y Raúl R. Madueño dijeron:

Que adhieren al voto que antecede.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal **Resuelve**: Hacer lugar al recurso de casación incoado por la defensa oficial; casar la resolución de fs. 854/860 que en copia obra a fs. 228/234 del presente incidente; y remitir las presentes actuaciones al tribunal de origen a los efectos de que se continúe con la sustanciación del proceso (arts. 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, agréguese copia del precedente citado, notifíquese en la audiencia designada y oportunamente devuélvase al tribunal de origen sirviendo la presente de atenta nota de remisión.

Fdo.: Juan Fígoli, Juan Rodríguez Basavilbaso y Raúl Madueño.

Fly Machine s/recurso de casación

//la ciudad de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 28 días del mes de noviembre de 2003, se reúne la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, integrada por el doctor Juan C. Rodríguez Basavilbaso como Presidente y los doctores Liliana Elena Catucci y Alfredo Horacio Bisordi como Vocales, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto por la querella en esta causa nº 4951, caratulada: "Fly Machine s/recurso de casación", de cuyas constancias resulta:

1º) Que a fs. 319/321 y 322, los representantes legales de la Administración Federal de Ingresos Pùblicos de la Dirección General de Aduanas -Región Córdoba- y el Procurador Fiscal Federal requirieron juicio en contra de Gerardo González -socio gerente de la empresa Fly Machine S.R.L.- y de la citada sociedad, imputándole a cada uno de los nombrados el delito de contrabando documentado en grado de tentativa (arts. 871, 872, 864, inc. "b", y 865, inc. "f" en función del art. 863, del Código Aduanero).

2º) Que en la oportunidad prevista por el art. 354 del C.P.P.N., el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°1 de Córdoba declaró la nulidad de los citados requerimientos de elevación a juicio de fs. 319/321 y 322 y de todos los actos procesales que incluyeran a la empresa Fly Machine como imputada (confr. fs. 332/333). Para así decidir, entendió que con la ley 21.898 se ha instituido nuevamente el sistema de doble juzgamiento para el delito de contrabando en el art. 1026 del Código Aduanero, en el que se establece la sustanciación del proceso en sede judicial para la aplicación de penas privativas de libertad y en sede administrativa (Aduana) para la aplicación de las penas de carácter accesorio, previa sustanciación del sumario y una vez firme la sentencia condenatoria dictada en sede penal.

3º) Que contra el citado pronunciamiento, los representantes de la Aduana interpusieron el recurso de casación de fs. 338/346 vta., que fue concedido a fs. 347 y mantenido en esta instancia a fs. 358. Los querellantes consideran que el remedio casatorio es procedente por la causal prevista en el inc. 1º del

art. 456 del C.P.P.N., por errónea interpretación de la conducta imputada a la empresa que, si bien es la que se encuentra tipificada como contrabando documentado en grado de tentativa (arts. 871, 872, 864, inc. "b" y 865, inc. "f", en función del 863 del Código Aduanero), dicha calificación se aplicaría a las personas jurídicas en virtud de los arts. 94, ap. 2); 876, ap. 1), incs. "f", "g" e "i"; 887; 888; 1026 y 1121 del citado cuerpo. Asimismo, entienden los recurrentes que existió en el caso inobservancia de las normas que el código ritual establece bajo pena de nulidad en el inc. 2º del art. 456, pues la resolución impugnada contiene -según su juicio- una fundamentación aparente violatoria de lo prescripto en el art. 123 del citado ordenamiento formal, que la convierte en arbitraria y violatoria de las garantías constitucionales del debido proceso, defensa en juicio, legalidad, igualdad y razonabilidad.

4º) Que, respecto de la supuesta errónea interpretación y aplicación de la ley sustantiva (art. 456, inc. 1º del C.P.P.N.), la querella entiende que el tribunal oral ha desnaturalizado la figura haciéndole perder virtualidad y dejando el bien jurídico tutelado sin protección legal. En efecto, realizaría un análisis desacertado acerca del juzgamiento de la persona jurídica en sede penal y del sistema de la doble jurisdicción que rige al delito de contrabando, al sostener que las personas de existencia ideal no son pasibles de penas corporales y la responsabilidad pecuniaria que para ellas se desprende se refiere a la aplicación de multas por parte de la Aduana, previa sustanciación del sumario. En contraposición a este criterio, los impugnantes consideran que en determinados casos la ley ha otorgado responsabilidad penal a las personas jurídicas:

- a) Las Ordenanzas de Aduanas (ley 810, arts. 1027 y 1028) que les adjudicaban responsabilidad penal por hechos cometidos por sus representantes actuando en tal carácter;
- b) el mensaje de elevación de la reforma a la ley 11.281 (ley 21.898) expresaba que la responsabilidad penal aduanera de las personas jurídicas "se agregaba" a la de sus administradores y representantes legales;

c) el Código Aduanero (ley 22.415) siguió tal estructura en su art. 94, apartado 2), al establecer los requisitos para la inscripción de personas de existencia ideal en el Registro de Importadores y Exportadores (inc. d). Con idéntico criterio lo establece el art. 876, ap. 1, incs. f) y g), cuando dispone, como pena accesoria a la privativa de la libertad, la de inhabilitación especial;

d) la exposición de motivos de la ley 22.415, al referirse a lo establecido por el art. 888, señala que la responsabilidad de una persona de existencia ideal por la comisión de algún delito aduanero se extiende a sus directores, administradores y socios.... Por lo tanto, se desprende de tal norma que las personas jurídicas pueden ser condenadas por algún delito aduanero, para lo cual previamente debieron ser juzgadas en sede penal.

Con cita de doctrina y jurisprudencia (confr. fs. 342 vta./343), la querella sustenta su criterio respecto de la posibilidad de que las personas jurídicas tengan responsabilidad penal y, en consecuencia, puedan ser sujetos pasibles de la aplicación de penas en sede judicial.

Posteriormente, y una vez prevista la responsabilidad penal del ente ideal, se plantearía la situación de quién es la persona física que debe concurrir a prestar declaración indagatoria. En el presente caso, y al ser la empresa imputada una sociedad de responsabilidad limitada, su socio gerente sería quien está investido de potestades suficientes para representar al ente en el acto de prestar tal indagatoria (art. 58 de la Ley de Sociedades 19.550).

5º) Que, en cuanto concierne al agravio sustentando en la presunta inobservancia de las normas que el código ritual prevé bajo pena de nulidad (art. 456, inc. 2º del C.P.P.N.), los recurrentes consideran que el tribunal *a quo*, mediante una interpretación que carece de fundamentación y que afecta el debido proceso, sostiene que el sistema del doble juzgamiento para el delito de contrabando implica -en cuanto a la aplicación de penas accesorias- que el juez administrativo debe esperar la sentencia condenatoria firme.

Esa postura -según juicio de los recurrentes- resultaría contraria a lo previsto por el art. 1026 del Código Aduanero que otorga jurisdicción para el juzgamiento de los delitos de contrabando, en forma

conjunta, a la justicia y a la Aduana, reservando para la primera la aplicación de penas privativas de la libertad y las accesorias de naturaleza personal y, para la segunda, la aplicación de multas, comisos y accesorias de índole administrativa.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió sobre este tópico -doble jurisdicción- que sólo el órgano judicial competente tiene facultad para juzgar sobre la materialidad del ilícito y la individualización de los responsables. Asimismo, la Cámara Nacional de Casación Penal estableció que el citado art. 1026 otorga "jurisdicción a la autoridad judicial para la aplicación de las penas privativas de la libertad, mientras que a la autoridad aduanera le confía la aplicación de las penas fiscales accesorias previstas en el art. 876, ap. 1, en sus incs. a), b), c) y g), así como también en el inc. f) excepto en lo que se refiere a las fuerzas de seguridad". De ningún modo puede interpretarse que el contenido de la norma implique que las personas jurídicas no puedan ser pasibles de penas, sino que si se efectúa una interpretación literal de las previsiones contenidas en el Código Aduanero se deberá concluir en que la aplicación en sede judicial de las penas señaladas en el citado art. 1026, no se corresponden con las que fueron objeto de análisis en el fallo citado.

En conclusión, la querella entiende que la decisión del *a quo* equivocó la elección del plexo jurídico para fundar la declaración de nulidad de los requerimientos de elevación a juicio. En efecto, estima que la consideración jurídica de los hechos reconocidos es desacertada y desnaturalizaría la subsunción legal de la situación fáctica debatida en la causa. Las personas jurídicas tienen, según su criterio, la posibilidad de delinquir y el Estado no puede declarar su impunidad amparándose en el principio "societas delinquere non potest", sino que, por el contrario, debe sancionarlas aplicando las disposiciones del Código Aduanero, sin perjuicio de la responsabilidad individual que pueda corresponder a los miembros de tales entes ideales que hayan intervenido en la comisión del ilícito.

Y, en cuanto a la imposibilidad de aplicar penas a las personas jurídicas, se entiende -conforme lo ha sostenido la jurisprudencia (confr. fs. 346)- que no se pretende la imposición de penas privativas de libertad, mas resulta posible la aplicación en sede penal de las sanciones previstas en los arts. 876, ap. 1), incs. f), g) e i), 887 y 888 del citado código.

6º) Que, durante el término de oficina, el Fiscal ante esta Cámara (art. 466 del C.P.P.N.) hizo remisión a los fundamentos que expuso en oportunidad de dictaminar en la causa “Peugeot-Citroen s/recurso de casación” y, en consecuencia, solicitó la concesión del recurso de casación y la consiguiente validez de los requerimientos de elevación a juicio respecto de la empresa Fly Machine. En la etapa prevista por el art. 468 *idem* la querella presentó breves notas (fs. 387/388).

7º) Que, tras deliberar (art. 469 del C.P.P.N. y sometido el recurso a consideración del Tribunal, se plantearon y votaron por unanimidad las siguientes cuestiones: Primera: ¿Existe inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, o inobservancia de disposiciones procesales sancionadas bajo pena de nulidad en la decisión recurrida?. Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.

Primera cuestión

A) El agravio encauzado en el inciso 1º del artículo 456 del código de forma reposa en la supuesta interpretación y aplicación errónea de la ley sustantiva en que -a juicio de los impugnantes- habría incurrido el tribunal oral al entender que la ley aduanera prevé el sistema de doble juzgamiento para el delito de contrabando, según el cual deberá sustanciarse el proceso en sede judicial para la aplicación de las penas privativas de la libertad y en sede administrativa para la imposición de sanciones pecuniarias. A diferencia del criterio recientemente señalado, los recurrentes entienden que es posible adjudicar responsabilidad penal a las personas jurídicas pues éstas tienen la posibilidad de delinuir, y ante tal situación, si bien no pueden imponérseles las penas privativas de la libertad previstas en el citado ordenamiento, resultaría factible la aplicación en sede penal de las sanciones contempladas en los artículos 876, apartado 1), incisos f), g) e i), 887 y 888 del C.A.

La discusión está dirigida, entonces, a establecer si en sede penal puede imputarse a una persona jurídica -en el caso, la empresa Fly Machine S.R.L.- la comisión de un delito previsto en el Código Aduanero -en el supuesto de autos, contrabando documentado en grado de tentativa- y, en consecuencia, requerir la elevación a juicio en su contra y, finalmente, de resultar responsable penalmente, imponer -en la misma sede- las penas accesorias

previstas en los artículos citados precedentemente. Correspondrá -en esta primera cuestión- referir a los debates doctrinarios y a la postura que, sobre este tópico, ha adoptado la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Los recurrentes citan, en abono de su pretensión, las sucesivas leyes aduaneras que -según su criterio- han reconocido en determinados casos la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Asimismo, hacen referencia a la corriente doctrinaria que afirma categóricamente este criterio. Sin embargo, la interpretación que sobre el caso a estudio efectúa la querella no permite conmover el criterio que propugna -y que esta Sala considera acertado- la irresponsabilidad penal de los entes ideales y, en consecuencia, la imposibilidad de que sean sujetos pasibles de la aplicación de sanciones en sede judicial, interpretación que, en definitiva, es la que se desprende del precedente del Alto Tribunal “De La Rosa Vallejos”, que se analizará más adelante.

Nótese que, a poco que se repare en la lectura de las sucesivas leyes dictadas sobre la materia -citas por el recurrente y reseñadas en los puntos a), b), c), y d) del Considerando 4º de la presente- se observa que la persona jurídica es responsable penalmente en el delito de contrabando una vez que sus representantes han sido juzgados y condenados con pena privativa de la libertad en sede judicial, y sólo a partir de entonces y como consecuencia de su accionar pueden recaer sobre el ente ideal las sanciones penales previstas en el Código Aduanero, de carácter accesorio a la de prisión previamente impuesta.

Un argumento que ampara este criterio -contrario al expuesto por la querella- es la aplicación del principio “societas delinquere non potest” (la sociedad no puede delinuir), al que refiere el tribunal oral siguiendo la línea argumental de Chiara Díaz y Zaffaroni (confr. fs. 332 de la resolución impugnada), en cuanto a que las personas jurídicas no tienen capacidad de acción para cometer delitos pues la conducta jurídico-penal debe ser evaluada desde un punto de vista psicológico y no normativo, de lo que surge que el delito es una manifestación humana que puede ser atribuida sólo a una persona física, postura que se basa en la exigencia de identidad del delincuente y del condenado. Ahora bien, si carecen de capacidad de conducta, puede decirse que son, además, incapaces de culpabilidad y de pena.

Ello es así, pues si la aplicación de una sanción funciona como amenaza psicológica para quien comete un delito, no podría sostenerse que un ente ideal pueda ser objeto de comisión psicológica alguna. Por lo demás, la aplicación de una sanción a una persona de existencia ideal afecta el “principio de personalidad de la pena”, la que no puede ser impuesta a todos los miembros de la sociedad sino sólo al individuo que delinque, es decir, a las personas físicas que hubiesen intervenido en el hecho ilícito. En amparo de estos principios de derecho criminal, queda claro, entonces, que los delitos previstos en el citado ordenamiento aduanero pueden ser cometidos no por la persona jurídica sino por sus miembros, obviando el “interés” que haya tenido la sociedad en la comisión del suceso delictivo. Comparten esta doctrina Sebastián Soler, Eusebio Gómez y Luis Jiménez de Asúa (citados por Juan C. Bonzón Rafart en “Responsabilidad Penal e Infraccional de las personas jurídicas”, Ed. Depalma, Bs. As., 1993, página 9 y ss.).

Ahora bien, si por lo dicho no es posible la aceptación de la capacidad penal de una sociedad pues ello implicaría la derogación de los principios que rigen la acción, la imputabilidad, la culpabilidad y la pena, sí ha de tenerse en cuenta que resulta factible sancionar al ente ideal -sin perjuicio de la responsabilidad civil que se le atribuya- con penas o medidas de seguridad de carácter administrativo, que son las que el Código Aduanero contempla en el artículo 876, apartado 1, inciso g) e i) y 888, y que no son otra cosa que una consecuencia de la conducta de los órganos de estas personas colectivas (confr. Medrano, Pablo, “Delito de contrabando y comercio exterior”, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1191, página 147).

Por lo tanto, juzgadas en sede penal las personas físicas -en su carácter de órganos representantes del ente ideal- por la posible intervención en un delito aduanero -en el caso que nos ocupa, el de tentativa de contrabando documentado-, y dictado contra ellas el fallo que las condena a una pena privativa de la libertad, la posterior imposición de las penas accesorias que señalan los arts. 876, especialmente la del inciso “i”, 887 y 888 implica, sin más, la facultad administrativa otorgada por la ley al juez penal que previamente -en un juicio penal- ha resuelto la situación procesal de los representantes del órgano colectivo. Esta circunstancia de ningún modo debe confundirse con el juzgamiento

en sede penal de un ente ideal por la presunta comisión de un contrabando, toda vez que la pena principal prevista para ese delito no puede ser impuesta -por los argumentos anteriormente expuestos- a una sociedad sino a sus miembros que son las personas físicas a ella vinculada. Y la aplicación a la persona jurídica de las accesorias *ut supra* mencionadas son la consecuencia del obrar ilícito de sus representantes, y aún siendo impuestas en sede penal -según las pautas establecidas en el art. 876 del C.A.-, no pierden por ello su naturaleza meramente administrativa.

El criterio aquí apuntado referente, en definitiva, a la irresponsabilidad penal de la persona jurídica no obstante la doble jurisdicción (confr. Edwards, Carlos Enrique, “Régimen penal y procesal penal aduanero”, Ed. Astrea, Bs. As., 1995), es el que ha receptado la doctrina antes citada, en la que se enrola esta Sala. En igual sentido puede verse lo sostenido por esta Cámara en el precedente citado por el tribunal oral (Sala IV, “Villalba, Jorge Edgardo y otros s/recurso de casación”, Causa nº 3319, Registro nº 4802.4, resuelta el 14 de abril de 2003).

No puede dejar de mencionarse -aún cuando los recurrentes no lo consideren aplicable al presente caso- que sobre este punto en debate la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido pacíficamente que “en el régimen de la ley 21.898 existen dos géneros de ilicitudes, agrupados en las infracciones y los delitos aduaneros; los últimos no pueden ser considerados al mismo tiempo delitos e infracción, basándose en la distinción de las penas y sanciones que la ley prevé para los mismos. De tal manera, las sanciones del art. 196, a aplicar por la autoridad administrativa, son accesorias de la privativa de la libertad, a aplicar por los jueces, y en consecuencia dependientes de la existencia de ésta”. Ello es así, pues “la atribución de competencia a la Administración Nacional de Aduanas para la aplicación de las sanciones....., no responde a su jurisdicción en cuestiones de infracción aduanera, sino a su facultad administrativa de imponer ciertas consecuencias accesorias de la condena penal” (Fallos 305:246 y 254).

En la misma inteligencia y más recientemente, el Alto Tribunal, en Fallos: 323:637, ha sostenido que “del ordenamiento aduanero -arts. 876, apartado 1 y 1026- surge que las citadas sanciones son accesorias de la pena privativa de libertad, toda vez que

en materia de contrabando la sanción judicial a aplicar es independiente de la decisión del órgano administrativo” (en similar sentido, confr. Fallos C.S.J.N.: 321:2926). El citado precedente continúa diciendo que “ello es así, ya que el otorgamiento de la atribución de funciones jurisdiccionales a la autoridad aduanera depende de la ley, sin más limitaciones que las que surgen de los principios, garantías y derechos que la Constitución Nacional establece y consagra”. Por lo tanto, una vez más el precedente de la Corte Suprema mantiene la doctrina de la doble jurisdicción en materia de contrabando, anteriormente sentada en el fallo “De La Rosa Vallejos”, en lo que respecta a la aplicación en sede administrativa -A.N.A.- de las sanciones accesorias a las penas de prisión -de carácter principal- previamente impuestas en sede judicial.

Surge entonces, de todo lo hasta aquí expuesto, que la decisión del tribunal *a quo* que anuló los requerimientos de elevación a juicio respecto de la empresa Fly Machine S.R.L., así como los actos procesales que la incluyesen como imputada, ha sido ajustada a derecho, en tanto de recaer eventualmente condena sobre su socio gerente Gerardo González -órgano representante de ese ente ideal- en virtud de la imputación que obra en su contra (confr. fs. 319/321 y 322 en lo que a él respecta), la Aduana podrá imponer, previa sustanciación del correspondiente sumario, las sanciones que el artículo 876, apartado 1) del Código Aduanero establece como accesorias a la privativa de la libertad que -como se dijo- eventualmente se imponga a la persona física que actuó como órgano representante de la citada empresa.

B) De la lectura de la protesta encauzada en el inciso 2º del art. 456 del C.P.P.N. se observa que la querella pretende la revisión del fallo por supuesta falta de fundamentación que -a su juicio- ocasionalaría la arbitrariedad y la lesión constitucional del pronunciamiento dictado por el tribunal *a quo*. Sin embargo, se advierte que, en definitiva, introduce similar cuestionamiento al que planteó por la vía del inc. 1º del citado artículo, aunque esta

vez basado en la doctrina de la arbitrariedad por fundamentación aparente. Su pretensión es inadmisible, teniendo en cuenta que el tribunal oral ha ajustado su pronunciamiento a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación señalada en el punto A de esta sentencia, razón por la cual mal puede tacharse de arbitrario un fallo que ciñe su decisión a la jurisprudencia del Alto Tribunal, más allá de que la querella disienta -sin fundamentación suficiente- acerca de su aplicación al caso de autos y máxime cuando -como aquí ocurre- no se aportan nuevos o distintos argumentos que permitan conmover o apartarse del criterio expuesto específicamente por la Corte Suprema sobre el tópico que se ha debatido y resuelto *ut supra*.

Por todo lo expuesto, teniendo en cuenta que la resolución ha sido dictada conforme a derecho y a la jurisprudencia reseñada precedentemente, y que, por tanto, no puede ser impugnada con fundamento en la doctrina sobre arbitrariedad por fundamentación aparente o supuesta lesión constitucional, corresponde dar respuesta negativa a esta primera cuestión.

Segunda cuestión

En atención al resultado de la votación de la anterior, y de conformidad con los artículos 470 y 471 -a contrario sensu-, 530 y 531 del C.P.P.N., corresponderá rechazar, con costas, el recurso de casación interpuesto.

Por ello, el Tribunal RESUELVE: Rechazar el recurso de casación de fs. 338/346 vta., con costas, y, en consecuencia, confirmar la decisión impugnada.

Regístrese, notifíquese en la audiencia a designar y devuélvase al Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba.

Fdo: Juan C. Rodríguez Basavilbaso, Liliana E. Cattucci y Alfredo H. Bisordi. Ante mi: Javier E. Reyna de Allende, Secretario de Cámara.

Parte VIII. Ejecución de la pena

1. Sanciones disciplinarias

La **Dra. Virginia Sansone**, Defensora Pública Oficial de la Defensoría Oficial N°1 ante los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal, realizó una presentación ante el Juez de Ejecución Penal en el cual discutió la racionalidad de las rebajas sucesivas en la calificación impuesta a su asistido por el Servicio Penitenciario Federal y planteó la necesidad de la revisión jurisdiccional.

En la resolución, el Juez de Ejecución hizo lugar al planteo de la defensa, dejó en claro que la calificación conceptual no era meramente subjetiva y se encontraba sujeta a valoración judicial. Además, instó al Fiscal Subrogante de Ejecución Penal actuante en la causa a presentar recurso de casación para que la cuestión sea finalmente resuelta por el Tribunal y así lograr una jurisprudencia rectora en la materia.

2. Reincidencia

El **Dr. Jorge Perano**, Defensor Público Oficial de Ejecución Penal ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de la ciudad de Córdoba, mediante Recurso de Casación planteó la inconstitucionalidad del artículo 14 CPN por resultar violatorio de los principios de culpabilidad, *ne bis in idem* y derecho de defensa.

Por su parte, la Cámara Nacional de Casación Penal, si bien consideró inoficioso el tratamiento referido a la inconstitucionalidad del art. 14 CP, resolvió hacer lugar al recurso y devolvió las actuaciones para que se resuelva la libertad condicional solicitada por la defensa a pesar del carácter reincidente del asistido.

Contesto traslado

Señor Juez:

Virginia Sansone, Defensora Pública Oficial de la Defensoría Oficial N°1, ante los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal, en el legajo de epígrafe, ante V.S. me presento y respetuosamente digo:

Vengo por la presente a contestar el traslado conferido a fs. 210, en el marco de la incidencia de control de las calificaciones de Alejandro San Martín. Atento a la manifiesta arbitrariedad de la calificación conceptual de mi defendido, solicito a V.S. lleve a cabo un reajuste de la misma de conformidad con la ley. Mi petición encuentra fundamento en los argumentos que expondré a continuación.

Previo a abocarme a ellos, remarco la dilación que ha operado en la incidencia, la cual comenzó en el mes de septiembre de 2007 a raíz de la primera apelación conforme el art. 55 de la ley 24.660 hecha por San Martín, de la cual esta defensa tomó conocimiento al dársele intervención en el mes de agosto del corriente año. Naturalmente, a medida que el tiempo transcurre, a mi asistido se lo califica trimestre tras trimestre. Los últimos informes agregados corresponden al período de septiembre de 2009, cuando en diciembre volvieron a modificarse sus guarismos. Pero es mi voluntad evitar mayores dispendios que retrasen vuestra resolución; por ello, adjunto en este acto copia del acta de calificación actual de San Martín, en la cual constan los mismos argumentos de rebaja de guarismos expuestos en el informe previo. Nótese que mi asistido, a través del escrito que acompaña, apeló nuevamente su calificación. Por esta razón, me valdré de múltiples elementos agregados al legajo a fin de pronunciarme.

Ahora bien, en primer lugar, cabe reparar en el registro de calificaciones de mi asistido a lo largo de su detención, sobre todo desde su incorporación al régimen de condenado.

Surge de las actuaciones agregadas que San Martín ha incrementado progresivamente su conducta, la cual desde el trimestre correspondiente a diciembre de 2007 es de diez puntos (10), y nunca le ha sido impuesta una sanción (fs. 189). Sin embargo, el problema reposa en cuanto a su concepto, el cual ha sido reiterado seis veces con cinco puntos; luego se le disminuyó un punto que pudo recuperar mediante una recalificación; se reiteró dos veces más; y finalmente volvió a disminuirse un punto en junio de 2009 (ver fs. 189/vta). Al recurrir este último guarismo, el Consejo Correccional inclusive le rebajó un punto más finado su concepto en tres (3), el cual fue repetido en septiembre de este año. Por último, en el último trimestre correspondiente al mes de diciembre San Martín obtuvo como guarismo dos (2) puntos, efectuándose de este modo, una nueva disminución.

Cabe entonces controlar todas estas rebajas sucesivas en sede judicial, a fin de determinar si las mismas son conformes al desempeño de mi asistido. Este requerimiento se funda en los artículos 3º y 4º, apartado a) de la Ley 24.660, en cuanto disponen que *“La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial...”* y que *“Será de competencia judicial durante la ejecución de la pena: a) Resolver las cuestiones que se susciten cuando se considere vulnerado alguno de los derechos del condenado...”*.

La citada normativa legal regula el proceso de “judicialización” de la ejecución

de la pena, en cuanto significa que “...*todas las decisiones de esta etapa procesal que impliquen una alteración de la determinación de la pena [...] sean tomadas por un juez [...] que aplique para la toma de decisión un proceso respetuoso de los principio del derecho procesal penal...*” (Salt, Marcos Gabriel, “Los derechos fundamentales de los reclusos en la Argentina”, pág. 261/268). Éste es el mecanismo procesal para garantizar y asegurar el adecuado control de la administración penitenciaria, así como también la vigencia de las garantías de las personas privadas de libertad, previstas en la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos y las leyes.

Así se expidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 9 de marzo de 2004, en la causa “*Romero Cacharane*”, manifestando que “...*el principio llamado de “judicialización” significó, por un lado, que la ejecución de la pena privativa de la libertad y, consecuentemente, las decisiones que al respecto tomara la autoridad penitenciaria debían quedar sometidas al control judicial permanente, a la par que implicó que numerosas facultades que eran propias de la Administración requieran hoy de la actuación originaria del juez de ejecución...*” (Voto del Dr. Fayt, considerando 4).

Cabe destacar que el artículo 101 de la ley 24.660 establece que “...*se entenderá por concepto la ponderación de su evolución personal de la que sea deducible su mayor o menor posibilidad de adecuada reinserción social...*”. Tal ponderación sólo puede llevarse a cabo sobre la base del **cumplimiento de los objetivos fijados** a los internos por las autoridades penitenciarias en el Programa de Tratamiento Individual.

Por lo tanto, corresponde analizar los informes agregados y evaluar si el cumplimiento de los objetivos se refleja en la calificación de concepto de mi asistido; específicamente en cuanto a la educación y al trabajo dentro del ámbito carcelario, por ser estos los únicos exigidos con obligatoriedad (arts. 5 y 135 de Ley N°24.660).

Previo a adentrarme en forma específica a los informes de estas áreas, traigo a la luz que **todos los objetivos de educación y de trabajo son efectivamente cumplidos por San Martín desde hace un largo tiempo**. Sin perjuicio de ello, su concepto, tal como señalé, fue disminuido hasta fijarse en dos (2) puntos. Corresponde analizar los argumentos de la administración penitenciaria mediante los cuales intentan validar esta acción.

De los informes surge que las áreas de Seguridad Interna, Asistencia Social, y Asistencia Médica determinaron que mi asistido no ha cumplido los objetivos impuestos. Veamos una por una:

Seguridad Interna A fs. 154 surge un informe que determina lo siguiente: “**Dirección Módulo Residencia V** informa: Higiene personal BUENA, Objeto de uso BUENO, Alojamiento BUENO, ACTIVIDADES: Recreativas las programadas para el pabellón en forma regular, correctivos disciplinarios NO. Por lo informado precedentemente esta dirección considera que el interno causante cumple satisfactoriamente con los reglamentos carcelarios”.

Sin embargo, a fs. 160/vta se informa que San Martín “no registra correctivo disciplinario. No obstante Seguridad de este Módulo que lo aloja considera

que no ha cumplido con los objetivos previstos para dicha área, conforme se desprende del Acta de Notificación de calificación". De este acta solo surge una cruz en el casillero correspondiente a "no cumplido", pero no se explica por qué. Además, al ver los objetivos de dicha área a fs. 163, es manifiesto que todos ellos fueron cumplidos por San Martín, según se acredita a fs. 154. Por lo tanto las reducciones conforme este área son arbitrarias.

Además, con respecto a lo manifestado por el Director del Módulo de Residencia I ante vuestros estrados (fs. 200), acerca de que San Martín ha sido mentor de los reclamos del grupo, me remito a lo expuesto a fs. 203 en honor a la brevedad. Simplemente agrego que si dichos reclamos hubiesen sido por medios violentos se le hubiese impuesto una sanción, lo cual no sucedió.

Asistencia Médica

A fs. 173 surge que mi asistido no ha cumplido sus objetivos de esta sección, sin explicarse por qué. El fundamento emana de la declaración testimonial del Director Médico del C.P.F. N°2 ante vuestros estrados (fs. 199). En dicha oportunidad, al preguntársele por el incumplimiento del área médica, manifestó que aunque el interno realiza el tratamiento, "se ha evaluado que aún no hay reflexión suficiente de su situación".

Tal como lo expuse a fs. 203, conforme el art 5 de la ley 24.660, los tratamientos de Asistencia Médica no son obligatorios –aunque mi defendido lo realiza-. Además, el art. 62 del Decreto 396/99 no dispone, entre las divisiones que conformarán la calificación de concepto, a la División de Asistencia Médica. Por lo tanto, sin perjuicio de que el motivo de "falta de reflexión suficiente de su situación" sea verdaderamente absurdo, y que mi defendido cumple los objetivos de fs. 163, **estos objetivos ni siquiera deben ser tenidos en cuenta a fin de determinar el concepto.**

Área Asistencia Social

A fs. 180 constan los objetivos impuestos por dicha área: 1) fomentar y afianzar vínculos familiares; y 2) lograr una "*progresiva instancia de reflexión autocritica en relación a su accionar delictivo, mediante entrevistas en forma individual*". No obstante consta a fs. 160 y 180 que San Martín cumple el primero de ellos, **no se entiende qué tiene que ver el segundo objetivo con respecto al área de Asistencia Social**. Del capítulo 12 (arts. 168 y ss) de la ley 24.660 surgen en forma clara y precisa las materias a las cuales se abocará dicha división, y no se desprende de estas la necesidad de que el interno reflexione acerca de su accionar delictivo. En todo caso, eso deberá tratarse mediante la asistencia psicológica que se le otorga a mi defendido en el Complejo, pero no a Asistencia Social. Por lo tanto la rebaja por el incumplimiento de este segundo objetivo también es absolutamente arbitraria.

Por lo tanto, atento a todo lo dicho, solo resta observar el cumplimiento de los objetivos de educación y de trabajo a fin de determinar si las disminuciones fueron razonables.

A este fin, simplemente me remito a los informes de fs. 154, 160, 167, 169, 190 y 211. A través de todos ellos queda acreditado que mi defendido siempre ha cumplido sus objetivos laborales y educativos.

Por todo lo visto, todas las rebajas efectuadas a la calificación de concepto de

San Martín fueron arbitrarias. Según él mismo lo manifestó, ello se debe a represalias que ha tomado el servicio penitenciario en su contra a raíz de ciertas denuncias que realizó.

Pero no cabe ahondar en esta cuestión en la presente instancia, sino que V.S. debe corregir la actuación arbitraria de la administración penitenciaria y fijar judicialmente las calificaciones de concepto y la fase de la progresividad penitenciaria por la que mi asistido transita.

Si no hubiese sido por estas reducciones irrationales, mínimamente mi defendido debería tener cinco (5) puntos de concepto. Pero todo el tiempo perdido en su progresividad por las repeticiones y disminuciones amerita tener un guarismo mayor. Ello, porque podría haber avanzado en el régimen de progresividad, porque **cumplió todos los objetivos** que debía obedecer. Por eso, pediré siete puntos de concepto y su incorporación al período de prueba.

Por lo dicho, y lo expuesto a fs. 203 a lo cual me remito para mayor fundamentación, solicito a V.S. reconsiderar las calificaciones de Alejandro San Martín, eleve su concepto a siete (07) puntos, y ordene su incorporación al período de prueba.

Proveer de conformidad que,

Será Justicia.-

///nos Aires, 12 de marzo de 2010.-

Y VISTOS:

Para resolver la situación del interno condenado **JAIME ALEJANDRO SAN MARTÍN**, en el presente legajo nro. 9527 del registro de la Secretaría única, de este Juzgado Nacional de Ejecución Penal nro. 3,

RESULTA:

Que, en ocasión de la entrevista personal mantenida con el suscripto el día 26 de agosto de 2009, el interno de referencia manifestó su disconformidad con la negativa calificación conceptual que registraba y la consecuente aplicación del Régimen Penitenciario Progresivo. Expresó que cumplía con todos los objetivos previstos en el Programa de Tratamiento Individual y, sin embargo, la autoridad administrativa injustificadamente no reflejaba tal circunstancia en su situación (vid. fs. 153).

Que el día 10 de septiembre siguiente el causante fue nuevamente recibido en audiencia, oportunidad en la que expresó que durante el tercer trimestre de 2009 había sido reducida aún más su calificación conceptual, imputándosele falsamente el incumplimiento de objetivos propuestos en el marco del programa de tratamiento (vid. fs. 174).

Que el día 21 de septiembre de 2009 fue presentada en el legajo una fundada resolución dictada por el señor Procurador Penitenciario de la Nación, mediante la que aconsejó al señor Director del C.P.E. II que, a través del consejo correccional de ese establecimiento, se aumente la calificación conceptual del interno San Martín (vid. fs. 181/185).

Que al dársele intervención a la Dra. Virginia Sansone, titular de la Defensoría Oficial de Ejecución Penal nro. 1, requirió la producción de una serie de medidas probatorias, siendo que las declaraciones testimoniales solicitadas fueron prestadas el día 16 de noviembre de 2009 (vid. fs. 199/201).

Que los días 20 de noviembre y 18 de diciembre de

2009, la señora Defensora Oficial solicitó la intervención jurisdiccional para revisar los actos administrativos dictados por el Consejo Correccional del C.P.E. II en relación a la calificación conceptual que le fue asignada a su asistido y a la aplicación del Régimen Penitenciario Progresivo. Alegó que la actuación del mencionado consejo correccional resultaba arbitraria, en tanto que no existía fundamento alguno para que San Martín no pudiera acceder a estadios superiores del referido régimen. Realizó un pormenorizado detalle acerca de la prueba informativa y testimonial obtenida y desarrolló un concreto análisis acerca del cumplimiento de cada uno de los objetivos que le fueron propuestos al causante en el Programa de Tratamiento Individual (vid. fs. 203/204 y 213/216).

Se le dio intervención al Ministerio Público, siendo que el día 27 de noviembre de 2009 presentó el señor Fiscal subrogante de Ejecución Penal su dictamen. Impetró el rechazo de la pretensión expuesta por su contraparte, en la inteligencia de considerar que la calificación conceptual sólo puede ser ponderada *“...en la cotidianidad, por los agentes que se encuentran en permanente contacto con el interno, circunstancia ésta contemplada al momento en que el Consejo Correccional resolvió la apelación del encausado”* (vid. fs. 206/vta.).

Que el día 12 de febrero del presente año, fueron recibidos en esta sede los informes realizados por los profesionales del Cuerpo Médico Forense, respecto del examen que, sobre el causante, había sido solicitado por el suscripto como medida previa a resolver (vid. fs. 222/228).

Así las cosas, siendo que no resta la producción de ninguna medida probatoria y habiendo sido oídas las partes, la presente incidencia se encuentra en condiciones de ser resuelta, de conformidad con lo previsto en el art. 491 del Código Procesal Penal de la Nación.

Y CONSIDERANDO:

Al momento de intervenir, el Dr. Andrades afirmó que no resulta posible para esta judicatura evaluar

la razonabilidad y legalidad de la calificación conceptual del interno, desde que sus parámetros de valoración sólo pueden ser obtenidos a través del contacto personal y periódico que mantenga el personal penitenciario con aquél.

Habré de disentir profundamente con tal apreciación, puesto que implica un liso y llano desconocimiento de, por un lado, las facultades que posee esta judicatura y, por el otro, del principio rector que goberna todo proceso de ejecución penal. Cuando fue sancionada la ley 23.984 modificadora del régimen procesal penal, el Legislador creó la figura del juez de ejecución penal con el claro y singular propósito de judicializar el control y la supervisión del cumplimiento de las penas impuestas por los juzgados y tribunales de juicio. Así, y entre otras muchas potestades particulares, el art. 493, inc. 1) el Código Procesal Penal de la Nación es suficientemente preciso al establecer que el juez de ejecución penal tendrá competencia para “controlar que se respeten todas las garantías constitucionales y tratados internacionales ratificados por la República Argentina, en el trato otorgado a los condenados...”. Poco tiempo después, fue sancionada la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (ley 24.660), que brinda mayor justicia a la cuestión de prever en su art. 3 que “*La ejecución de la pena privativa de la libertad, en todas sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial...*” –el subrayado es propio-, ampliando en su art. 4, inc. a), en cuanto a que “*Será de competencia judicial durante la ejecución de la pena: ... Resolver las cuestiones que se susciten cuando se considere vulnerado alguno de los derechos del condenado...*” –el subrayado es propio-. En este sentido, se expresó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el ya famoso fallo “Romero Cacharane”, del 9 de marzo de 2004, al establecer que “*...el principio llamado de judicialización significó, por un lado, que la ejecución de la pena privativa de la libertad y, consecuentemente, las decisiones que al respecto tomara la autoridad penitenciaria debían quedar sometidas al control judicial permanentemente, a la par que implicó que numerosas facultades que eran propias de la administración requiera hoy de la actuación originaria del juez de ejecución...*” –el subrayado es propio-.

De tal modo, y mediante su dictamen, el señor Fiscal subrogante desconoce el principio de judicialización que rige en la presente etapa del proceso penal, al pretender que existen ciertos espacios de actuación administrativo-penitenciaria que no se

encuentra sujetos a ningún tipo de control de legalidad. Al respecto, debo necesariamente afirmar que, en principio, *todo* acto llevado a cabo por la autoridad directa de aplicación es revisable en esta instancia jurisdiccional e, incluso, modificable, si es que se advierte la afectación de un derecho de la persona privada de su libertad.

Es legalmente evidente que los actos administrativos por los que el interno es calificado y la consecuente aplicación del Régimen Penitenciario Progresivo son susceptibles de ser modificados por el juez de ejecución, por cuanto eventualmente pueden implicar la afectación de derechos del condenado relativos a la posibilidad de lograr la reinserción social, recibir el tratamiento adecuado conforme su personalidad, intereses y necesidades, permanecer alojado en el establecimiento o en el sector correspondiente a su situación y, lo que resulta determinante, optar por los distintos modos de cumplimiento alternativo al encierro carcelario que la ley prevé. Tanto las calificaciones de conducta y concepto como la aplicación del Régimen Penitenciario Progresivo implican la asunción de actos administrativos que constituyen el fundamento de la determinación cualitativa de la pena y, por lo tanto, resulta impensable que se encuentren ajenos al control jurisdiccional.

Por otra parte, parece desprenderse del dictamen fiscal el criterio de que la valoración conceptual es puramente *subjetiva* cuando, en realidad y si es que nos atenemos al concepto legal de *judicialización* de la ejecución penal, los parámetros de ponderación deben necesariamente ser *objetivos*. Lo subjetivo es inverificable, irreversible, inoponible y hasta en ocasiones arbitrario, todos extremos que no se compadecen con el control y la supervisión que esta judicatura está obligada a realizar.

El art. 62 del Reglamento de las Modalidades Básicas de la Ejecución (decreto del P.E.N. nro. 396/99) brinda una pauta clara en cuanto a la fundamentación del acto administrativo mediante el que se califica conceptualmente a un interno, siendo que de sus cuatro incisos se extraen puntos de valoración medianamente objetivos relacionados con la actitud del interno en relación al cumplimiento de los fines que le fueron propuestos al momento de ser elaborado y actualizado el Programa de Tratamiento Individual. Justamente, y a los efectos de eliminar en la mayor proporción posible cualquier

atisbo de subjetividad y, al mismo tiempo, asegurar la aplicación práctica del principio constitucional de legalidad que, en la faz ejecutiva, se traduce en la implementación de *reglas claras* en el Régimen Penitenciario Progresivo, la razonabilidad del acto administrativo calificador de concepto va a ser mensurada mediante la equivalencia o la discordancia de los objetivos que figuran en el mencionado programa de tratamiento y las actividades realizadas por el causante en procura de su cumplimiento.

En base a lo expuesto, he de coincidir con los argumentos reseñados por la esforzada defensa oficial en sus presentaciones, toda vez que, de los elementos probatorios colectados en el legajo, resulta que lo actuado por la administración carcelaria en el caso del interno San Martín afecta sensible e irrazonablemente sus derechos a lograr la aplicación de un tratamiento de reinserción social adecuado, de incorporarse al sistema progresivo que prevé la ley y, claro está, de optar en su momento por cumplir la condena impuesta mediante una modalidad alternativa al encierro carcelario.

La situación del causante es la siguiente: registró calificación de conducta ejemplar (10) y concepto bueno (5) desde el primer trimestre de 2007 hasta el primer trimestre de 2008; conducta ejemplar (10) y concepto regular (4) durante el segundo trimestre de 2008; conducta ejemplar (10) y concepto bueno (5) desde el tercer trimestre de 2008 hasta el primer trimestre de 2009; conducta ejemplar (10) y concepto regular (4), desde el segundo trimestre de 2009 hasta el tercer trimestre del mismo año; actualmente registra conducta ejemplar (10) y concepto malo (2). Asimismo, el 8 de marzo ppdo. se recibió en esta sede una desesperada presentación manuscrita del interno, explicando que intempestivamente y sin mediar razón alguna, ha sido modificado su lugar de alojamiento y que actualmente se encuentra ubicado en un sector de ingresos del C.P.F. II, alejado de su pares con quienes compartía la misma condición homosexual y que, además, ha sido privado de atención médica, como así tampoco es autorizado a continuar sus estudios de música. Reclamó por su integridad física, expresando concreto temor en relación a la población carcelaria y solicitó, por ello, su reubicación en un sector específico del C.P.F. I (vid. fs. 231/4).

Ahora bien, y tal como fuera prolijamente expuesto por la señora Defensora Oficial, habré de subdi-

vidir el acápite conforme cada uno de los objetivos y las actividades realizadas por el interno en función de su cumplimiento.

Seguridad Interna.

El interno San Martín ha observado con absoluta regularidad los reglamentos carcelarios, a tal punto que no se tiene noticia de que se le haya impuesto ningún correctivo disciplinario durante toda su detención. Tal circunstancia encuentra un seguro reflejo en la calificación de conducta ejemplar (10) que se le hay venido asignando durante todos los trimestres.

Asimismo, la Dirección de Módulo de Residencia V informó en relación al penado lo siguiente: “Higiene personal BUENA; Objetos de uso BUENO; Correctivos disciplinarios NO. Por lo informado precedentemente, esta dirección considera que el interno causante cumple satisfactoriamente con los reglamentos carcelarios” (vid. fs. 154).

No obstante ello, se comunicó que San Martín no ha cumplido con los objetivos previstos para dicha área, conforme se desprende del Acta de Notificación de Calificación (vid. fs. 160/vta.). La contradicción es palmaria, desde que no se entiende qué es lo que debió haber hecho u omitido el interno para merecer, desde esa área, una mejor calificación conceptual, puesto que, tal como quedó reseñado, el nombrado no registra ninguna sanción disciplinaria y no existe tampoco ninguna observación negativa en relación al cumplimiento de los reglamentos carcelarios.

La cuestión queda resuelta desde la declaración testimonial que, a solicitud de la señora Defensora Oficial, prestó el Subprefecto director del Módulo de Residencia I del C.P.F. II, quien afirmó que “... el interno ha sido partícipe encubierto de ciertas circunstancias ocurridas en el módulo donde se lo aloja, consistente en la realización de sendas peticiones formuladas por un grupo importante de internos en donde se cuestiona el régimen imperante en tal módulo. Preguntado que fue acerca de la opinión favorable que, en su momento, se brindó desde el área en torno a la actuación del interno, el funcionario respondió que “... San Martín había observado cierta mejoría en su actuar pero que, con posterioridad, acentuó esta circunstancia de convertirse en el mentor de los reclamos generalizados” (vid. fs. 200/vta.).

De tal modo, es evidente que, desde el área relativa a la Seguridad Interna, San Martín mereció una calificación negativa por ejercer su derecho constitucional a peticionar ante las autoridades por haber sido considerado el “mentor” de reclamos generalizados realizados por los internos. He conocido al interno a través de las audiencias personales que fueron mantenidas con él y puedo asegurar que su intelectualidad y capacidad de razonamiento es superior a la media de la población carcelaria; de ello, cabe colegir que la autoridad carcelaria no tolera a quien instruye a los demás presos en el reclamo por el ejercicio de sus derechos y, como consecuencia, lo castiga elíptica e indebidamente a partir de una reducción de su calificación conceptual, impidiéndole además acceder a la progresividad del régimen.

Cabe aclarar que debo tener por cierto que tales reclamos fueron realizados en un debido marco legal ya que, de no haber sido así, la actuación de San Martín habría merecido la imposición de un correctivo disciplinario, conforme lo previsto en el art. 16, inc. h), del Reglamento de Disciplina para los Internos –dec. P.E.N. nro 18/97-, en cuanto tipifica la conducta del interno que formule peticiones o reclamos de modo incorrecto. Más allá de la dudosa constitucionalidad de esta norma reglamentaria, San Martín no registra ni una sola sanción disciplinaria, por lo que lo actuado por el área de Seguridad Interna en relación a la valoración de su calificación conceptual es, a todas luces, irracional y arbitrario.

Asistencia Médica

La señora Defensora Oficial, Dra. Sansone, solicitó que no se tenga en cuenta lo actuado por el responsable de la División Asistencia Médica, en el entendimiento de que el art. 62 del decreto 396/99 no incluye a tal área entre los integrantes del Consejo Correccional que deben ponderar la calificación conceptual de los internos.

En este punto, no habré de coincidir con la presentante ya que, si bien es cierto que la referida norma reglamentaria no prevé la intervención de la División Asistencia Médica en la cuestión calificatoria, lo cierto es que su actuación se convierte en imprescindible, desde que uno de los objetivos que le fueron fijados a San Martín en el Programa de Tratamiento Individual consistió en el “*Participar de la asistencia programada demostrando compromiso activo responsabilidad. Participar de las entrevistas periódicas en forma individual y/o grupal, con la frecuencia y modalidad que la División Módulo Médico Asistencial determine*” (vid. fs. 163/4).

Más allá de la flojedad y laxitud que se trasunta del mencionado objetivo fijado por la autoridad penitenciaria, no me parece irrazonable ni arbitrario que a un interno condenado por un delito de agresión sexual se le ofrezca la realización de un tratamiento psicológico ligado con tal problemática. Es que, justamente, el tratamiento de reinserción social es individual y consiste en que el Estado –representado por la autoridad penitenciaria- le proponga al interno la adquisición de las herramientas que sean necesarias para lograr la mentada reinserción. Cada interno, conforme su Historia Criminológica y su evolución posterior, necesitará la aplicación de un tratamiento diferenciado en función de su situación personal, social, laboral, psicológica, etc. por lo que, teniendo en consideración el hecho atribuido a San Martín, no me parece desacertado que, cuanto menos, exista una figuración en su programa expresamente relativa al tratamiento psicológico.

Aclarada tal diferencia, se nos ha hecho saber que “*...con regularidad se mantienen entrevistas con el interno, durante las mismas no ha presentado sintomatología psicótica o depresiva, manteniendo curso y contenido de pensamiento normal, compensado en su funciones psíquicas, orientado en tiempo y espacio, con conciencia de situación... Se informa que actualmente el interno se encuentra realizando tratamiento psicológico*” (vid. fs. 169).

Nuevamente, nos encontramos ante la contradicción de que, según lo informado, San Martín realiza la actividad propuesta en el Programa de Tratamiento Individual y cumple con el objetivo específico allí fijado; no obstante ello, el responsable del área médica del establecimiento carcelario valoró negativamente, si fundamento alguno, la calificación conceptual del nombrado.

Otra vez la situación se ilumina desde la declaración testimonial que, también a solicitud de la defensa oficial, prestó en esta sede el señor Director Médico del C.P.F. II. En tal ocasión, el funcionario refirió que “*...durante los años 2007 y 2008 San Martín recibía terapia individual y participaba de talleres de cines pero que, con posterioridad, solamente se le ofrecen sesiones individuales que se llevan a cabo cada quin-*

ce días o un mes...”. Interrogado al respecto, explicó que de la historia clínica surge que el nombrado “...ha sido asistido el 21 de septiembre, 14 de octubre el día 4 de noviembre...”. Asimismo, y preguntado que fue en relación a los motivos por los que el causante se encuentra en situación de incumplimiento respecto del objetivo propuesto, respondió que “...el interno se somete a tratamiento pero desde esa área se ha evaluado aún que no hay reflexión suficiente de su situación...” (vid. fs. 199/vta.).

De lo expuesto, cabe concluir que el interno cumple el objetivo fijado desde el área médica, ya que realiza el tratamiento psicológico en la medida en que éste le es ofrecido, siendo que, de modo inadvertido y sin que figure en el Programa de Tratamiento Individual, ahora se le exige la verificación de un resultado determinado y por ello su concepto es negativo. Como se recordará, el interno sólo debía *participar* de la asistencia psicológica que se le pudiera brindar, pero la fundamentación de su calificación conceptual responde a un parámetro de valoración que no figura en el mencionado programa. Lo actuado rompe literalmente con todo lo relativo al principio constitucional de legalidad y demás garantías, ya que se le dice al interno que habrá de ser valorado en función de una cuestión determinada y, sin aviso previo, el parámetro de ponderación es otro. Todo ello, sin que nada figure en la fundamentación del acto administrativo objeto de crítica, al punto de ser descubierto merced a la tozuda pretensión de la defensa oficial que, con justicia, obligó a esta judicatura a adentrarse en la cuestión produciendo una serie inusual de medidas probatorias que, como fuera dicho, incluyeron la declaración testimonial de algunos de los integrantes del Consejo Correccional del C.P.F.II.

Más allá de que, en principio, el proceso de ejecución penal no se encuentra dirigido a *producir modificaciones en la personalidad* de los internos, lo cierto es que, en el caso de los agresores sexuales, eventualmente podría tolerarse la fijación de un objetivo que implique un resultado determinado del tratamiento psicológico suministrado, siempre que ello figure en el Programa de Tratamiento Individual y pueda ser objeto de fundada mensuración profesional. La autoridad carcelaria ha sido tan displicente, que sólo le reclamó a San Martín su participación en el tratamiento psicológico, pero luego pretende fundar su calificación negativa en base a

un resultado que, como fuera expuesto, no aparece como uno de los objetivos del programa.

Todo ello ni siquiera alcanza para determinar que San Martín haya recibido la herramienta apropiada en relación a haber sido considerado un agresor sexual. No puede sostenerse con seriedad que el Estado Nacional pretenda reinsertar socialmente a un agresor sexual mediante la provisión de cortas sesiones psicológicas que tienen lugar cada veinte días y que no exista aún un programa de tratamiento sistemático, verificado en su consistencia y resultados, dedicado a solventar esta problemática. Al respecto, y con motivo de un luctuoso suceso en el que se hallaría involucrado un interno incorporado al régimen de Salidas Transitorias por esta judicatura, la Dirección Nacional del S.P.F. prontamente se presentó en los medios públicos de difusión para asegurar que se había elaborado el “Programa de Tratamiento para Internos Condenados por Delitos de Agresión Sexual en las Unidades del Servicio Penitenciario Federal” –S.P.F., Boletín Público Normativo; Año 16, Nro. 325; Expte. Nro. 22.440/2009/D.N.; Resolución D.N. 916), pero, tal como fuera expuesto por el señor Director Médico del C.P.F.II en su declaración testimonial, “...en la actualidad el programa no se encuentra en práctica sino que está en la etapa preliminar de capacitación de los profesionales...” La misma conclusión ha sido informada oficialmente en otras incidencias traídas a mi conocimiento. Llevo casi dieciocho años ligado funcionalmente al proceso de ejecución penal y, con pesar, debo decir que jamás ha existido un programa serio de atención y tratamiento a los agresores sexuales en el ámbito carcelario federal y, a las pruebas me remito, dudo mucho de que ello alguna vez ocurra.

Como fuera, y de retorno al asunto tratado, la supuesta ausencia de reflexión suficiente no puede ser encuadrada en el incumplimiento de ninguno de los objetivos propuestos ya que, insisto, se trata de una regla que no figura en el Programa de Tratamiento Individual. De todas maneras, el acto administrativo debiera estar acabadamente fundado, y más si se trata de impedir el ejercicio de los derechos que la ley concede a quienes acceden a la progresividad del régimen; no se ha explicado en qué consistió concretamente el tratamiento terapéutico, cuáles eran las áreas que el interno no quiso abordar, si evidenció oposición o no en relación a ciertos temas tratados, si se acreditó o no compromiso con la terapia y

con su resultado, cuál era el pronóstico, si se realizaron o no test indicativos y, en su caso, el resultado de los mismos; en fin, todas aquellas particularidades que contribuyen a fundar en cuestiones técnicas y de hecho tal acto administrativo. Es evidente que, en relación a este tópico, la autoridad penitenciaria ha actuado de manera irregular y arbitraria, provocando la indebida afectación de los derechos que la ley le acuerda al condenado.

No obstante, y pese a que esta judicatura aún no puede contar con el Cuerpo Interdisciplinario creado en la ley 24.050 dictada hace casi veinte años, se solicitó la intervención en el caso del Cuerpo Médico Forense para que, a través de un examen sobre el interno, fueran suplidas las deficiencias, cuanto menos, informativas en las que incurrió la autoridad penitenciaria.

Así, fueron agregados al legajo los informes producidos por el Dr. Rudelir y por la Lic. Chicato, de los que se extrae que “...Las facultades mentales de San Martín... encuadran dentro de los parámetros considerados como normales, desde la perspectiva médico legal...” y que “...Al momento actual se presenta compensado, manifestando una buena predisposición a continuar los tratamientos que viene llevando a cabo, que según refiere contribuyen a la estabilidad de su estado psíquico...” –el subrayado es propio-. Asimismo, la mencionada licenciada en psicología destacó que el nombrado “...evidencia un trastorno de personalidad de corte psicopático con afectación importante en la esfera psicosexual...” y que “...Evidencia autocrítica incipiente a nivel manifiesto...”. Concluyó estableciendo que “...el examinado requiere de un tratamiento prolongado focalizado en la problemática que ha dado lugar a la presente causa, en tanto, la evaluación del pronóstico de reincidencia, requerirá de la integración de todos los elementos de prueba existentes... y factores sociales, familiares, ambientales preponderantes en el entorno del examinado, además de la persistencia o no de los vínculos familiares que pudieron haberse visto involucrados en su momento...” –el subrayado es propio-, extremo que se compadece con el hecho de que el causante fue condenado por haber sido considerado autor de un delito de agresión sexual cometido en contra de quien, en ese entonces, era su cuñada.

Si se tiene en cuenta el cumplimiento del objetivo específico que le fue propuesto al causante en el

marco de su Programa de Tratamiento Individual, es claro que deberá continuar siendo asistido terapéuticamente y que, al ser motivada en múltiples variables, es imposible asegurar, desde cualquier práctica científica, la posibilidad de reincidencia en un sujeto considerado imputable. Como elemento de valoración positiva, ha quedado acreditado que San Martín evidenció a lo largo de todo el presente proceso de ejecución penal una clara y persistente voluntad para realizar el tratamiento que corresponda conforme el delito por el que ha sido condenado y, quiérase o no, ello constituye un requisito esencial en cualquier abordaje terapéutico a los efectos de solventar o, cuanto menos, morigerar un conflicto determinado. La verificación positiva del aspecto volitivo constituye la piedra angular de todo tratamiento y, por supuesto, debe ser debidamente ponderada a la hora de fundar un análisis acerca de sus posibilidades de lograr una adecuada reinserción social.

Asistencia Social.

Debe esta área le fue fijado a San Martín el cumplimiento de un triple objetivo; por un lado, “Que el causante pueda crear y/o consolidar, con el apoyo del personal de la División, un espacio de reflexión individual”, por el otro, “Que el interno, en caso de ser incorporado a alguna actividad grupal coordinada desde la División Asistencia Social, se integre adecuadamente a ella y participe en la misma en forma activa”; finalmente, “Solicitar audiencias con una frecuencia MENSUAL” (vid. fs. 163).

Si se tiene en cuenta que este sector informó acerca del incumplimiento del objetivo por parte del interno en cuanto a que debe “...continuar trabajando en profundizar la instancia de reflexión autocrítica...” (vid. fs. 188), habré de coincidir nuevamente con la Dra. Sansone, toda vez que no se alcanza a comprender cuál es la relación existente entre el espacio de reflexión propuesto en el objetivo específico y las funciones que debe cumplir el personal de Asistencia Social de conformidad con las previsiones contenidas en los arts. 168 y ss. de la ley 24.660. En todo caso, se tratará de un objetivo que puede ser propuesto desde el área médica, pero que nada tiene que ver con la promoción de las relaciones del interno con su familia, la vinculación del causante con organismos públicos o privados que puedan favorecer su reinserción social, la asistencia moral del interno, el amparo a su familia y la regularización de

su documentación de identidad personal, en cuanto se trata de los fines contemplados para el área social en la normativa legal indicada.

Vale decir que se le ha impuesto al interno un objetivo que se encuentra alejado de los fines para los que ha sido creada la División Asistencia Social que, resulta hasta ridículo consignarlo, tiene la obligación de promover la vinculación social integral del interno en miras a su futura libertad. Por su propia naturaleza, no se entiende como desde esa área se lo invita a reflexionar al interno en relación al delito cometido cuando, insisto, su objetivo debió haber sido otro. Asimismo, ni siquiera se ha consignado en qué consistiría tal espacio de reflexión, si se trató de entrevistas personales o de actividades grupales, qué temas se abordaron, cuáles han sido las inquietudes del interno y de qué modo habría evidenciado una escasa autocritica. Más allá de que, en función del área del que emana, el objetivo es incorrecto, es sumamente importante comprender que ni siquiera nos encontramos ante un acto fundado en cuestiones objetivas que puedan ser verificables y supervisadas, convirtiéndolo en arbitrario y, por lo tanto, ilegítimo.

Por otra parte, tampoco se comprende el sentido del tercer objetivo consistente en “solicitar audiencias con una frecuencia mensual” fijado por Asistencia Social, cuando, tal como lo he dicho en innumerables oportunidades, no es el interno quien tiene la obligación de exigir el tratamiento, sino que es la administración carcelaria la que debe, de manera continua y en todo momento, proveer las herramientas que sean necesarias para lograr el fin resocializador. Mediante la fijación de este insípido e inocuo objetivo se invirtió la carga de la obligación y se pone en cabeza del causante una responsabilidad que, por ley, no tiene.

Por último, debo decir que, así como fue informado por la administración, el interno recibe la asidua visita de su grupo familiar con el que mantiene permanente y positivo contacto.

Trabajo y Educación.

Desde estos sectores integrantes del consejo correccional se informó que el causante mantenía una ocupación laboral rentada y que, asimismo, participaba activamente del Taller de Música y de

las actividades culturales, deportivas y recreativas brindadas en el establecimiento carcelario (vid. fs. 166 y 169).

La fijación de objetivos desde estas dos áreas me parece razonable y se encuentran dentro de los parámetros lógicos y legales de su actuación. Se hizo saber, asimismo, que el condenado cumplió los objetivos fijados, por lo que nada más habré de decir al respecto.

Conclusión.

De la reseña formulada en base a toda la prueba informativa, testimonial y pericial obtenida en el presente legajo, puedo afirmar que lo actuado por la autoridad penitenciaria en relación a la calificación conceptual de San Martín y su acceso al sistema progresivo ha sido infundado y arbitrario y, por lo tanto, se ha visto afectado indebidamente el ejercicio de los derechos que la ley concede a toda persona privada de su libertad.

No existe fundamento alguno, ni legal ni de hecho, que permita sostener la mala calificación de concepto que actualmente registra San Martín, por lo que me encuentro en la obligación de intervenir tal como lo manda el art. 4, inc. a), de la ley 24.660 y, en consecuencia, modificar la situación del nombrado.

Bajo tales circunstancias, considero apropiado disponer que el causante registre concepto bueno (6) y que, de conformidad con lo normado en el art. 22 del decreto 396/99, sea incorporado a la Fase de Confianza del Período de Tratamiento.

Asimismo, y siendo que el interno ha sido extraído del sector donde ha venido siendo alojado y que ha formulado un duro reclamo en relación a ello, entiendo que resulta conveniente disponer desde esta instancia su traslado al C.P.F. I, para que sea mantenido en el Módulo 6, Pabellón c) de ese establecimiento carcelario. No puedo dejar de advertir que, desde que San Martín ha incrementado su reclamo ante la autoridad jurisdiccional y a partir de que algunos integrantes del consejo correccional fueron convocados a esta sede para declarar testimonialmente, su situación ha empeorado al punto de ser obligado a convivir en un sector que no está destinado a internos homosexuales. En mi criterio, tal decisión pone al causante en una posición de indefensión y de serio riesgo frente al resto de

la población carcelaria, por lo que también aquí corresponde aplicar la norma legal señalada y disponer acerca de su alojamiento.

Además, y de conformidad con lo aconsejado por el Cuerpo Médico Forense, deberá solicitarse al señor Director del C.P.F. I que se intensifique el tratamiento psicológico que se le brinda al interno en función del delito por el que ha sido condenado.

Por último, y siendo que el criterio aportado por el señor Fiscal subrogante de Ejecución Penal es invariablemente sostenido en las decenas de incidencias similares que se presentan en esta sede mensualmente, lo insto formalmente a interponer el recurso al que alude el art. 491 del Código Procesal Penal de la Nación, a los efectos de que la cuestión sea, finalmente, resuelta por la Cámara Nacional de Casación Penal. Ello permitiría obtener una jurisprudencia del Superior rectora en la materia y, a la vez, otorgaría un sentido de coherencia a la actuación del Ministerio Público Fiscal.

Por todo ello;

RESUELVO:

I.- APlicar lo previsto en el art. 4, inc. a) de la ley 24.660 y, en consecuencia, **DEJAR SIN EFECTO** todo lo actuado por el Consejo Correccional del C.P.F.II en relación a la calificación de concepto asignada al interno JAIME ALEJANDRO SAN MARTÍN, así como también lo vinculado a su acceso al Régimen Penitenciario Progresivo.

II.- DISPONER, en consecuencia, que el inter-

no JAIME ALEJANDRO SAN MARTÍN registre CONDUCTA EJEMPLAR (10) y CONCEPTO BUENO (6), incorporándolo a la FASE DE CONFIANZA DEL PERÍODO DE TRATAMIENTO a partir del día de la fecha.

III.- DISPONER que el interno JAIME ALEJANDRO SAN MARTÍN sea alojado, EN EL DÍA DE LA FECHA, en el MÓDULO 6, PABELLÓN C) DEL C.P.F.I.

IV.- HACER SABER al señor Director del C.P.F. I que deberá arbitrar los medios necesarios para que se intensifique el tratamiento psicológico que se le suministra al interno JAIME ALEJANDRO SAN MARTÍN en función del delito por el que ha sido condenado.

Hágase saber, con copia de la presente, a la señora Defensora General de la Nación y al señor Procurador Penitenciario de la Nación.

Comuníquese lo resuelto al señor Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, requiriendo que, de conformidad con las consideraciones de la presente, arbitre los medios como para que, a la mayor brevedad posible, se ofrezca en los establecimientos carcelarios federales un tratamiento integral y sistemático a los internos condenados por delitos de agresión sexual.

Líbrense los oficios necesarios para la ejecución de lo resuelto y notifíquese a las partes.

Fdo.: Axel G. López, Juez Nacional de Ejecución Penal.

Interpongo Recurso de Casación	Sr. Juez a cargo de la Ejecución Penal: Jorge Perano, Defensor Público Oficial de Ejecución Penal ante el Tribunal Oral en los Criminal Federal N° 2 de la ciudad de Córdoba, comparezco en los autos caratulados: “Deheza, Héctor Floro s/Ejecución Penal” (Expte. N° D-3/2011), por la representación como defensor oficial de Héctor Floro Deheza, ante S. S. comparezco y digo:
I. Objeto	Que de conformidad a lo establecido en los arts. 438, y 491 2º parte y conc. del C. P. P. N., en función de los arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, vengo por el presente escrito a interponer formal recurso de casación en contra de la resolución dictada por el Sr. Presidente de ese Tribunal -Dr. José Fabián Asís- el día 16 de agosto del cte. ario, por medio de la cual se dispuso “1. No hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del artículo 14 del Código penal y en consecuencia, rechazar el pedido de libertad condicional de Héctor Floro Deheza conforme los considerandos precedentes”, resolución ésta que fuera protocolizada al L° 3 F° 73 año 2011. Por medio del presente recurso, solicito basándome en los motivos que más abajo se exponen, que la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal case la resolución impugnada declarando la nulidad de dicho resolutorio, y haga lugar al recurso ordenando la libertad condicional de Héctor Floro Deheza y, consecuentemente, se declare la inconstitucionalidad del art. 14 del Código Penal, todo ello, conforme las argumentaciones de hecho y de derecho que seguidamente expondré.
II. Admisibilidad formal	El presente recurso se interpone dentro del término de diez días previsto en el art. 463 del C. P. P. N. y por quien se encuentra legitimado procesalmente para realizarlo, es decir, por la defensa técnica del Héctor Floro Deheza. En efecto, la resolución casada, ha sido notificada a esta Defensa Pública el día 18 de Agosto del cte. ario (ver fs. 34 vta.), por lo que el plazo de diez días aludido precedentemente vencerá el próximo 2 de septiembre. Asimismo, desde ya se deja constituido domicilio legal en el público despacho del Sr. Defensor Público Oficial por ante la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal, donde deberán efectuarse las notificaciones durante la tramitación del recurso por ante dicho Excmo. Tribunal (Art. 120 C.N., Ley n° 24946 arts. 4 inc. c), 61 último supuesto y ss., C.P.P.N. arts. 145, 438, 467 y ss.).
III. Motivos de casación	Fundó el recurso aquí interpuesto en el art. 432 y 491 del Código Procesal Penal de la Nación, en tanto y en cuanto establece que las resoluciones que se dicten en los incidentes de ejecución penal, “... solo procederá recurso de casación...”. En este sentido, en el fallo dictado por la Sala IV de la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal de fecha 07/09/2009 en autos “Caldas Castillo Víctor s/Recurso de Casación”, se sostuvo que “I. En cuanto a la admisibilidad del recurso de casación interpuesto, entiendo que resulta procedente en esta instancia el análisis demandado por la defensa conforme lo previsto por el art. 491 del C. P. P. N ya que, además se cumplieron con los recaudos exigidos por el art. 463 del código de rito”.

Por último, se debe poner de manifiesto también que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el conocido precedente “Romero Cacharane”, ya ha sentado claramente su postura a este respecto. En efecto, allí resolvió, entre otros puntos, que la Cámara Nacional de Casación Penal tiene competencia para entender en los recursos que se interpongan en contra de las decisiones de los jueces de ejecución penal por expreso mandato de lo dispuesto en el art. 491 del C. P. P. N. (“Recurso de hecho deducido por Hugo Alberto Romero Cacharane en la causa Romero Cacharane Hugo Alberto s/ ejecución penal” C.S.J.N. de fecha 09/03/2004).

IV. Interés directo Este Ministerio Público de la Defensa, tiene interés directo en la revocación de la resolución dictada por el Sr. Juez a cargo de la Ejecución Penal del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de esta ciudad, desde el momento en que surge evidente que no se hace lugar al pedido de libertad condicional del interno Héctor Floro Deheza, basándose en el carácter de reincidente de mi defendido, y fundando tal resolución en clara violación a principios constitucionales como el “non bis in idem”, el “de culpabilidad” y de del “derecho penal de autor”. Se violenta así la finalidad de la pena privativa de la libertad, es decir, la reinserción social y la progresiva reinserción al medio libre; como así también la finalidad del instituto de la libertad condicional si tenemos en cuenta que “ la libertad condicional presupone el cumplimiento de una parte de la pena en encierro e intenta favorecer la reinserción de quien ya fue segregado del seno social a través de la privación de libertad. Bajo la óptica de la finalidad del instituto, reincidente y primario se encuentran en igualdad de condiciones, pues ambos se hallan presos y requerirán similar asistencia pos penitenciaria.” (ALDERETE LOBO Rubén “La libertad condicional en el código penal Argentino” Editorial Lexis Nexis, Pág. 179).

V. Antecedentes Con fecha 14 de junio de 2011 el señor Defensor Público Dr. Arrieta solicitó se conceda la libertad condicional a Héctor Floro Deheza, merced a los argumentos de hecho y de derecho que, en lo que refiere al art. 14 del Código Penal -imposibilidad de conceder libertad condicional a los reincidentes-, seguidamente se transcriben: “... II c) Inexistencia de reincidencia-Declaración de inconstitucionalidad Art. 14 C. Penal: El requisito negativo brindado por la ley, conforme al artículo 14 del Código Penal es no ser reincidente. Si bien mi defendido ha recibido la declaración de mantenimiento del estado de esa condición en la resolución condenatoria de 31/03/2010, ésta defensa estima que esa etiqueta legal de reincidente, es contraria a los principio de culpabilidad, lesividad, reserva, derecho penal de acto, autonomía moral, derecho de defensa, readaptación social mínima, *non bis in idem*, principio de judicialidad y tutela judicial efectiva.

Este Ministerio pretende la declaración de inconstitucionalidad de la norma que prohíbe la concesión de la libertad condicional a reincidentes del art. 14 C.P., pero no la declaración misma de la reincidencia estipulada en el art. 50 del mismo cuerpo legal.

Así, entiende que se vulnera el principio de *non bis in idem* toda vez que al rea-

lizar al momento de la determinación en concreto sobre el *quántum* de la pena a aplicarle al imputado el magistrado valora la condición de reincidente y, efectivamente allí gradúa un monto penal mayor para los que revistan esa calidad. Vale decir entonces que, ya existe un mayor reproche penal, una mayor culpabilidad del autor del delito, y el magistrado actuante ha tenido la oportunidad de aplicar más pena que a los autores primarios.

Esa valoración, en este caso en concreto, fue realizada al dictar sentencia e imponer pena. De hecho, para fundamentar dicha resolución en cuanto a la cantidad de pena impuesta los magistrados reverenciaron y enunciaron los arts. 40 y 41 del Código Penal y allí se alude a "...las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones persona/es..." (art. 41 inc. 2 C. Penal).

En este sentido, entonces, si esa condición de reincidente ya fue valorada, mal podría apreciarse nuevamente la misma condición, por este mismo hecho y a esta misma persona. Esto vulnera claramente el conocido principio "non bis in idem".

Así lo ha entendido la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en una resolución de fecha 27/12/1985 en autos "Varela Luis Rodolfo s/libertad condicional". Al comentar el art. 14 del C. Penal, Chiara Díaz ha dicho que "... con voto de los doctores Zaffaroni y Elbert, sostuvo (la Cámara aludida) la calidad de reincidente en el art. 14 del CM. Penal, se traduce en una pena de mayor entidad al privar de la posibilidad de libertad condicionada, porque a todas luces la ejecución total de la misma resulta más gravosa por la completa privación de la libertad del condenado, por el total del tiempo de la sanción aplicada. Por ello, precisamente, es violatorio del principio penal liberal del *non bis in idem* y justifica sea declarada dicha norma como inconstitucional, reconociéndole al condenadoapelante el beneficio de la libertad condicional que impetraba" (Chiara Diaz Carlos A. en "Código Penal y Normas Complementarias - Análisis Doctrinal y Jurisprudencial" Editorial Hammurabi, Página 181).

Asimismo, el mismo órgano jurisdiccional, en el plenario "Guzmán Miguel F." de fecha 08/08/1989 -LL 1989 - E - 165-, el mismo Dr. Zaffaroni dijo que "... toda consecuencia más gravosa del segundo delito deriva de un primer delito que ya ha sido juzgado en sentencia firme. No tiene sentido caer en sutilezas ilógicas, como pretender que deriva de la condenación o del cumplimiento de pena, porque, en definitiva, cualquier matiz de éstos obedece al hecho básico de un primer delito, sin el cual no pueden concebirse. Cualquier rigor que en la pena del segundo delito no corresponda a ese delito, no es más que una consecuencia del primer delito que ya fue juzgado...".

En este mismo sentido, al tratar la cuestión de las definiciones y conceptos de reincidencia se dijo que "... ninguna logró salvar la objeción de que el plus de poder punitivo se habilitaría en razón de un delito que ya fue juzgado o penado, por lo que importaría una violación al *non bis in idem*, o, si se prefiere, a la prohibición de doble punición. Luego, la idea tradicional de reincidencia como invariable e ineludible causa de habilitación de mayor poder punitivo es inconstitucional". La fuerza de lo transcripto en este párrafo reside -aparte de la

argumentación sostenida-, en el autor de la misma, revistiendo un fuerte argumento de autoridad, al tratarse de un miembro del máximo tribunal del país, que, eventualmente, tendrá que analizar estos argumentos vertidos por esta parte.

Se debe tener en cuenta que también que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el conocido precedente “Gramajo” ha declarado la inconstitucionalidad de la multireincidencia prevista en el art. 52 del código de fondo, con la misma línea argumental a la aquí sostenida. En efecto, allí se dijo “En consecuencia, la mayor culpabilidad derivada del desprecio por la anterior condena ya fue valorada al fijar la pena correspondiente al hecho concreto, cometido a pesar de la advertencia previa. Por lo tanto, esa culpabilidad anterior ya fue suficientemente retribuida y no podría ser nuevamente utilizada como argumento para fundar la reclusión accesoria, pues ello significaría violar la prohibición de doble valoración contenida en el principio *non bis in idem*.”

La claridad de ésta resolución lo exime de mayores comentarios, pero es, a su criterio suficiente observar que si este argumento es válido para multireincidentes, porqué no lo será para simple reincidencia.

En igual sentido a lo expresado en los párrafos anteriores, se manifiesta el doctrinario Dr. Edgardo Donna al sostener que “... porque la condena anterior se toma a los efectos de agravar la condena que se dicta... y se dan todos los requisitos que el principio exige (se refiere al *non bis in idem*): identidad de persona y de hechos, sólo que es tan grosera la forma en que se toma, que parece no violar el principio en estudio. Y esto porque se hace valer toda la condena y se la vuelve a hacer jugar en contra del imputado.”

Por otro lado, debemos recordar que la ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, establece, en su artículo 1, como finalidad “...lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, procurando su adecuada reinserción social’, receptando la finalidad de readaptación social consagrada en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que tienen jerarquía constitucional conforme lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna. A fin lograr esa finalidad resocializadora -sin distinción alguna- se prevé que el penado estará sometido a un tratamiento programado, individualizado y voluntario tendiente a limitar la permanencia del mismo en establecimientos cerrados y promover, conforme a su evolución, su alojamiento en lugares abiertos o semiabiertos. Todo ello, bajo el control permanente del Juez de ejecución, conforme a los arts. 3 y 4 de la ley mencionada y art. 493 del C.P.P.N., en lo que se refiere no solo a la ejecución de la pena, sino también a garantizar el cumplimiento de normas constitucionales y tratados internacionales.

Para aquellos que reúnen la condición de reincidente, resulta indudable que la prohibición de obtener la libertad condicional dispuesta en el art. 14 del Código de fondo, constituye una presunción “iuris et de iure” contenedora de un juicio de mayor peligrosidad, mayor capacidad delictiva y mayor factibilidad de volver a cometer delitos, afirmaciones, éstas que únicamente tienen fundamento en la condición previa que tiene el penado y que ya fuera objeto de valoración al momento de dictado de la sentencia.

Con fundamento en el mismo y en forma apriorística, se veda al mismo la

posibilidad de obtener la libertad condicional, lo que a su criterio no se ajusta a la normativa constitucional.

Tal juicio implicaría el reconocimiento expreso de que la reinserción no podrá cumplir con sus objetivos y finalidades, sin tener en cuenta los esfuerzos que pueda poner de manifiesto el penado para revertir la situación, los equipos técnico-criminológicos que acompañen al mismo y el control que pueda ejercer el juez de ejecución en este proceso de individualización ejecutiva de la pena. Dicho de otro modo, la prohibición y juicio implícito de la norma, conlleva la afirmación de que no podrá cumplirse con la finalidad constitucional garantizada por los pactos internacionales y nuestro plexo constitucional para la etapa de ejecución de pena, esto es, la reinserción social.

Podemos decir que la ley 24.660 y su objetivo resocializador en su intento de propuesta individualizadora y voluntaria carecen de sentido y eficacia en el caso, pues se presume sin admitir prueba en contrario que este sujeto, por la sola condición de reincidente, esto es, por “ser” reincidente, no puede contrariar esta presunción por medio de acción o proceso alguno, es decir, por medio de un “hacer”. Se trata en consecuencia de un juicio de peligrosidad fundamentado en el Derecho Penal de Autor, y por tanto, contrario al Estado de Derecho, que se cristaliza en un prejuicio al momento de individualización de la pena y acompaña al penado bajo la forma de juicio desfavorable, no obstante su elección de actividades, acciones, tratamientos y todas las modificaciones que éste pueda libre y voluntariamente efectuar con miras a procurar su reintegración social.

En este orden de ideas se pronunció la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, “...la peligrosidad, es obviamente, un juicio de probabilidad y como tal, no puede ser presunto, y menos aún presumido “juris et de jure”. Por otra parte, la misma idea de peligrosidad entendida en el sentido positivista de la misma, es violatoria de la dignidad humana, dado que se reduce a una persona a la condición de una cosa regida por la mera causalidad...”. Entonces, rechazar la posibilidad de acceder a la libertad condicional a un reincidente por el solo hecho de poseer esa calidad, implica realizar predicciones sobre la futura conducta -aún no ocurrida- de la persona condenada. Es sostener de manera solapada que de concederse la libertad, esa persona es altamente probable que cometerá un nuevo delito.

En definitiva, es sostener ni más ni menos que un criterio “peligrosista”. De lo contrario, se debería pensar que no se concede la condicionalidad por el solo hecho de ya haber “perdido la oportunidad” de comportarse conforme a derecho y no lo hizo. En esta situación, el 14 del C. Penal actuaría como una “venganza” del Estado y, no debe perderse de vista que la única finalidad de la privación de libertad es la reinserción social del condenado, mas nunca la represalia estatal. Resulta incompatible, para éste Ministerio, el peligrosismo con el Estado de Derecho, toda vez que en un Estado de Derecho sólo se debe castigar lo que la persona “hace” y no lo que la persona “es”. O, lo que es igual, sólo es viable el derecho penal de acto y no derecho penal de autor.

Ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente citado, respecto a este tópico que “La peligrosidad, referida a una persona, es un concepto basado en un cálculo de probabilidades acerca del futuro comporta-

miento de ésta, ...no puede sostenerse seriamente que se autorice a un estado de derecho para que imponga penas o prive de libertad a una persona -con independencia del *Nome juris* que el legislador, la doctrina o la jurisprudencia eligiera darle al mecanismo utilizado para ello-, sobre la base de una mera probabilidad acerca de la ocurrencia de un hecho futuro y eventual".

En esta inteligencia, esta defensa sostiene que la prohibición de conceder la libertad condicional a los reincidentes vulnera el principio de culpabilidad ya que aplica un castigo penal a una persona por hechos aún no realizados, impone un castigo penal a personas que se encuentra en la categoría de peligrosos, aplican la punición a personas no por el "hecho realizado", sino por la etiqueta adjudicada, o sea, por lo que "son". En este sentido, tal normativa es claramente inconstitucional y vulneratoria del principio de culpabilidad contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional.

El artículo constitucional aludido en último término, es claro al establecer - entre otras - que solo se puede castigar penalmente una conducta realizada y previamente tipificada como delictiva, "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso..." (art. 18 C. IV.). Rechaza categóricamente el castigo penal por el solo hecho de pertenecer determinado grupo de "riesgo" social.

Dicho de otro modo, la aplicación de pena solo corresponde y es legal cuando se impone como reproche a un acto previo realizado por el imputado. Reitero, estamos en un caso concreto en el que se prohíbe el acceso a la libertad condicional no por haber realizado un hecho "nuevo" y no juzgado ni penado, sino por "pertener a la categoría reincidente", pero, claro está que los dos hechos delictivos fueron ya juzgados y castigados.

Como último punto respecto al peligrosismo, resulta definitorio lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente mencionado, sostuvo que toda responsabilidad penal sólo puede ser por actos y no por un estado, de tal modo que la imposición de consecuencias penales a partir de la calidad de multireincidente, o bien de la peligrosidad revelada en los hechos anteriores, no podría estar comprendida en el principio de culpabilidad por el hecho de que nadie puede ser responsabilizado por acciones futuras'.

En definitiva, el art. 14 del Código Penal tiene por única finalidad - a criterio de esta defensa pública - encerrar por mayor tiempo aún, a una persona dentro de los límites de una prisión, de aquel tiempo por el cual el Tribunal la ha condenado. Y digo mayor tiempo aún ya que no podrá obtener la libertad condicional por pertenecer a la categoría "reincidente", vulnerándose así el principio *non bis in idem*, el de culpabilidad y ser ajeno al derecho penal de acto, tal como se sostuvo precedentemente. Aparte, claro está, de no tener en cuenta el derecho a la reinserción social establecida en el art. 1 de la ley 24.660 desde que de manera genérica el artículo 14 del código de fondo prohíbe la condicionalidad a "todos" los reincidentes y no permite la incorporación al medio libre de manera gradual para aquellos internos con excelentes concepto y conducta o sin sanciones como es el caso de marras.

Por tanto, la privación contenida en el art. 14 C.P. incorpora cuestiones y valoraciones relativas a la peligrosidad del sujeto, con asiento en una condición previa

del mismo y ajenas a los hechos y conducta de que pueda dar cuenta durante la ejecución de pena, lo cual es inconstitucional, en tanto lesiona el principio de culpabilidad y de derecho penal de acto, que se derivan en forma directa del Estado de Derecho y hallan su fundamento expreso en el art. 19 de la C.N.

Como tercer agravio, el artículo atacado vulnera principio de readaptación social mínima. En este sentido, entiende José Daniel Cesano, en relación al concepto de resocialización que se puede considerar constitucionalmente admisible -criterio que comparten tanto el suscripto como el Tribunal Oral nro. 1 de ésta ciudad- que "...una interpretación sistemática de los textos internacionales y de la C.1V. permite inferir que no resulta constitucionalmente admisible en nuestro sistema legal, un programa merced al cual el Estado intentara a través de la ejecución de la pena imponer creencias y convicciones, pues ello resultaría vulneratorio del art. 19 de nuestra Carta Magna y lesivo a la dignidad humana (art.11, apartado 1 y 5 apartado 2 de la CA.D.H.). No es admisible por ello sigue el Estado pretenda un programa de mejoramiento de los ciudadanos por medio de la imposición de un sistema de valores o plan de vida estimado objetivamente mejor..." .

Se debe limitar, entonces, a pretender que del interno la obtención de una conducta respetuosa de la ley y de los derechos de los demás, que a los fines de un adecuado control judicial sobre aspectos relacionados al tratamiento penitenciario, se basen necesariamente en pautas objetivas y externas de mensuración y meritación de dicho proceso de resocialización, pues de lo contrario se corre el riesgo de caer en posibles conjeturas acerca de futuras acciones del interno sólo sobre la base de interpretaciones técnicas subjetivas relacionadas con su estructura de personalidad, convicciones y actitudes.

Lo manifestado es aplicable al caso bajo examen, en tanto el principio de resocialización mínima limita la valoración a conducta exterior del penado, durante la etapa de ejecución de pena, estando vedada la meritación de aspectos concernientes a la personalidad del interno, sean éstos de corte psicológico o bien que provengan de un juicio inicial de peligrosidad con sustento en la mera condición de reincidente, por resultar, a su criterio, reñidos con el principio de lesividad, reserva y la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19 de la Constitución Nacional, por lo que mal pueden valorarse para denegar la libertad condicional.

En cuarto término, sin intentar ser reiterativo debe insistir en que el art. 14 C.P. contiene un pronóstico o predicción de peligrosidad, pues presume que la condición de reincidente del penado es *per se* y desfavorable para su futura reinserción social, meritando al mismo tiempo como mayor probabilidad de que éste corneta nuevo delito.

Estas predicciones, que implican juicios subjetivos de valor, son lisa y llanamente inconstitucionales, por lesionar los principios de culpabilidad, lesividad, reserva y legalidad que se desprenden de los arts. 18 y 19 C.N.

En ese sentido la Corte Suprema de la Nación, desde los casos "Ekmekdjian" y "Gimoldi"; viene sosteniendo que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe "...servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales, en la medida en que el Estado Argentino reconoció

la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana...”.

Así, en relación a la peligrosidad, recientemente nuestro máximo Tribunal ha sostenido, en el caso “Maldonado” del 07/12/05, que “... Recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la invocación de la peligrosidad para imponer mayor pena, constituye claramente una expresión del *ius punendi* estatal sobre la base de características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el derecho penal de acto o de hecho propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el derecho penal de autor... la valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación de que el imputado corneta hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo -con pena de muerte inclusive- no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Fermín Ramírez v. Guatemala, sent. del 20/6/06..1 para continuar sosteniendo que “... que incluso suponiendo que pueda pasarse por alto todo lo dicho respecto de la peligrosidad, y si, por hipótesis, se la admitiera dentro de nuestro sistema constitucional, en el mejor de los casos, el pronóstico de conducta no podría hacerse intuitivamente por el tribunal, sino sobre la base de un serio estudio o peritaje psiquiátrico o psicológico. Aún así, no se trata más que de una posibilidad que puede verificarse conforme a la ley de los grandes números, pero que en el caso particular, jamás puede asegurar que el agente se comportará de una u otra manera, pues siempre existe la posibilidad contraria. Podemos saber, científicamente, que en un porcentaje de casos la conducta futura llevando la comisión de ilícitos, pero siempre hay un porcentaje en que esto no sucede, y nunca sabemos en cuál de las alternativas debe ser ubicado el caso particular...”.

A mayor abundamiento, en el fallo “Gramajo”, la C.S.J.N., sostuvo “...debe advertirse que lo anterior está dicho en el supuesto de que la valoración de la probabilidad se asentase en investigaciones de campo serias y científicas que, como es sabido, no existen. Cuando se maneja el concepto de peligrosidad en el derecho penal, se lo hace sin esa base, o sea, como juicio subjetivo de valor del juez o del doctrinario, con lo cual resulta un concepto vacío de contenido verificable, o sea, de seriedad científica. De este modo, resulta directamente un criterio arbitrario inverificable.

En síntesis: la peligrosidad tomada en serio como pronóstico de conducta, siempre es injusta o irracional en el caso concreto, precisamente por su naturaleza de probabilidad. Que para obviar la falta de fundamento científico verificable para justificar la medida, se acudió al argumento de una supuesta peligrosidad presunta.

Se dice entonces que el legislador presume la peligrosidad de determinado individuo. Dicha afirmación carece de cualquier base científica por cuanto la

peligrosidad es un concepto que reconoce una base incuestionablemente empírica. De prescindirse de ella, para reemplazarse por presunciones establecidas en la ley, podría decirse entonces que se invocaría la peligrosidad con prescindencia de si efectivamente existe o no en el caso concreto...”.

En consecuencia, considera que en forma previa a la concesión de libertad condicional, el juez deberá hacer una valoración de peligrosidad del sujeto, juicio que en el marco de lo que considera constitucionalmente admisible, sólo puede hallar sustento en evidencias de naturaleza empírica, relacionadas a conducta peligrosa demostrada por el interno durante el transcurso de su encierro, no así en probabilidad, o presunción previa con sustento en la declaración de reincidencia del mismo.

En quinto lugar, surge de todo lo expuesto que la norma cuestionada resulta reñida con el adecuado ejercicio de derecho de defensa del penado (art. 18 C.N.). Ello en razón de que durante la etapa de ejecución de pena - etapa en la que el interno goza de las mismas garantías procesales de raigambre constitucional que en la etapa de juicio- éste se ve imposibilitado de demostrar mediante prueba en contrario, su ausencia de peligrosidad y su proceso de adecuada reinserción en el caso concreto, por pesar sobre su defendido una presunción en contrario, general, absoluta e inmovible, con fundamento en su “condición de reincidente”.

Por último, cabe mencionar que el penado tiene derecho a la tutela judicial efectiva (art. 8 de la Convención Americana de Derechos humanos, Pacto de San José de Costa Rica, con rango constitucional supremo de conformidad al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), que le reconoce a toda persona el derecho a ser oído, por un órgano judicial, lo que se complementa con el principio de judicialidad en la ejecución (arts. 3 y 4 de la ley 24.660), principio que debe hacerse extensible a aquellas personas procesadas que no adquirieron la calidad de condenado, ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 11 de la misma ley. Con relación a ello, señala nuestro máximo tribunal, en el fallo “Romero Charané” que el principio de control judicial y de legalidad han sido explícitamente receptados por la ley 24.660, añadiendo “...El Poder Ejecutivo al enviar al Congreso de la Nación el proyecto de la ley 24.660 expresó que “el texto propiciado recoge los preceptos constitucionales en la materia, los contenidos en los tratados y pactos internacionales y las recomendaciones de congresos nacionales e internacionales particularmente las emanadas de los realizados por las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, la legislación comparada más avanzada... y agregó que la ley consagra el pleno contralor jurisdiccional de la ejecución de la pena...”

En igual sentido, recientemente, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha señalado en autos “Marigliano” que “...la ejecución de las sentencias es parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (el subrayado nos pertenece) y es, además cuestión de fundamental importancia para dar efectividad a la cláusula de Estado social y democrático que implica, entre otras manifestaciones, la sujeción de los ciudadanos y de la Administración pública al ordenamiento jurídico y de las decisiones que adopta la jurisdicción, no solo juzgando, sino ejecutando lo juzgado. La intervención de los jueces de ejecución garantiza el

derecho del penado a ser tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente a todo ser humano...”.

Ahora bien, para el penado reincidente, la ejecución de pena se inicia con una suerte de “capitis diminutio” que pesa sobre éste, hallándose impedido el juez de ejecución de intervenir para ponderar elementos probatorios y hechos que enerven esta presunción inicial de peligrosidad. No se discute aquí que, en ejercicio de facultades propias, el legislador pueda fijar pautas de política penitenciaria, el punto discutible se centra en que, conforme a la presunción legal del art. 14, el juez interviniendo en esta etapa, cuyo control es amplio y abarca todos los aspectos que puedan tener relación con la vida intramuros del penado y sus formas de egreso, se ve impedido de efectuar el juicio de valoración acerca de la peligrosidad de un sujeto sometido a ejecución de pena privativa de libertad, juicio, que, como afirma nuestro máximo Tribunal, es de naturaleza empírica y debe ser verificado en cada caso en concreto, conforme a las pautas fijadas por la jurisprudencia que constituyen guía nacional y supranacional. Por lo expuesto, la prohibición a obtener libertad condicional del art. 14, constituye una vulneración del derecho del penado a obtener una tutela judicial efectiva y al amplio ejercicio de control jurisdiccional, al establecer la norma cuestionada, una presunción *iuris et de iure, ab initio*, en contra del penado y violatorio del sistema republicano de gobierno, por todo lo cual resulta claramente inconstitucional.

En este orden de ideas, considera que de conformidad a las facultades del juez de ejecución o Tribunal oral (arts. 3 y 4 ley 24.660) el recurso de casación y de inconstitucionalidad son vías aptas para cuestionar una declaración de reincidencia en la sentencia, pero obviamente, no resultan las únicas vías para cuestionar las consecuencias que se desprenden de tal declaración en la etapa ejecutiva, y es dentro de ese marco de facultades que -insiste- el juez debe efectuar control de constitucionalidad de las normas aplicables en el proceso de ejecución, control que debe ser amplio, en tanto dicho juez se erige en garante del cumplimiento de las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados por nuestro país, siendo irrelevante si la lesión de dichos derechos se produce a través del título ejecutivo de la condena o en decisiones meramente administrativas.

Ahora bien, llegados a este punto, es conveniente preguntarse si los jueces están obligados a aplicar una norma que, atenta contra garantías constitucionales, la respuesta no puede ser otra que la negativa.

Claramente esta defensa entiende que no se debe aplicar tal norma, en este caso, el art. 14 del Código Penal.

En el sistema constitucional de derecho vigente en nuestro país, el juez debe aplicar las normas que son legales pero esas normas deber ser también legítimas. Si existieran normas legales pero ilegítimas, éstas no deberían aplicarse. En ese sentido, ha sostenido el teórico italiano Luigi Ferrajoli que una norma es vigente -legal- cuando refiere “... a las formas de los actos normativos y que depende de la conformidad o correspondencia con las normas formales sobre su formación...” en tanto que la norma será válida –o su equivalente que es la legitimidad o constitucionalidad- si “... tiene que ver con su significado o

contenido y que depende de la coherencia con las normas sustanciales sobre su producción". En síntesis, claramente aboga por un paradigma del Estado constitucional de derecho en el cual se deba obediencia a la ley que reúna el doble requisito de legalidad y legitimidad.

Continúa manifestando Ferrajoli "... la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto nítida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución... En esta sujeción del juez a la Constitución... está el principal fundamento actual de la legitimidad de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes...".

En este contexto de ideas vertidas a lo largo del presente escrito, llevan a sostener a ésta asistencia técnica que la existencia del art. 14 del Código Penal y la taxatividad en la redacción de dicha norma –en tanto constituye una presunción que no admite prueba en contrario y que impide una interpretación de la misma dentro de parámetros constitucionales- es que vulnera claramente garantías establecidas en nuestra Carta Magna, por lo que dicho artículo debe ser declarado inconstitucional por lesionar los principios de culpabilidad, lesividad, reserva, derecho penal de acto, autonomía moral, derecho de defensa, readaptación social mínima, principio de judicialidad y tutela judicial efectiva que se desprenden de manera expresa o por derivación de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y de los instrumentos internacionales integrantes del bloque de constitucionalidad (art. 75, inc. 22 C.N.), entre los mismos, Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8 y 9) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7).

Ante dicha presentación, vuestra señoría con fecha 16 de Agosto del cte. año resolvió "No hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal y en consecuencia, rechazar el pedido de libertad condicional de Héctor Floro Deheza conforme los considerados precedentes" (ver fs. 33/35 de autos).

Que los argumentos tenidos en cuenta por el juzgador a los fines de resolver, fundamentos que, por otra parte, son los que se ponen en crisis por medio de este recurso de casación, son los siguientes: "IV.- Entrando al tratamiento de la cuestión planteada, la libertad condicional solicitada será procedente en cuanto se declare la inconstitucionalidad del artículo 14 del código Penal, que impide este beneficio a los reincidentes, razón por la cual, corresponde analizar el reproche de inconstitucionalidad efectuado. En primer lugar no comparto el criterio del señor Defensor Oficial en cuanto dicho artículo vulnera el principio del *non bis in idem*, pues dicho principio prohíbe la persecución penal más de una vez por el mismo hecho, y para que existe identidad de hecho será preciso que haya identidad de persona, de objeto procesal y de causa de persecución, identidades éstas que no se tratan en la aplicación del artículo 14 del Código Penal, pues no se está juzgado nuevamente el hecho por el cual fue condenado el imputado. De igual manera, considero que no se vulnera el principio de culpabilidad, ni se basa

en el Derecho Penal de autor, sino que se niega la libertad condicional a quien, pese a conocer la amenaza penal por haberla padecido anteriormente, vuelve a delinquir. En efecto, teniendo presente la naturaleza jurídica de la libertad condicional, que constituye una forma de cumplimiento de la pena privativa de la libertad, queda claro que dicha pena no fue impuesta por ser reincidente o por las condiciones personales del imputado, lo que constituiría un derecho penal de autor y violaría el principio de culpabilidad, sino que en este caso concreto se impuso al imputado, por ser encontrado autor responsable de un hecho típico, antijurídico, culpable y punible de expendio de billetes falsos en concurso ideal con estafa y encubrimiento, todo en concurso real.

El artículo 28 de la Ley 24.660, sancionado éste en concordancia y respetando los Pactos Internacionales y la Constitución Nacional, (conforme lo sostenido Axel López y Ricardo Machado en “Análisis del régimen de ejecución penal”. Editor Fabián J. Di Plácido, Febrero 2004, pág. 129/vta.), establece cuáles son las exigencias habilitantes para la concesión de la libertad condicional, eludiendo la progresividad que dimana de la incorporación paulatina en los distintos estadios integrantes del régimen penitenciario, remitiendo a las normas del Código Penal, y siendo la libertad condicional una forma de cumplimiento de la pena privativa de la libertad, no todos los condenados tienen la posibilidad de obtener este beneficio, si no cumplen con los requisitos exigidos de todas maneras, el régimen progresivo no se altera, puesto que todos los condenados tienen garantizada la posibilidad de un período de reintegro anticipado, mediante la aplicación del instituto de la libertad asistida que alude la consideración sobre los requisitos negativos previstos para la libertad condicional. Así entonces, vemos que Deheza no cumplimenta con dichas exigencias pues es reincidente.

En igual sentido, en el caso “Valdez” (Fallos, 311:552) similar al que analizamos en autos, con idénticos planteos, ya se expidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aduciendo que no se demuestra adecuadamente qué vinculación existe entre el principio de la autoridad de cosa juzgada de la primera sentencia condenatoria, y el hecho que la norma cuestionada (art. 14 Código Penal) torne más riguroso el cumplimiento de la pena impuesta por la segunda condena. Asimismo agregó: “... el principio constitucional enunciado... prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena (entendida ésta como un dato objetivo y formal), a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal”. Así determinó entonces nuestro Máximo Tribunal, que el artículo 14 del Código Penal no vulnera la garantía del *non bis in idem*, ni conculca la autoridad de cosa juzgada de la anterior sentencia condenatoria.

Posteriormente, en el caso “L’Eveque” (Fallos, 311:1451), la Corte vuelve a reafirmar el criterio enunciado en autos “Valdez”. De lo expresado, surge que tomar en cuenta la condena anterior para determinar la modalidad de cumplimiento de la pena actual no equivale a volver a juzgar el hecho anterior, sino la conducta puesta de relieve después de la primera sentencia. No hay entonces vulneración a norma constitucional alguna, siendo válido el artículo cuestionado.

Es oportuno mencionar una cita de Sebastián Soler, quien nos enseña que: "... la libertad anticipada es una modalidad que, dentro del sistema progresivo que adopta nuestra ley, asume la pena privativa de la libertad y es perfectamente lítico y constitucional que el legislador haya dispuesto cuáles son las condiciones y requisitos que ese beneficio necesita para ser concedido. Además de ser legítimo y razonable privar de ese privilegio a quien por su conducta ha demostrado no ser merecedor de él, parece entonces válida la crítica de que los tribunales no pueden por su cuenta y riesgo, arrogándose facultades que no tienen, modificar un importante aspecto de la política criminal delineada por el legislador" (Derecho Penal argentino, t. II Ed. Tea, Buenos Aires 1991, páginas 443 a 445). La mayor severidad en el cumplimiento de la sanción, que impone el artículo 14 del C. P., no se debe a la circunstancia de que se haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de la libertad, poniéndose en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. De ello se desprende, que el mayor castigo no se encuentra en un juicio moral por una particular conducción de vida –Derecho Penal de autor aducido-, sino que al momento de cometer el nuevo hecho ilícito el imputado no tuvo en cuenta las consecuencias que una pena de prisión importa.

Cabe aclarar que la garantía constitucional de la igualdad no impide que las leyes contemplen de manera distinta situaciones que consideren diferentes, siempre que no haya arbitrariedad. En el concreto, tampoco se vulnera tal garantía, pues el distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del artículo 50 del Código Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquellos que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica por el aludido desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta. Quien persiste en el delito no puede pretender igualdad de trato frente a un condenado primario, pues se encuentran en situaciones objetivamente distintas.

Por último, debe referirse que es doctrina del Alto Tribunal que "la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable" (Fallos: 226:688; 242:73; 300:241, entre otros), y en autos no se ha demostrado que el artículo 14 del Código Penal o contrarie la Constitución Nacional, razón por la cual corresponde no hacer lugar a la inconstitucionalidad solicitada y en consecuencia, rechazar el pedido de libertad condicional efectuado a favor de Cristian Javier Díaz, teniendo presente las reservas efectuadas".

VI. Fundamentos del recurso

VI. 1: En primer término se hará referencia a la falta de fundamentación de la resolución atacada ya que se limita a manifestar que no se comparte los criterios de la Defensa Pública, pero no se describe cuál es concretamente el fundamento en relación a la falta de la identidad de persona, de objeto procesal y

de causa, además de considerar que no se vulnera el principio de culpabilidad y el derecho penal de autor. Por el contrario, el sentenciante solo manifiesta que “... no se está juzgando nuevamente el hecho por el cual fue condenado el imputado”, cuestión ésta que está por demás clara también para esta defensa, y que, por otra parte, nunca se ha entendido tal situación. Como se dirá más adelante, lo planteado es diametralmente diferente a lo resuelto; es decir, se plantea que al ser condenado Deheza por el segundo delito, y al ser condenado a una pena más severa que si hubiese sido primario, es en ese momento cuando se tiene en cuenta el supuesto desprecio hacia la pena impuesta en primer término; y se tiene en cuenta desde el momento en que se aplica mayor *quantum* penal. Eso no está en discusión.

Sin embargo, lo solicitado consisten en que “no se puede volver a tener en cuenta ese supuesto desprecio hacia la pena impuesta en primer término” al momento de valorar la evolución tratamental conforme la respuesta de mi representado, como el caso de marras, negarle sin más fundamento que su carácter de reincidente el beneficio de la libertad condicional, es decir el beneficio de su libertad anticipada. Reitero, eso ya fue materia de valoración por parte del juez sentenciante al aplicar la pena en el segundo delito, y no corresponda que sea valorado nuevamente al momento de valorar su respuesta tratamental. Entiende esta Defensa que S. S. cuando resuelve el 16 de agosto del cte. año, al limitarse a una mera enunciación de ideas sin decir concretamente los fundamentos de porque no se encuentran presentes los requisitos de la doble identidad de sujeto, objeto y causa, nos encontramos en presencia de aquello que la doctrina ha dado en llamar “fundamento aparente”. A más de ello, no aborda todos los temas introducidos por esta defensa en el líbelo inicial, específicamente respecto a los casos jurisprudenciales anotados por esta parte -“Gramajo” (2006), “Guzmán” (1989)-, como así tampoco se refuta la doctrina incorporada; esto cobra especial interés desde el momento en que los mismos son de fecha posterior a los dos fallos aludidos en la resolución atacada (1988). Es decir, no existe una verdadera fundamentación.

Sobre este punto -real fundamentación de las sentencias- ya la C.S.J.N. se ha expedido *in re* “Massera”, la C.N.C.P., también lo ha sostenido *in re* “Macchieraldo”. Pero también la jurisprudencia internacional se ha expedido al respecto. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Tristán Donoso c/Panamá” el 27 de enero del 2009 entendió que “153. El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos, que puedan afectar derechos humanos, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. 136. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidias garantías” incluidas en el art. 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso”.

Por ende, al no conocer y tampoco no poder rebatir con claridad los argu-

mentos vertidos por S. S, la resolución aquí atacada se torna en arbitraria, con violación al derecho de defensa y con posibilidad de llegar por vía del recurso extraordinario hasta la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación por vía de la doctrina de arbitrariedad de las sentencias.

A más de ello, el juez sentenciante remite en el punto IV de los considerandos a dos resoluciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del año 1988, y a una cita doctrinaria del Dr. Soler, agregándose algunas consideraciones a las que seguidamente me referiré y que, con el debido respeto lo digo, es de mi parecer que no estamos hablando de las mismas situaciones fácticas (esta defensa plantea la inconstitucionalidad del 14 del C. Penal, y S. S. contesta sobre la facultad que tiene el legislador de imponer mayor penalidad o tratamiento penitenciario al reincidente, cuestión ésta no controvertida por la Defensa Pública). Me explico a continuación.

VI. 2: En varias oportunidades el Sr. Juez a cargo de la Ejecución Penal de Héctor Floro Deheza, recurre a la idea de que la mayor severidad en el cumplimiento de la pena dictada en segundo término se debe "... al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad (se está refiriendo a la primer condena) y obligado a cumplir pena privativa de la libertad, poniéndose en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito...". Precisamente, es por ese motivo del "mayor grado de culpabilidad en la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena..." es que Deheza ha sido condenado con mayor *quantum* penal que si hubiera sido primario (o, por lo menos, el juez tuvo la oportunidad en ese momento de agravar la condena). A riesgo de ser extremadamente reiterativo, insisto en la idea que al momento de resolver la libertad condicional, no se la puede denegar utilizando el mismo argumento. Remito aquí a lo ya manifestado en el escrito de solicitud de libertad condicional (fs. 26/30), especialmente lo referido al precedente "Gramajo" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Al citar el Sr. Juez de ejecución penal el fallo "Valdez" dictado el 21 de abril de 1988 por la C.S.J.N. -específicamente el considerando 4-, alude a que no está demostrado la vinculación entre la cosa juzgada de la primera sentencia condenatoria y el hecho de que el 14 del C. Penal torna más riguroso el cumplimiento de la pena impuesta en la segunda condena. Ante la formulación de tal tesis esta defensa ve que con claridad surge la antítesis sostenida en la idea de que el art. 14 del código de fondo torna más riguroso el cumplimiento de la condena. La antítesis se expresa de la siguiente manera: el art. 14 del C. P. torna más riguroso el cumplimiento de la condena dictada en segundo término porque está demostrado que Deheza debería haber obtenido la libertad condicional desde el mes de junio de 2011 -fecha de cumplimiento de las dos terceras partes de la condena-, y, por haber sido declarado reincidente en la segunda sentencia (resolución que se encuentra firme), no puede obtener la libertad condicional.

A renglón seguido el Sr. Juez de ejecución penal recurre nuevamente al precedente "Valdez" refiriendo a la necesidad de ajustar el tratamiento penitenciario al reincidente. Tal argumentación es plenamente compartida por esta defensa pública, pero la misma no tiene relación directa con la solicitud de inconstituci-

cionalidad del art. 14 C. P. Me explico. Si bien acordamos que el tratamiento penitenciario brindado en el interior de los penales no está diseñado de la misma manera a los primarios que a los reincidentes, eso, no es óbice de que no proceda la libertad condicional a los reincidentes. Sobre todo, cuando se trata de un interno que ha respondido a dicho tratamiento penitenciario de la manera esperada por los equipos técnicos del penal. Esta situación nos demuestra que, el consejo criminológico del establecimiento penitenciario de Villa María ha diseñado un esquema de mayor rigurosidad tratamental, y que él ha respondido de la manera esperada. Por ello, en este caso de ninguna manera se ha quitado la posibilidad de adecuar el tratamiento penitenciario a mi defendido. Incluso Deheza se encuentra alojado en lugares destinado a reincidentes y con el máximo de compromiso asumido por mi defendido, éste ha sabido cumplir y entender lo que se espera de él durante el encierro. Ahora es el propio Estado quien debe cumplir, concediendo la libertad condicional so pretexto de prolongar injustificadamente su detención.

Entonces, el argumento esgrimido por el Sr. juez de ejecución refiere a que “la Corte sostiene que el legislador admite que se tome en cuenta la primer condena a fin de ajustar el tratamiento penitenciario”. Esta defensa argumentó que esa situación se ha cumplido mientras Deheza estuvo detenido las dos terceras parte de su condena. Es en esa oportunidad que el Servicio Penitenciario brindó un tratamiento a mi defendido según su condición de reincidente -condición ésta no cuestionada-. Por eso mismo, no puede denegarse la libertad condicional aquí solicitada y prolongarse su detención por la mera condición de reincidente ya que a Deheza se le propuso un tratamiento penitenciario más riguroso y específico por su condición de tal.

Entonces, denegar la libertad condicional al reincidente que ha respondido a las pautas propuestas por los organismos técnicos, implica concebir la pena de prisión como una simple neutralización del condenado y, claro está, que tal concepción implica la adhesión a la teoría de la prevención especial negativa -neutralización del interno-. Ya todos sabemos que tal teoría ha sido expresamente descartada por nuestro sistema jurídico, adhiriéndose en cambio a la teoría de la prevención especial positiva -reinserción social del interno- (art. 1 y conc. de la ley 24.660 y Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y Convención Interamericana de Derechos Humanos, vía art. 75 inc. 22 de la C. Nacional). Ergo, la resolución aquí recurrida, implica también violar el art. 1 de la ley 24.660. Demás está decir que, esta ley invocada en último término y la categoría de rango constitucional de los pactos y convenciones internacionales son posteriores a las dos jurisprudencias de la Corte (1988) y a la cita doctrinaria valorada por el Sr. Juez de Ejecución Penal (1992), por lo que existe un nuevo argumento en esta oportunidad que surge de la finalidad constitucional de la privación de libertad, fundamento éste que, obviamente, no ha sido revisado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por último, se reitera que Héctor Floro Deheza ha cumplimentado la finalidad de la reinserción social querida por el legislador y por ese motivo, es merecedor de la concesión de la libertad condicional.

VI. 3: Aludiré a lo manifestado en el anteúltimo párrafo de la resolución recu-

rrida cuando el juzgador refiere que “el mayor castigo no se encuentra en un juicio moral por una particular conducción de vida -derecho penal de autor aducido-, sino que al momento de cometer el nuevo hecho ilícito el imputado no tuvo en cuenta las consecuencias que una pena de prisión importa”. Esta defensa pública entiende que el juez que condenó en segundo término sí ha tenido en cuenta ese supuesto desprecio por la norma, ya que tuvo la posibilidad de aplicar más *quantum* penal (me remito a lo ya dicho precedentemente). Y como consecuencia de ello, entiende que tal argumento queda vacío, sólo aludiéndose al denominado derecho penal de autor. Me explico.

La norma que prohíbe la concesión de la libertad condicional a los reincidentes, claramente implica realizar predicciones sobre la futura conducta del condenado, es decir, una acción aún no realizada y que no se sabe si se realizará. Es decir, se prolonga la detención porque quizás la persona privada de su libertad vuelva a delinquir; o, lo que es igual sostener que el art. 14 del C. Penal ostenta claramente un criterio peligrosista.

De este razonamiento se deriva la vulneración al art. 18 de la C. Nacional en cuanto ordena que sólo puede haber castigo penal por un hecho cometido y no por un hecho por cometer (principio de legalidad). En este sentido afirma Alderete Lobos “... la reprochabilidad y la aflicción de la pena al autor sólo adquieren legitimidad como respuesta a la realización del acto que la ley contempla y carecen de aquella si aparecen como derivación, aunque sea parcial, de algo distinto, como la personalidad, el carácter o la peligrosidad del individuo” (Alderete Lobo “La libertad condicional en el Código Penal Argentino” Editorial Lexis Nexis, pág. 1 73). Por ello, resulta contrario a la manda constitucional castigar un “ser” y no un “actuar” como debería suceder; es decir, prolongar la detención por “ser Deheza reincidente” y no por alguna nueva acción realizada (recordemos que la última acción por la que fue penalizado, ya se consideró su condición de reincidente).

Asimismo, afirma el filósofo del derecho italiano Luigi Ferrajoli “... se trata de formas de etiquetamiento y penalización de reincidentes y habituales en cuanto tales que sobrepasan el esquema teórico de la pena como consecuencia exclusiva del delito y que reproducen, con infracción del principio de igualdad, el paradigma penal constitutivo del tipo de autor” (Ferrajoli Luigi “Derecho y Razón-Teoría del Garantismo Penal” Editorial Trotta, Pág. 726).

Es por estos motivos, que entiende esta defensa pública que para este caso en concreto, la solución no puede ser otra que la declaración de inconstitucionalidad del art. 14 del C. Penal por encontrarnos en presencia de una norma que admite el denominado “derecho penal de autor”, en clara violación al art. 18 de la Constitución Nacional, otorgándose, en consecuencia, a Héctor Floro Deheza la libertad condicional.

Algunas consideraciones pertinentes

En este acápite quiero manifestar que la reincidencia declara en la Sentencia de fs. 880/890 de los autos principales, y luego mantenida por la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, ha sido a criterio de este Defensor Público declarada contrariando los principios establecidos en la normativa penal vigente.

Así el art. 50 párrafo 4º del Código Penal establece que “...La pena sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumpli-

miento hubiera transcurrido un término igual a aquel por la que fuera impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años.”

Es clara la norma de fondo cuando prescribe que para que proceda la declaración de reincidencia, el nuevo delito debe cometerse dentro de un plazo legal que será al de la pena impuesta pero que no debe ser inferior a cinco años.

Cabe destacar que la condena anterior que le fue impuesta a mi ahijado procesal consistió en seis meses de prisión de cumplimiento efectivo, por lo que el plazo que se considera en el caso particular es de cinco años.

Cabe aclarar que por mandato legal, dicho plazo debe contarse a partir del cumplimiento total de la condena, y conforme obra en la sentencia del T.O.C.F n° 2, “...habiendo cumplido con la pena impuesta el día 18 de abril de 2000...” (ver fs. 879 de los autos principales). Es decir dicho plazo se debe contar desde el 18 de abril de 2000.

Por otro lado, debo destacar que el hecho endilgado a mi representado en la condena impuesta por el T.O.C.F. N° 2, fue cometido durante el mes de julio de 2008, es decir, ocho años después de cumplida totalmente la condena anterior. Es por ello de lo narrado, debe concluirse que no existe fundamento legal para declararse la reincidencia en los presentes actuados. Lo contrario nos llevaría a sostener que el estado de reincidencia es imprescriptible, lo que se encontraría en franca contradicción a lo establecido por el legislador en el art. 50 C.P.

VII. Aplicación legal pretendida Este Ministerio Público de la Defensa pretende la remoción de la resolución dictada con fecha 16 de agosto de 2011, por el Sr. Juez a cargo de la Ejecución Penal del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de la ciudad de Córdoba, y en consecuencia, para este caso en concreto se declare la inconstitucionalidad del art. 14 del Código Penal, concediéndose a Héctor Floro DEHEZA la libertad condicional.

VIII. Reservas Ante un eventual rechazo de la vía intentada, se mantiene la reserva del Caso Federal, toda vez que los vicios señalados a lo largo del presente escrito afectan la garantía del debido proceso penal y la inviolabilidad de la defensa en juicio, el principio de legalidad, el derecho a la reinserción social, el principio *non bis in idem*, el de culpabilidad, el del derecho penal de acto, la doctrina de la arbitrariedad, garantías y principios éstos que se encuentran enumeradas en la Constitución Nacional (en los términos del art. 14 de la ley 48, arts. 18 y 75 inc. 22 de la C. N. y art. 8. 2 de la C. A. D. H.).

IX. Petitorio Por todo lo expuesto solicito
1º) Tenga por interpuesto en tiempo y forma el recurso de casación y se conceda por ante la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal el mismo, a fin de que, previo los trámites de ley, la alzada acoja favorablemente los argumentos expresados *ut supra* y se case la resolución dictada el 16 de agosto de 2011 protocolizada en L° 3 F° 73 Año 2011, concediéndose la libertad condicional a Héctor Floro Deheza.

2º) Tenga presente la reserva formulada respecto al caso federal.
Sera Justicia.

Deheza, Héctor Floro s/recurso de casación

///la Ciudad de Buenos Aires, a los 3 días del mes de abril del año dos mil doce, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Alejandro W. Slokar como Presidente y las doctoras Ana María Figueroa y Ángela E. Ledesma como Vocales, asistidos por la Secretaría de Cámara, doctora María Jimena Monsalve, a los efectos de resolver en la causa 14.721 “Deheza, Héctor Floro s/recurso de casación”, del registro de esta Sala, con la intervención del representante del Ministerio Público Fiscal, Dr. Javier De Luca, y del Dr. Nicolás Ramayón, Defensor Público Oficial “Ad-Hoc”, por la asistencia técnica del Sr. Deheza.

Efectuado el sorteo para que los Señores Jueces emitan su voto, resultó que debía observarse el siguiente orden: doctores Ángela Ester Ledesma, Ana María Figueroa y Alejandro W. Slokar.

La señora jueza Ángela E. Ledesma dijo:

-I-

Llegan las presentes actuaciones a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de casación interpuesto por el doctor Jorge Perano, Defensor Público Oficial de Ejecución Penal (fs. 14/27 vta.), contra la decisión del Presidente del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Córdoba, de fecha 16 de agosto de 2011, por medio de la cual se resolvió “I. No hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal y en consecuencia, rechazar el pedido de libertad condicional de Héctor Floro Deheza” (cfr. fs. 8/11 vta.).

Concedido que fue el recurso de casación (fs. 28/28 vta.), y radicada la causa en esta instancia, la impugnación fue mantenida a fs. 38. En la oportunidad prevista por el art. 466, C.P.P.N., tanto el representante del Ministerio Público Fiscal como la Defensa Oficial ampliaron sus fundamentos (fs. 41/43 y 46/52 vta.).

Celebrada la audiencia que prescribe el art. 468, C.P.P.N., la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

-II-

a) Con fecha 31/03/2010 se condenó a Héctor Floro Deheza a la pena de tres años de prisión y mantenimiento de la declaración del estado de reincidencia, y suspender por única vez la aplicación de la medida accesoria prevista por el art. 52, C.P.

Contra esa sentencia la defensa interpuso recurso de casación, que fue resuelto por esta Sala II -con otra integración- con fecha 29/03/2011 (reg. nro.: 18.828). En esa oportunidad se consideró que correspondía “[h]acer lugar al recurso de casación deducido por la Defensa Oficial de Héctor Floro Deheza a fs. 915/919, anular la decisión del *a quo* en cuanto al mantenimiento de la reincidencia que sostiene la suspensión por única vez de la aplicación de la medida accesoria prevista por el art. 52 del C.P.”.

Que, no obstante ello, en esa decisión se dejó expresamente de lado la invalidación del mantenimiento del estado de reincidencia a la luz del instituto de la libertad condicional (art. 14, C.P.), dado que ese agravio “en tales condiciones no podría presentarse como actual en tanto esa declaración de reincidencia sólo operaría efectos que superen lo hipotético o eventual, en las instancias de ejecución de la pena” (del voto del juez Yacobucci, al que adhirió el juez Mitchell). En el mismo sentido, se advirtió “que si bien la declaración de reincidencia obsta al egreso anticipado por libertad condicional, tal declaración revela sólo un gravamen eventual y un posible perjuicio futuro”, por lo que el recurso resultaba inadmisible en ese sentido (voto del juez García).

b) Se cuestiona ahora la decisión que denegó la libertad condicional de Deheza (cfr. fs. 8/11 vta.). Para así resolver, el juez a cargo del control jurisdiccional de la “Deheza, Héctor Floro s/recurso de casación” ello supondría una ejecución de la pena con el objetivo de neutralización, lo cual contraviene estándares del derecho internacional de los derechos humanos y el régimen nacional de ejecución de la pena. Agrega que esas disposiciones son posteriores a los precedentes y argumentos doctrinarios utilizados por el juez a cargo de la ejecución (fs. 26).

Desde otro punto de vista, aduna que la prohibición legal de otorgar la libertad condicional a aquellas personas declaradas reincidentes “implica realizar predicciones sobre la futura conducta del condenado, es decir, [...] se prolonga la detención porque quizás la persona privada de su libertad vuelve a delinquir; o lo que es igual [a] sostener que el art. 14 del C. Penal ostenta claramente un criterio peligrosista”.

Por este motivo es que considera “que, para este caso en concreto, la solución no puede ser otra que la declaración de inconstitucionalidad del art. 14 del C. Penal [pues] admite el denominado ‘derecho penal de autor’” (fs. 26 vta.).

Finalmente, advierte que la declaración de reincidencia contrarió las normas respectivas, dado que el nuevo delito fue cometido en junio de 2008, después de ocho años de haber finalizado el cumplimiento de la pena impuesta (18/04/2000) (fs. 27).

-III-

Durante el término de oficina el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia, Dr. Javier De Luca, se presenta y dictamina que se debe hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, conclusión que apoya en los siguientes argumentos.

De forma preliminar, manifiesta que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad al que se debe recurrir siempre como última instancia, cuando la contradicción con la regla de rango constitucional es manifiesta y la incompatibilidad imposible. No obstante ello, entiende que en el caso no cabe otra solución que la invalidación del art. 14, C.P.

En primer lugar, remarca que los criterios de los precedentes de la C.S.J.N. invocados por el juez de ejecución han sido refutados completamente por la jurisprudencia y doctrina posterior. Sin embargo, aclara que la solución que se pueda dar a este caso, aplicada a otras disposiciones penales, puede resultar “disvaliosa y asistemática su aplicación”. Ello así pues se podría pretender aplicar extensivamente los argumentos referidos a la reincidencia a otras prohibiciones, como por ejemplo, aquella que veda fijar como condicional una segunda condena o la de suspender el proceso a prueba a quien comete un nuevo delito.

Sobre esa base, postula que “el verdadero agravio constitucional que genera la imposibilidad de conceder la libertad condicional a los reincidentes (de reincidencia real, arts. 14 y 50 CP) radica en que esa norma es contraria al principio constitucional de readaptación social de las penas, consagrado en los arts. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [y] en el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, preceptos que tienen jerarquía constitucional en virtud del art. 75, inc. 22, C.N., y que, en nuestro derecho doméstico, también se encuentra consagrado en el art. 1, ley 24.660 (fs. 42).

En esa línea, arguye “que ningún tratamiento puede ser concebido sin esperanza, sin que la persona vislumbre la posibilidad de obtener un bien si sigue las pautas que la sociedad le sugiere y, para ello, claro está, debe existir al final del túnel una luz que le permita ilusionar una salida anticipada, que dependerá de su propio comportamiento”. Y continúa: “[c]on una disposición como la del art. 14 del Cod. Penal, todo ese postulado de las normas de jerarquía constitucional y legal, queda en la nada, porque cualquiera que sea el comportamiento del sujeto en prisión, nada cambiará su fecha de egreso, inamovible desde el dictado de la sentencia (Fs. 42/12 vta.).

Por ello, “de lo que aquí se trata es de la contraposición entre normas de distinta jerarquía y del análisis de sus fundamentos jurídicos” pues, aunque “las teorías ‘RE’ adolecen de serios problemas en la realidad [...] ello no enerva su capacidad para vencer a una norma de inferior jerarquía que las contradice. El art. 14 del CP, va en contra de lo que dicen los Pactos Internacionales citados, y eso basta” (cf. 42 vta.).

Sobre la base de esos argumentos, insiste en diferenciar la reiteración del caso con aquella que veda la suspensión de la ejecución efectiva de una nueva pena o la suspensión del proceso a prueba, porque estas “son formas de evitar la pena de prisión en casos de delitos de menor gravedad, mientras que la libertad condicional es una forma de suspensión parcial de la privación de la libertad pero no una suspensión de la ejecución de la pena” (fs. 42 vta./43).

Por esas consideraciones adhiere al planteo de la defensa y sostiene “la interpretación que considera que la prohibición de concesión de la libertad condicional a los reincidentes es automática y en todos los casos, es inconstitucional. La única forma de

salvar la norma del artículo 14 CP, es evaluar esa circunstancia en cada caso en concreto y conjuntamente con todas las demás pautas que mencionan los artículos 13 a 17 del CP y la ley 24.660 que regula la ejecución de la pena de prisión” (fs. 43).

b) En la misma oportunidad procesal se presentó el representante del Ministerio Público de la Defensa ante esta instancia, quien mantuvo la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del art. 14, C.P., y la consecuente libertad condicional de su defendido Deheza.

No obstante su ratificación de los fundamentos expuestos en el recurso de casación, agregó que “el planteo relativo a la inconstitucionalidad del art. 14 del C.P. formulado, en tanto se erige como impedimento para el otorgamiento de la libertad condicional a quienes revistan la condición de reincidentes, impone también el examen de constitucionalidad del art. 50 del mismo cuerpo normativo en torno al instituto de la reincidencia *per se*” (fs. 46 vta.).

Puntualizó que, conforme lo dijo esta Sala -con diferente integración- en su anterior intervención, al solicitar la libertad condicional se configura el agravio “a fin de habilitar el cuestionamiento del instituto, en tanto las consecuencias de la declaración de reincidencia impactan necesariamente en las disposiciones del artículo 14 del Código Penal, que establece que los reincidentes no tendrán derechos a la libertad condicional” (fs. 46 vta.).

En tal sentido, el defensor pasó a considerar una serie de argumentos -principalmente referidos al *ne bis in idem*, el principio de acto y el de culpabilidad por el hecho- que, a su entender, sustentaban esa petición.

En primer lugar, señaló que “el juicio de reproche penal será dirigido sólo contra una acción [de donde] surge la prohibición del Estado de interferir en la esfera íntima de reserva de los ciudadanos” y que “[1]a reincidencia es a todas luces una manifestación del un derecho penal de autor que [...] transgrede el principio del derecho penal de acción al sancionar al sujeto no sólo por acciones que son materia de juzgamiento sino por su forma de vida” (fs. 47/47 vta.).

Además, “compromete seriamente el principio constitucional de culpabilidad, toda vez que im-

porta una declaración que afecta la elección de vida de la persona y no la conducta sometida a proceso” (fs. 47 vta./48).

También menciona que el instituto en cuestión violentaría la prohibición de doble persecución penal por el mismo hecho. Pero hace especial hincapié en “la incompatibilidad de la norma del art. 14 del Código Penal en tanto, como consecuencia de la verificación de la aplicación del supuesto del art. 50 del mismo cuerpo normativo, afecta el fin resocializador de la pena privativa de la libertad, y el principio de progresividad que guía su ejecución” (fs. 49).

Ante el deber estatal de resocializar al condenado que se desprende de los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos (arts. 5.6, C.A.D.H. y 10.3, P.I.D.C.P.) y de las leyes locales (art. 1, ley 24.660), “la reincidencia significa castigar al individuo por la falla del Estado en su tratamiento”. Del mismo modo, entiende que, al momento de mensuración de la pena, ello debería “necesariamente operar a favor del justiciable en tanto es demostrativa de una menor culpabilidad en virtud de un aumento de la vulnerabilidad provocado por un anterior ejercicio del poder punitivo del Estado” (fs. 50).

Finalmente, cita precedentes de la Sala III de ésta Cámara y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de los que -entiende- surge el rango constitucional del fin de reinserción social de la ejecución de la pena.

En conclusión, solicita declaración de invalidez constitucional “no sólo al artículo 14 del Código Penal, sino a aquel que prevé el supuesto de aplicación del instituto de la reincidencia en el caso concreto y, en consecuencia, opera como presupuesto ineludible de la operatividad de la prohibición del caso [por lo que] ambas disposiciones en forma necesaria se encuentran alcanzadas por las críticas formuladas” (fs. 52).

Por todo ello, peticiona dejar sin efecto la decisión puesta en crisis.

-IV-

La decisión recurrida es formalmente admisible pues, si bien la decisión no es ninguna de las enumeradas en el art. 457 C.P.P.N., el Tribunal debe

conocer de la impugnación porque, además de los efectos inmediatos que produce, los agravios han sido presentados de una manera en la que *prima facie* se encuentra involucrada una cuestión de naturaleza federal, en la medida en que se postula la que los arts. 14 y 50, C.P., cuya interpretación de impone necesaria, (art. 456, inc. 14, C.P.P.N.), serían inconciliable con, entre otros, los arts. 18, C.N.; 10.3, P.I.D.C.P.; y 5.6, C.A.D.H.

Por ende, han sido presentados como una cuestión federal que en todo caso impondría su tratamiento por vía del recurso de casación en los términos de la doctrina sentada por la Corte Suprema en Fallos: 328:1108 (“Di Nunzio, Beatriz Herminia”), que ha erigido a esta Cámara como tribunal intermedio y la ha declarado “facultada para conocer previamente en todas las cuestiones de naturaleza federal que intenten someterse a su revisión final, con prescindencia de obstáculos formales” (consid. 11).

-V-

a) Conforme el principio acusatorio, atento a la conformidad del presentante del Ministerio Público Fiscal y la imposibilidad de proceder de oficio -porque no hay posición contraria a la de la defensa- corresponde analizar la legalidad de la pretensión que surge de los agravios esgrimidos.

b) Según se desprende del incidente elevado a ésta Cámara, Héctor Floro Deheza -detenido entre el 03/07/2008 y el 10/02/2009 y desde el 23/05/2010 a la fecha- fue condenado el 31/03/2010 a la pena de tres años de prisión. Luego, el tiempo que lleva en detención alcanzaría los 28 meses, ascendiendo su condena total a 36 meses. Conforme lo prescribe el art. 13, C.P., se encontraba en condiciones de egresar en libertad condicional luego de ocho meses de detención, lo que se habría cumplido poco tiempo después del dictado de la sentencia condenatoria.

Satisfecho el requisito temporal, al no existir controversia respecto de otras cuestiones que podrían resultar decisivas para definir la cuestión, ésta queda circunscripta a la determinación del impedimento establecido en el art. 14, C.P., que veda ese tipo de vuelta al medio libre cuando el condenado sea reincidente.

c) Las partes han planteado la cuestión desde una perspectiva estrictamente constitucional pero, tal

como lo señaló el representante del Ministerio Público Fiscal al momento de exponer sus fundamentos en esta instancia, ese tipo de solución al caso debe ser considerada por los jueces con extremo cuidado y adoptada sólo luego de haber agotado toda otra posibilidad de solución que -de acuerdo a derecho implique el sostenimiento constitucional de la mencionada regla.

En casos como el *sub lite*, donde se encuentra cuestionada una norma de derecho no federal, sino de derecho común nacional (Código Penal, art. 75, inc. 12, C.N.), la interpretación corresponde a los tribunales federales “según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones”. Por vía de principio y salvo algunas excepciones, su interpretación es ajena al recurso extraordinario federal (Fallos 225:51; 286:85; 292:117; 294:398; 296:464; 300:346 y 908; 306:1644; 308:199 y 367; entre otros).

La declaración de inconstitucionalidad requiere, entonces, que la regla que se pretende invalidar haya sido aplicada en el caso en concreto, pues de otra forma se declararía la inconstitucionalidad de una regla que no lo regía o que soporta una interpretación que evita su invalidación.

Cuando la regla ha sido aplicada de una forma apta para resolver el pleito y esa decisión es contraria al derecho federal invocado, luego es ineludible contrastarla con los principios constitucionales invocados. Recién allí existe una relación directa entre la decisión que la aplica y una cuestión federal.

La exégesis sobre la aplicación correcta de la norma de derecho común del caso (art. 14, C.P.) corresponde a esta Cámara, en virtud del artículo 456, C.P.P.N., por lo que corresponde determinar -previo a toda otra consideración- si ella resulta de aplicación al caso o si, como postularé, ha sido aplicada de un modo erróneo, tal que -en verdad- no rige el caso.

d) Como he señalado anteriormente, en la intervención precedente de esta Sala II se dejó -expresamente- a salvo que la discusión sobre la declaración de reincidencia a los efectos del art. 14, C.P., se debía dar al momento en que el agravio fuera actual, razón por la cual el recurso no resultaba admisible -sobre ese punto- en aquel momento; lo cual sí sucede en esta oportunidad.

En tal sentido, surge de los considerandos de ese pronunciamiento que el agravio central de la defensa consistía en la extralimitación del tribunal de juicio sobre lo pactado por las partes en el marco del procedimiento abreviado contemplado en el art. 431, bis, C.P.P.N., del cual no habría formado parte la declaración de reincidencia (cfr. puntos I y III del voto del juez Yacobucci, al que adhirió el juez Mitchell, y el juez García).

La ausencia de una solicitud al respecto por parte del representante del Ministerio Público Fiscal, y la consecuente consideración y discusión por parte de Deheza y su defensa técnica al momento de manifestar su voluntad al mencionado acuerdo, se ve corroborada por la certificación efectuada en esta instancia, de la cual surge que la petición fiscal no contenía el punto de la reincidencia.

-VI-

a) Ahora bien, ya en anteriores oportunidades he postulado que, sin perjuicio de lo sostenido respecto de los reparos constitucionales del instituto, en razón de que produce un agravamiento de la condena en violación al *ne bis in idem* (arts. 14.7, P.I.D.C. P.) y al principio de culpabilidad (art. 18, C.N.) (cfr. Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1, de San Martín, c 649, “Ortiz, J. C. s/tenencia de arma de guerra y material explosivo”, rta.: 03/05/1999, y c. 6628, “Muñoz, Jorge Lucas s/rec. de casación”, reg. nro.: 861/06, rta.: 14/08/2006, de la Sala III de ésta Cámara, entre otras), la sentencia de condena en la que dispone “mantener” la declaración de reincidencia es arbitraria al pronunciarse sobre tal tópico.

Es que si nos atenemos a las expresiones utilizadas por el tribunal en el resuelve (“mantenimiento de la declaración del estado de reincidencia”), se impone colegir que los Sres. jueces se erigen como una especie de controladores *extra legem* de la decisión adoptada por otro tribunal, en relación a aspectos puntuales ventilados en otra causa, ajenos a las circunstancias verificadas en el presente caso, pudiendo inclusive verse afectado el principio *ne bis in idem*, al volver a expedirse sobre el mismo extremo (cfr. mis votos en c. 9619 “Peñaflor, Maximiliano Rodrigo y otros s/recurso de casación” rta.: 15/03/2010, reg. Nro.: 257/10; 10.677 “Puccia Peralta, Jorge Francisco; David, Fernando Aníbal; y Porri, Jorge Alejandro s/recurso de casación”, rta.: 08/10/2009, reg. nro.: 1414/09, todas de la Sala III de ésta Cámara).

Por el contrario, si interpretáramos que los sentenciados emitieron una nueva declaración de reincidencia, no se especifica si el condenado Deheza cumplió como condenado las dos terceras partes de las penas precedentes (conf. doctrina sentada en c. 9221, “Bedoya, Mario Alberto s/rec. de casación”, reg. nro.: 1010/08, rta.: 12/08/2008 y 9086, “Gomez Castro, Enrique Horacio s/rec. de casación”, reg. nro.: 1060/08, rta.: 25/08/2008; ambas de la Sala III de ésta Cámara, entre muchas otras), ni surge que se haya discutido la reincidencia del nombrado.

Esta última circunstancia lleva a considerar, que para el análisis del caso se debe partir de que el modelo de enjuiciamiento penal diagramado por la Constitución se corresponde con el denominado sistema acusatorio, tal se desprende del análisis sistemático de su articulado (artículos 18 y 75, inc. 22, C.N.; XXVI, D.A.D.H.; 10 y 11.1 D.U.D.H.; 8.1, C.A.D.H. y 14.1 P.I.D.C.P.) y de las bases filosóficas, jurídicas y políticas que lo inspiraron (cfr., en este sentido, mis votos en las causas 4839 “Guzmán, José Marcelo s/recurso de casación”, reg. nro.: 101/2004, rta.: 11/03/2004 y 4722 “Torres, Emilio Héctor s/recurso de casación”, reg. nro.: 100/2004, rta.: 11/03/2004, todas de la Sala III de ésta Cámara).

En este modelo, el desdoblamiento de funciones acusadora y enjuiciadora, se atribuye al “deber” del ministerio fiscal de ejercer la acción penal, como función específica en los delitos de acción pública (arts. 71, C.P., y 5, C.P.P.N.).

Así las cosas, el deber de acusar consiste en la petición de actividad jurisdiccional, o “derecho de acción”, que ejercen los fiscales en nombre del interés que representan (el de la víctima), para poner así en marcha el proceso. En este orden de ideas, son los fiscales -en virtud de lo establecido por los artículos 120, C.N., y 25, inc. “c”, y 33, inc. “b”, ley 24.946- los titulares exclusivos de la acción penal pública y como tales, los encargados de intentar y lograr -si corresponde en el caso concreto- que el órgano jurisdiccional competente aplique la sanción que corresponda.

Si seguimos este razonamiento, es posible concluir que la pena solicitada por el acusador es el límite que tienen los jueces para pronunciarse. Es así que, el tribunal de juicio no puede ir más allá de la pretensión requerida por el órgano que tiene a su cargo la vindicta pública. En este sentido, se señala que

“además del límite fijado por el legislador el juez tiene otro límite: aquel fijado por el acusador, sea éste oficial o privado” (Binder, Alberto, Introducción al derecho penal, *Ad Hoc*, Buenos Aires, 2004, p.297).

Como consecuencia de ello, el tribunal no puede expedirse más allá de lo pedido. La sentencia no puede ser *plus petita*, ni tampoco está facultado para fallar fuera de la pedido *extra petita*. Ello es así, en razón de que la acusación es la que fija el límite de su conocimiento.

Estas mismas consideraciones pueden hacerse respecto de la reincidencia. Si las partes no la acordaron, pero los magistrados la estimaban procedente, se debía realizar una audiencia donde las partes pudieran debatir “la tercera opinión” del tribunal. Ello es así, como consecuencia del principio de contradicción que debe regir a lo largo de todo el proceso en razón de que se trata, como indica Montero Aroca, de un derecho fundamental de las partes (“Últimas reformas procesales en la legislación nacional y extranjera en el proceso penal: principio acusatorio”, en AA.VV., VIII Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, p. 188).

Sin embargo, en las presentes actuaciones esta situación tampoco se presentó, pues el fiscal, cuando se llevó a cabo el acuerdo de juicio abreviado, no postuló que correspondía declarar reincidente al condenado. Es decir, en el momento procesal indicado (cuando se llevó a cabo el acuerdo), quien tiene el deber de impulsar la acción penal pública no solicitó esa declaración. Ello constituye evidencia de la ausencia de discusión al respecto, y una confirmación de las manifestaciones realizadas por el defensor público oficial sobre el final de su recurso de casación (cfr. fs. 27).

De esta manera, la consideración de que Deheza es reincidente porque fue así declarado en las causas anteriores genera un gravamen para el condenado, pues aquella circunstancia debió darse en el marco del acuerdo abreviado, entender lo contrario en este caso implicaría aceptar que la sentencia impugnada es un pronunciamiento constitutivo de un nuevo estado: el de reincidente.

Bajo esa directriz, la pena que se debe ejecutar es la que se ha impuesto como consecuencia de un juicio, en la etapa correspondiente, sin que se pueda modificar -durante la ejecución de la pena-, la

situación en perjuicio del condenado sobre la base de una circunstancia que no fue contemplada al momento de dictar la sentencia, la que se encuentra firme y por lo tanto es inmodificable. Entender lo contrario atenta contra los principios de estabilidad e inmutabilidad de la cosa, que encuentran fundamento en los arts. 17, 18 y 75 inc. 22.

Por último, en caso de ser admitida su constitucionalidad, la reincidencia no es un estado que no resulte necesario declarar. Esta regla básica del derecho procesal requiere que en la sentencia se analice, en primer término, si se presentan los requisitos propios para la procedencia del instituto y, en tal caso, se lo declare. En segundo lugar, y recién a partir de esta declaración, se habilitan sus efectos o consecuencias.

Por ello, cabe concluir que en las condiciones marcadas, el fallo impugnado -en lo que a la arista observada se refiere- deviene arbitrario pues toma en cuenta un extremo que se presenta como una mera afirmación dogmática (Fallos 331:636; 330:4429; 330:3483; 330:2711; entre muchos otros), que se encuentra por fuera del acuerdo realizado entre las partes y ni siquiera mereció fundamentación alguna por parte del tribunal de juicio, porque lo que dicha decisión oficiosa debe ser invalidada.

Es que, en el caso, el juez a cargo de la ejecución pretende que se produzcan los efectos o consecuencias del instituto, sin que exista su presupuesto fundamental: validez de la sentencia constitutiva del estado en cuestión. Además de ello, adolece de toda justificación en sus considerandos del fallo (cfr. mis votos en las causas 12336 “Domenico, Juan Antonio s/recurso de casación”, rta.: 26/08/2010, reg. nro.: 1265/10; 8570, “Caetano Flores, Elbio Ciriaco s/recurso de casación”, rta.: 19/02/2008, reg. nro.: 105/08; 6346, “Sarmiento, Silvio Sebastián s/recurso de casación”, rta.: 22/03/2010, reg. nro.: 198/2006; todas del registro de la Sala III de ésta Cámara)

b) En atención a la conclusión arribada precedentemente, deviene inoficioso el tratamiento del agravio deducido por el recurrente referido a la inconstitucionalidad del art. 14 del C.P., pues, tal como lo he afirmado, esa norma no resultaba de aplicación al momento de verificar la procedencia de la libertad condicional. Igualas consideraciones caben respecto de las alegaciones del Defensor Pú-

blico Oficial ante esta instancia con relación al art. 50. C.P. (Fallos 252:373; 294:51; 300:587).

De modo que no corresponde expedirse -en este caso en concreto- sobre su validez constitucional (cfr. mi voto en la causa 12.928 “Guzmán, Dario David s/recurso de casación”).

Por las consideraciones vertidas, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación intentado, anular la decisión de fs. 8/11 vta. como acto jurisdiccional válido y, en consecuencia, devolver los presentes actuados para que se resuelva la libertad condicional solicitada por la defensa técnica de Héctor Floro Deheza (arts. 123, 404 inc., 456, inc.2, 471, C.P.P.N.).

Tal es mi voto.-

La señora jueza Ana María Figueroa dijo:

1) Que la cuestión sometida a inspección jurisdiccional se circumscribe a analizar el agravio constitucional que genera la imposibilidad de conceder la libertad condicional a los reincidentes (arts. 14 y 50 del CP).

Al respecto primeramente cabe recordar que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable, debe hacerse lugar a la inconstitucionalidad. De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (CSJN, Fallos 226:688; 242:73; 285:369; 300: 241,1087; 314:424).

Respecto de la inconstitucionalidad de la reincidencia solo habré de señalar que cuanto he

sostenido en oportunidad de expedirme sobre la cuestión aquí introducida, *in re causa* nº 12.299 “Ríos, Ramón Eduardo s/recurso de casación”. Allí concluí que resulta indudable que la norma impugnada no puede conceptuarse como desproporcionada ni arbitraria, sino que es fruto del ejercicio lícito de una potestad legislativa, quien fija la política criminal del Estado al sancionar las leyes, normas que poseen su fundamentación, las que al ser sometidas al “test de constitucionalidad y convencionalidad”, no resultan irritas o inconstitucionales.

Por ello corresponde rechazar el planteo de inconstitucionalidad de la reincidencia efectuado por la defensa.

2) Hago extensivas similares consideraciones respecto del planteo de la defensa relativo a la inconstitucionalidad del artículo 14 del Código Penal en cuanto restringe el acceso a la libertad condicional a aquellos condenados que se han declarado reincidentes, pues, por su íntima relación con las prescripciones del artículo 50 en la cual la norma encuentra su basamento.

El señor juez Alejandro W. Slokar dijo:

Adhiero a la solución propuesta en el voto que lidera el acuerdo.

De tal suerte, entiendo que dicha declaración respondió a un pronunciamiento extraño a la jurisdicción del tribunal de juicio, en tanto no había sido solicitada la declaración [de reincidencia] de parte del Ministerio Público Fiscal y, por ende, no fue materia de debate en la audiencia del art. 431 bis C.P.P.N. Así, corresponde evocar las consideraciones expresadas en oportunidad de votar en la causa 12.954 “Saavedra, Juan Carlos y otros s/ recurso de casación” (rta. el 09/02/2012, reg. N° 19.656), donde se señaló que el tribunal no puede exceder la pretensión del fiscal.

Por estos motivos, en orden al agravio relativo a la declaración de reincidencia y su inconstitucionalidad, sin perjuicio de cuanto sostuve en la causa nº 14.423 “Rearte, Mauro Germán s/ recurso de casación” (reg. nº 19569, resuelta el 21 de diciembre de 2011), comarto la solución propuesta en el punto sexto del voto que lidera el acuerdo y así lo voto.

En mérito al resultado habido de la votación que antecede, por mayoría, el Tribunal **Resuelve**:

Hacer lugar al recurso de casación de fs. 14/27 vta., anular la decisión de fs. 8/11 vta. y devolver los presentes actuados para que se resuelva la liber-

tad condicional solicitada por la defensa técnica de Héctor Floro Deheza (arts. 123, 404 inc., 456, inc. 2, 471, C.P.P.N.).

Regístrese, hágase saber y devuélvanse las actuaciones al tribunal de origen.

Parte IX. Derecho Civil. Medidas cautelares

La **Dra. María Cristina Martínez Córdoba**, Defensora Pública de Menores e Incapaces los Tribunales Nacionales de Segunda Instancia en lo Civil, Comercial y del Trabajo, presentó un recurso extraordinario federal y un recurso de queja a raíz del rechazo, por parte de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, de una medida cautelar interpuesta a favor de una menor de edad que se encontraba en estado vegetativo a causa de un accidente.

La discusión central se basó en que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al rechazar la medida cautelar solicitada por los familiares de la niña accidentada, había exigido un requisito de admisibilidad no previsto en el ordenamiento procesal.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a lo solicitado por la defensa y dejó sin efecto la decisión apelada.

Interpongo Recurso Extraordinario Federal	Excma. Cámara: María Cristina Martínez Córdoba , Defensora Pública de Menores e Incapaces ante los Tribunales Nacionales de Segunda Instancia en lo Civil, Comercial y del Trabajo, por la representación de la menor Paula Carina Pardo, nacida el 10 de abril de 1989, en los autos caratulados “Pardo, Héctor Paulino y otro c./Di Césare, Luis Alberto y otro s/Art. 250 C.P.C. - Incidente civil”, que tramitan por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 30, y en grado de apelación ante esa Sala “A” de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, me presento ante V.E. a efectos de interponer recurso extraordinario por arbitrariedad y asimismo por conculcarse expresas garantías consagradas por nuestra Constitución Nacional, respecto del decisorio de fs. 99/100vta.
I. Objeto	Que en los términos del art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y con arreglo a lo establecido por el art. 14 de la ley 48, interpongo recurso extraordinario contra el pronunciamiento de fs. 99/100vta., que revoca la decisión de la anterior instancia, obrante a fs. 12/15, esto es, el pronunciamiento del Sr. Juez de Primera Instancia por el cual se hiciera lugar a la medida autosatisfactiva peticionada por la actora en favor de la menor de edad, en razón del grave estado de salud e incapacidad en que se encuentra a raíz del accidente vial que sufriera el día 17 de abril de 2008.
II. Requisitos formales de interposición	<p>Este Ministerio de Menores se notificó de la resolución de fs. 991100 con fecha 22 de octubre de 2009, por lo que el presente se interpone dentro del plazo de diez días por ante la Cámara Civil, superior tribunal de la causa que dictó la resolución que motiva el presente.</p> <p>La cuestión federal ha sido introducida de manera oportuna por la parte actora a fs.53 vta., al contestar el recurso de apelación deducido en su oportunidad por el demandado y la citada en garantía.</p> <p>El pronunciamiento de fs. 99/100vta. afectó el derecho a la salud que le asiste a la menor, de raigambre constitucional, y que requiere en el caso de una tutela inmediata, así como a su derecho a su desarrollo en la máxima medida posible, y es contrario al interés superior de mi representada, resguardado por el art. 3º de la Convención de los Derechos del Niño, de rango constitucional. Es por ello que la resolución dictada por el tribunal reviste el carácter de sentencia definitiva en tanto ocasiona un agravio de imposible reparación ulterior.</p> <p>El decisorio dictado por la Sala “A” es de aquellos en los que “media cuestión federal bastante, por producir un agravio que por su magnitud y por las circunstancias de hecho que lo condicionan, podría resultar frustratorio de los derechos constitucionales en que se funda el recurso...” (conf. Alejandro Carrío “Garantías Constitucionales en el Derecho Penal, pág. 114 y sgtes.; Fallos: 190:124; 191:362; 301:280; 306:1312; entre otros).</p> <p>En el presente se ha dado cumplimiento con lo dispuesto por el art. 257 del Código Procesal.</p>
III. Legitimación del Ministerio Público	El Defensor de Menores e Incapaces puede interponer recurso extraordinario con independencia de los planteos que formulen los representantes necesarios.

rios de los incapaces, en virtud de la representación promiscua que tiene sobre todos los incapaces de la jurisdicción en la que ejerce su ministerio, para el amparo de los intereses patrimoniales o extrapatrimoniales y judiciales o extrajudiciales de aquellos, tal como lo prescriben los arts. 59 del Código Civil y 54 inc. a), 55 inc. b) y concordantes de la ley 24.946 y jurisprudencia del Alto Tribunal “in re” “Collado, María s/adopción” (expte. C.812-XIX, sentencia 19/9/86) y ‘Vargas, Buenaventura y otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos”, expte.v.3-XXXIV, sentencia del 31/3/92 (Fallos: 308:1679).

IV. Antecedentes del caso	<p>Cabe recordar que en febrero del año en curso los Sres. Héctor Paulino Pardo y Carina Ramona Orozco, en representación de su hija menor de edad, han promovido, en los términos del artículo 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, incidente de tutela anticipatoria a favor de la menor de edad Paula Carina Pardo.</p> <p>La menor citada ha sufrido muy graves lesiones a raíz del accidente acontecido el día 17 de abril de 2008, cuando se desplazaba con su bicicleta por el carril derecho de la calle Los Filtros, en el distrito Las Paredes, de San Rafael, Provincia de Mendoza.</p> <p>A raíz del evento dañoso Paula Pardo ha quedado desde entonces en estado de vida vegetativo y con una cuadriplejia espástica.</p> <p>A fs. 103 del expediente principal tomó intervención en autos la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de la primera instancia.</p> <p>El 4 de febrero de 2009, a fs., el Sr. Juez de primera instancia dicta sentencia. Dicho decisorio decretó como medida cautelar que el demandado Luis Alberto Di Cesare y su aseguradora Liderar Compañía de Seguros S.A., deben abrir una cuenta en el Banco de la Nación Argentina, sucursal Tribunales, donde depositarán la suma de pesos cuarenta y tres mil doscientos doce, en favor de la Sra. Paula Carina Pardo, a fin de adquirir elementos ortopédicos, y la suma de seis mil trescientos, mensuales, destinada a cuidados asistenciales, terapéuticos, de enfermería, médicos, compra de medicamentos, pañales y todo otro gasto necesario para la subsistencia de la menor de edad.</p> <p>Contra tal pronunciamiento se alzaron la parte demandada y la citada en garantía, formándose el presente incidente en los términos del art. 250 del Código Procesal. A fs. 96 y vta., el 11 de septiembre de 2009, me he expedido ante la Alzada, peticionando que se confirme el decisorio en crisis.</p> <p>A fs. 99/100vta., la Sala “A” de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil dicta sentencia por la cual revoca la decisión de la anterior instancia, que en copia obra agregada a este incidente a fs. 12/15, y consta a fs. 71 y siguientes del principal.</p>
V. Nacimiento del agravio constitucional. Los derechos comprometidos y las garantías constitucionales	<p>El decisorio obrante a fs. 99/100vta. vulnera derechos fundamentales de la menor por mí representada, consagrados en instrumentos internacionales de jerarquía constitucional (conf. art. 75, inc. 22, C.N.), tales como el derecho a la salud, igualdad ante la ley, derecho a la supervivencia y el desarrollo en la máxima medida posible.</p> <p>En efecto, la Sala “A” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en el</p>

pronunciamiento de marras, ha considerado que no corresponde acceder a la medida autosatisfactiva peticionada, por cuanto entiende que para la procedencia de este nuevo tipo de protección procesal rápida el grado de conocimiento que se necesita para despacharla es la casi certeza de que existe el derecho esgrimido en la tutela urgente.

De tal suerte, sostiene que podría atribuirse Verosimilitud del derecho, pero no se encuentra acreditada la casi certeza que se requiere en estos casos.

Ahora bien, es sabido que la reforma del año 1994 incorporó a la Constitución Nacional como valor fundamental el derecho de los individuos a la preservación de la salud (art. 42).

Por otra parte, más allá del carácter que se le asigne a la medida peticionada por los actores, esto es, su tipificación como medida autosatisfactiva, lo cierto es que lo requerido participa de los requisitos que determinan que una medida cautelar resulte admisible.

En este sentido debe tenerse presente que, en materia de medidas cautelares, quien solicita las medidas precautorias debe acreditar la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se 'evidencien fehacientemente las razones que la justifiquen (C.S.J.N., septiembre 221:1994).

Tales extremos se encuentran a criterio de este Ministerio Público suficientemente acreditados en la especie, teniendo en consideración el estado de salud en que la menor se encuentra, y en particular lo atinente al peligro en la demora en proveerle los recursos peticionados por sus progenitores.

Tratándose en la especie de uno de los derechos primordiales que asimismo tiene relación directa con la dignidad de la persona humana, cabe analizar los presupuestos básicos para el dictado de la medida cautelar en cuestión en forma amplia y con un criterio proclive a la satisfacción de las necesidades de carácter urgente que caracterizan estos casos, sin perjuicio de que un eventual exceso en la medida peticionada importaría en última instancia la correspondiente responsabilidad por parte de quien desacertadamente la impetrara.

Es que atendiendo a la necesidad de dar una adecuada respuesta al resolver sobre la viabilidad de las medidas precautorias tendientes a obtener la prestación médica urgente -íntimamente vinculadas a la efectiva protección del derecho a la salud- la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora deben apreciarse con criterio amplio a fin de evitar que durante el lapso de la sustanciación del proceso la garantía constitucional se transforme en *una prerrogativa abstracta o meramente teórica* (Albanese, Susana, "El amparo y el derecho a la salud". Diario El Derecho del 26/7/93. *Idem*, C.N.Civ., Sala "H", R. 360.813, autos "Olivola, F. A. c/Omint S.A. s/art. 250 C.P.C., 19/12/2002).

Pese al criterio ensayado por el Tribunal de Alzada, no puede desconocerse los contundentes términos que surgen del certificado médico acompañado por la parte actora a fs. 47 del expediente principal, expedido de conformidad con la historia clínica nro. 84.582, por el Servicio de Kinesiología del Hospital Schestakow de la localidad de San Rafael, Provincia de Mendoza, de fecha 28 de noviembre de 2008.

Del mismo se desprende que la Sra. Paula Pardo presenta una cuadriplejia,

secuela de traumatismo cráneo encefálico, adelantando dicho nosocomio que no contaba con la infraestructura necesaria para la atención de rehabilitación que mi defendida requiere.

A lo expuesto cabe agregar que la jurisprudencia ha decidido reiteradamente que “la atención primordial al interés superior del menor a que alude el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño, apunta a dos necesidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto, y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño...” (CNCiv. Sala “L”, 26/12/97, “T., P.M. s/protección de persona”).

En definitiva, los fundamentos que anteceden demuestran que el fallo de la Sala “A” vulnera gravemente los derechos de mi defendida y afecta el fundamental derecho a la salud que le asiste, de raigambre constitucional, así como a su desarrollo en la máxima medida posible.

Frente a casos como el que nos ocupa, no puedo dejar de ponderar que en el presente se encuentran en juego intereses que ceden a los de las partes, como son los que importan a mi representada, pasibles de una protección especial (cf. art. 3º y 27º de Convención sobre los Derechos del Niño, 8º y 19º de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-, 18º y 23º de la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), con una probabilidad cierta de ser afectados en caso de no revertirse la situación planteada acogiéndose favorablemente la apertura de la vía extraordinaria.

Por todo lo hasta aquí expuesto, y en resguardo del interés de mi representada, solicito a V.E. que, al resolver la cuestión, se haga lugar al recurso extraordinario deducido y se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

De modo que la Sala “A” ha privilegiado en la especie un aspecto manifiestamente formal y doctrinario en orden al remedio procesal intentado por la actora, cuando surge a todas luces lo impostergable de los cuidados y tratamientos de urgencia necesarios en estos casos.

En suma, el Tribunal de Alzada ha emitido entonces un fallo que no resulta ajustado a derecho porque no satisface la exigencia de constituir una derivación razonada del derecho vigente aplicable a los hechos concretos de la causa (Corte Suprema en L.L., 1992- B-445; id. L.L., 991-C-404; id. 1989-C-231).

Por todo ello, el decisorio impugnado no Constituye un pronunciamiento jurisdiccional válido y resulta violatorio de las garantías constitucionales a las que precedentemente me he referido.

Dichas garantías guardan relación directa e inmediata con lo resuelto (cf. art. 15 de la ley 48); por lo cual, corresponde habilitar la vía del remedio federal.

Nuestro más alto Tribunal ha dicho que “...cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones y evitar la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional” (Fallos: 324:122; y causa L.1153.XXXVIII “Lifshitz, Graciela Beatriz c/ Estado Nacional” del 15 de junio de 2004, conf. dictamen del Señor Procurador General, que el tribunal acoge favorablemente).

Por todo lo hasta aquí expuesto, y en resguardo del interés de mi representada, solicito a V.E. que, al resolver la cuestión, se haga lugar al recurso extraor-

dinario deducido y se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

VI. Procedencia del recurso extraordinario

El remedio federal intentado se fundamenta en la tacha de arbitrariedad contra el pronunciamiento de fs. 99/100vta., con el alcance y significado dados por el más Alto Tribunal, a efectos de que la sentencia o auto que sea equiparable a aquella sea dejado sin efecto. Ello así, por considerar que el decisorio en crisis es manifiestamente arbitrario y vulnera las garantías de la menor por mí representada, reconocidas en los Tratados internacionales de jerarquía constitucional ya mencionados.

La concesión del recurso resulta procedente por encuadrar el caso en los supuestos previstos por el art. 14 de la ley 48 y en la jurisprudencia del Alto Tribunal sobre arbitrariedad, toda vez que el pronunciamiento de fs. 99/100vta. afecta los derechos de igualdad ante la ley, derecho a la salud, derecho a la supervivencia y el desarrollo en la máxima medida posible de mi representada (arts. 2, 3, 7, 8, 23.3, 25 y 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. I, II, VII, XI, XVI, XVIII, XXIV y XXXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 1, 4, 19, 21, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 2, 9, 10, 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 2, 3, 14, 24, 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Preámbulo, Preámbulo y arts. 2, 3, 4, y 6, de la Convención sobre los Derechos del Niño). En tales condiciones, la decisión es contraria al interés superior de la menor, resguardado por el art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, de rango constitucional.

Por último, cabe recordar que nuestro más Alto Tribunal ha puntualizado que la apelación extraordinaria es no sólo viable contra la sentencia definitiva en sentido estricto sino también respecto de las que, sin serio, ocasionan un agravio de insuficiente o imposible reparación ulterior (Fallos: 103:373; en igual sentido Fallos: 146:122; 158:78; y 293:439, entre otros); tal es el caso de autos.

VII.

En virtud de todo lo expuesto, solicito a V.E. que de conformidad con lo dispuesto por los arts. 14 de la ley 48, y 256, 257 y concordantes del Código Procesal:

1. Tenga por interpuesto en tiempo y forma el presente recurso extraordinario y se corra el traslado pertinente.
2. Se conceda el recurso extraordinario deducido por este Ministerio Público.

Proveer de conformidad

Será Justicia.

**Interpongo Recurso
de Queja**

Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación:

MARÍA CRISTINA MARTÍNEZ CÓRDOBA, Defensora Pública de Menores e Incapaces ante los Tribunales Nacionales de Segunda Instancia en lo Civil, Comercial y del Trabajo, con domicilio constituido en la calle Lavalle 1220, piso 13°, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en virtud de la representación que ejerzo respecto de Paula Carina Pardo, nacida el 10 de abril de 1989, en los términos previstos en los artículos 59 del Código Civil y 55 de la ley 24.946, en los autos caratulados “Recurso de hecho deducido por la Defensora Pública de Menores de Cámara en los autos: Pardo, Héctor Paulino y otro c/Di Césare, Luis Alberto y otro s/Art. 250 C.P.C. - Incidente civil” (expte. nro. 26.977/2009), a V.E. respetuosamente me presento y digo:

I. Objeto Que, en los términos del art 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, vengo a interponer recurso de queja contra pronunciamiento dictado el 29 de diciembre de 2009, por el cual se ha desestimado el recurso extraordinario deducido por este Ministerio Público ante la Alzada.

**II. Legitimación del
Ministerio Público**

El Defensor de Menores e incapaces puede interponer recurso extraordinario con independencia de los planteo que formulen los representantes necesarios de los incapaces, en virtud de la representación promiscua que tiene sobre todos los incapaces de la jurisdicción en la que ejerce su ministerio, para el amparo de los intereses patrimoniales o extrapatrimoniales y judiciales o extrajudiciales de aquellos, tal como lo prescriben los arts. 59 del Código Civil y 54 inc. a), 55 inc. b) y concordantes de la ley 24.946 y jurisprudencia del Alto Tribunal “in re” “Collado, María si adopción” (expte. C.812-XIX, sentencia del 19 de septiembre de 1986; “Vargas, Buenaventura y otros c/Empresa Ferrocarriles Argentinos”, expte. v.3-XXIV, sentencia del 31 de marzo de 1992 (Fallos:308:1679).

III. En el caso de autos si bien la Srta. Paula Carina Pardo ha alcanzado la mayoría de edad en fecha relativamente reciente, lo cierto es que a raíz del accidente vial en el cual sufriera gravísimas lesiones, se encuentra totalmente incapacitada y totalmente dependiente.

IV. Requisitos propios

La sentencia que aquí se cuestiona emana del Tribunal Superior de la causa, según la interpretación que en este sentido formuló V.E. en Fallos 328:1108, y versa sobre una sentencia equiparable a definitiva, toda vez que suscita un gravamen de imposible o tardía reparación ulterior, en tanto vulnera en forma irremediable derechos especialmente garantizados por nuestra Carta Magna, consagrados en instrumentos internacionales de jerarquía constitucional (conf. art. 75, inc. 22, C.N.), tales como el derecho a la salud, igualdad ante la ley, derecho a la supervivencia y el desarrollo en la máxima medida posible. Por ello, el derecho federal en juego requiere tutela inmediata (Fallos: 300:642, 320:277, y 320:2105, entre muchos otros).

Por lo demás, la desestimación del recurso extraordinario causa a mi defendida un agravio que sólo puede ser reparado en los términos del art. 285 del C.P.C.C.N. y -a la par de ello- suscita cuestión federal bastante de acuerdo con

lo normado por el artículo 14 de la ley 48, en la medida en que se cuestiona la arbitrariedad de la resolución apelada, en la cual la Sala “A” de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil se ha pronunciado apartándose del derecho aplicable al caso y sobre la base de fundamentos arbitrarios derivados de una errónea interpretación de las actuaciones cumplidas por las partes, lo cual trae aparejado la constitución de una arbitrariedad fáctica, avanzando y violando de este modo las garantías constitucionales ya mencionadas.

Toda vez que la sentencia impugnada resolvió en forma contraria a los derechos federales invocados por la recurrente, el recurso extraordinario resulta formalmente procedente (artículo 14 inciso 3 de la ley 48).

Es por ello que, en virtud de las razones de hecho y derecho que a continuación expondré, solicito que se haga lugar a la presente queja, se declare procedente el recurso extraordinario, y en su hora se revoque el pronunciamiento referido, haciéndose lugar a la medida autosatisfactiva peticionada por la actora, quien insisto, se encuentra totalmente incapacitada y requiere con urgencia de los elementos y cuidados acordes con su situación.

V. Antecedentes

Cabe recordar que en febrero del año en curso los Sres. Héctor Paulino Pardo y Carina Ramona Orozco, en representación de su hija menor de edad, han promovido en los términos el artículo 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, incidente de tutela anticipatoria a favor de la menor Paula Carina Pardo.

La menor citada ha sufrido muy graves lesiones a raíz del accidente acontecido el día 17 de abril de 2008, cuando se desplazaba con su bicicleta por el carril derecho de la calle Los Filtros, en el distrito Las Paredes, de San Rafael, Provincia de Mendoza.

A raíz del evento dañoso Paula Pardo ha quedado desde entonces en estado de vida vegetativo y con una cuadriplejia espástica.

A fs. 103 del expediente principal tomó intervención en autos la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de la primera instancia.

El 4 de febrero de 2009, el Sr. Juez de primera instancia dicta sentencia. Dicho decisorio decretó como medida cautelar que el demandado Luis Alberto Di Cesare y su aseguradora Liderar Compañía de Seguros S.A., deben abrir una cuenta en el Banco de la Nación Argentina, sucursal Tribunales, donde depositarán la suma de pesos cuarenta y tres mil doscientos doce, en favor de la Sra. Paula Carina Pardo, a fin de adquirir elementos ortopédicos, y la suma de seis mil trescientos, mensuales, destinada a cuidados asistenciales, terapéuticos, de enfermería, médicos, compra de medicamentos, pañales y todo otro gasto necesario para la subsistencia de la menor de edad.

Contra tal pronunciamiento se alzaron la parte demandada y la citada en garantía, formándose el presente incidente en los términos del art. 250 del Código Procesal.

A fs. 96 y vta., el 11 de septiembre de 2009, me he expedido ante la Alzada, peticionando que se confirme el decisorio en crisis. A fs. 99/100vta., la Sala “A” de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil dicta sentencia por la cual revoca la decisión de la anterior instancia, que en copia obraba

VI. Crítica a la sentencia que denegó el recurso extraordinario federal

agregada al incidente a fs. 12/15, y constaba a fs. 71 y siguientes del principal. A fs. 102/107 la suscripta deduce recurso extraordinario contra dicho pronunciamiento de Cámara, el cual fuera contestado a fs. 132/144.

A fs. 169/170, el 29 de diciembre de 2009, la Sala “A” de la Excmo. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, rechaza el recurso interpuesto.

La resolución que denegó el recurso extraordinario resulta arbitraria y, por tal motivo, descalificable como acto judicial, toda vez que las afirmaciones del tribunal apelado resultan meramente dogmáticas y en modo alguno dan respuesta a las alegaciones de la recurrente.

Por medio del dictado de la denegatoria en cuestión, el mencionado Tribunal, sin hacerse cargo de los agravios vertidos oportunamente por la actora y por este Ministerio de Menores e Incapaces, señaló que el decisorio de fs. 99/100, además de encontrarse debidamente fundado, se asienta en cuestiones de hecho y derecho común, que no son susceptibles de revisión por la vía que se intenta sin que causen agravio constitucional alguno.

Sostuvo también el Tribunal de Cámara que en cuanto a la arbitrariedad, no autoriza a sustituir el criterio de los jueces por el de la Corte en la interpretación de cuestiones propias de aquellas, pues no tiene por objeto corregir en una tercera instancia pronunciamientos considerados equivocados por quien recurre, sino que por el contrario, reviste carácter excepcional, de modo que para su procedencia se requiere un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista, o una decisiva falta de fundamentación, circunstancias éstas que no concurren en la especie según la Sala “A”.

Ello así, añade que no se dan tampoco ninguno de los supuestos contemplados por el art. 14 de la ley 48, y concluye en definitiva que corresponde desestimar el recurso interpuesto.

Sin embargo, se ha decidido, que es admisible el recurso extraordinario aunque los agravios remitan el examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, cuando resulta aplicable la doctrina de arbitrariedad (CSJN, Fallo 319:2013 y 2959), como así también que “la prescindencia de elementos conducentes, la omisión de una adecuada exégesis de las normas invocadas y el apoyo de pautas de excesiva laxitud, constituyen causales de procedencia del recurso extraordinario, ya que redundan en menoscabo de la adecuada fundamentación exigible a los fallos judiciales y, por ende, lesionan seriamente el derecho a la defensa en juicio impugnante (CSJN, Fallos 319:1114).

En efecto, la Sala “A” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en el pronunciamiento de segunda instancia, ha considerado que no corresponde acceder a la medida autosatisfactiva peticionada, por cuanto entiende que para la procedencia de este nuevo tipo de protección procesal rápida, el grado de conocimiento que se necesita para despacharlas es la casi certeza de que existe el derecho esgrimido en la tutela urgente.

De tal suerte, sostuvo entonces que podría atribuirse verosimilitud del derecho, pero no se encuentra acreditada la casi certeza que se requiere en estos casos. Ahora bien, es sabido que la reforma del año 1994 incorporó a la Constitución

Nacional como valor fundamental el derecho de los individuos a la preservación de la salud (art. 42).

Por otra parte, más allá del carácter que se le asigne a la medida peticionada por los actores, esto es, su tipificación como medida autosatisfactiva, lo cierto es que lo requerido participa de los requisitos que determinan que una medida cautelar resulte admisible.

En este sentido debe tenerse presente que en materia de medidas cautelares, quien solicita las medidas precautorias debe acreditar la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que la justifiquen (C.S.J.N., septiembre 22- 1994).

Tales extremos se encuentran a criterio de este Ministerio Público suficientemente acreditados en la especie, teniendo en consideración el estado de salud en que la incapaz se encuentra, y en particular lo atinente al peligro en la demora en proveerle los recursos peticionados por sus progenitores.

Tratándose en la especie de uno de los derechos primordiales que asimismo tiene relación directa con la dignidad de la persona humana, cabe analizar los presupuestos básicos para el dictado de la medida cautelar en cuestión en forma amplia y con un criterio proclive a la satisfacción de las necesidades de carácter urgente que caracterizan estos casos, sin perjuicio de que un eventual exceso en la medida peticionada importaría en última instancia la correspondiente responsabilidad por parte de quien desacertadamente la impetrara.

Es que atendiendo a la necesidad de dar una adecuada respuesta al resolver sobre la viabilidad de las medidas precautorias tendientes a obtener la prestación médica urgente -íntimamente vinculadas a la efectiva protección del derecho a la salud- la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora deben apreciarse con criterio amplio a fin de evitar que durante el lapso de la sustanciación del proceso la garantía constitucional se transforme en una prerrogativa abstracta o meramente teórica (Albanese, Susana, "El amparo y el derecho a la salud". Diario El Derecho del 26/7/93. Idem, C.N.Civ., Sala "H", R. 360.813, autos "Olivola, F. A. c/OMINT S.A. s/art. 250 C.P.C., 19/12/2002).

Por lo demás, no puede desconocerse los contundentes términos que surgen del certificado médico acompañado por la parte actora a fs. 47 del expediente principal, expedido de conformidad con la historia clínica nro. 84.582, por el Servicio de Kinesiología del Hospital Schestakow de la localidad de San Rafael, Provincia de Mendoza, de fecha 28 de noviembre de 2008.

Del mismo se desprende que la Sra. Paula Pardo presenta una cuadriplejia, secuela de traumatismo cráneo encefálico, adelantando dicho nosocomio que no contaba con la infraestructura necesaria para la atención de rehabilitación que mi defendida requiere.

De modo que la Sala "A" ha privilegiado en la especie un aspecto manifiestamente formal y doctrinario en orden al remedio procesal intentado por la actora, cuando surge a todas luces lo impostergable de los cuidados y tratamientos de urgencia necesarios en estos casos.

Ello pone en evidencia que resulta desacertada la aseveración de la Cámara, según la cual las garantías constitucionales cuyo desconocimiento se alegara

carecen de relación directa e inmediata con lo decidido por el Tribunal, tal como lo exige el art. 14 de la Ley 48, para la procedencia del recurso intentado. Con tan sólo los desacertados argumentos referidos el Tribunal de Alzada ha denegado el recurso extraordinario deducido por este Ministerio de Menores adhiere, cuando de la simple lectura del mismo resulta por demás manifiesto que se trata del dictado de un proveído meramente formal, con sustento en consideraciones meramente genéricas y sin que exista referencia concreta al planteo deducido en su oportunidad por la accionante, lo cual implica que debe ser revisado por esa Excma. Corte Suprema, haciendo lugar a la presente queja. En efecto, si bien es sabido que la vía excepcional del art. 14 de la ley 48 no autoriza a la Corte Suprema a sustituir a los magistrados de la causa en la decisión de cuestiones que por su índole le son privativas y que tampoco tiene por objeto corregir sentencias que se reputen erróneas en razón de las discrepancias con la valoración de las circunstancias y pruebas del juicio o derecho común que lo rigen (conf. Fallos 293:649; 295:535), no lo es menos que ello es así, salvo que se haya incurrido en un supuesto de arbitrariedad, esto es, cuando la decisión atacada se aparta en forma inequívoca de la solución normativa prevista por la ley, carezca en absoluto de fundamentación, omita pronunciarse sobre cuestiones conducentes para la solución del litigio o se funde en afirmaciones meramente dogmáticas (conf. Fallos 295:834), presupuestos éstos que se han configurado en autos.

Como he destacado al momento de deducir el recurso extraordinario en cuestión, el Tribunal de alzada ha emitido un fallo que no resulta ajustado a derecho, al no satisfacer la exigencia de constituir un derivación razonada del derecho vigente aplicable a los derechos concretos de la causa CSJN. (Sentencia pub. En LL1992-8-445; LL 1991-c-404 y LL 1989-C-231).

En definitiva, los fundamentos que anteceden demuestran que el fallo de la Sala "A" de la Cámara Nacional en lo Civil se aparta de disposiciones expresas de la ley de fondo y disposiciones constitucionales – art. 17 C.N., art 3º de la Convención de los Derechos del Niño, de rango constitucional (cf. Art. 75 inc. 22), aprobada por ley 23.849.

VII. Petitorio Por las razones:

1. Se tenga por presentado en legal tiempo y forma este recurso de queja por denegatoria del recurso extraordinario federal interpuesto por la parte actora.
2. Se haga lugar a la queja, se declare procedente el recurso extraordinario, y se deje sin efecto el pronunciamiento apelado.

Proveer de conformidad

SERÁ JUSTICIA

**Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/art. 250 del C.P.C.
P. 24. XLVI P. 37. XLVI**

Buenos Aires, 6 de diciembre de 2011

Vistos los autos: “Recursos de hecho deducidos por la Defensora Oficial de P. C. P y la actora en la causa Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/art. 250 del C.P.C.”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que los actores -que actúan en representación de su hija incapaz- en el marco de un juicio por daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito, dedujeron un incidente de tutela anticipatoria a fin de que se condenara al demandado y a su compañía aseguradora a pagar la suma de \$ 43.212 para la adquisición de diversos elementos ortopédicos y la de \$ 6.300 mensuales para sufragar la atención médica y los gastos que el cuadro de salud de la joven requería. Sustentaron su pedido en la falta de recursos económicos y en la presunción de responsabilidad prevista en el art. 1113, párrafo segundo, segunda parte, del Código Civil, en constancias de la causa penal e informes médicos, en precedentes del Tribunal, en las normas constitucionales que tutelan el derecho a la vida y a la salud, como también en diversos tratados internacionales que preservan los derechos de los menores y de las personas discapacitadas.

2º) Que, al respecto, expresaron que el 17 de abril de 2008, en horas del mediodía, en circunstancias en que su hija -en esa época menor de edad- se encontraba circulando en bicicleta por el carril de recho de la calle Los Filtros de la ciudad de San Rafael, provincia de Mendoza, fue violentamente embestida en la parte trasera por el rodado Fiat Duna, conducido por el demandado, que circulaba en el mismo sentido a elevada velocidad; que como consecuencia del impacto -que motivó que la bicicleta quedara enganchada al automóvil y fuera arrastrada un largo trecho hasta que el vehículo se detuvo- sufrió gravísimas lesiones que llevaron al estado vegetativo en que se encuentra, con una cuadriplejía espástica de carácter irreversible.

3º) Que la sentencia de primera instancia admitió la medida anticipatoria solicitada y ordenó la apertura de una cuenta bancaria para que se de-

positaran las sumas antes aludidas, pero la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó tal decisión porque consideró que, a diferencia de las medidas cautelares clásicas, la admisión de la peticionada exigía la “casi certeza” de que el derecho pretendido existía, es decir, que se configurara una fuerte probabilidad de que el reclamo formulado sería finalmente atendido y no una mera verosimilitud del derecho, extremo que no se habría conformado en el caso.

4º) Que la alzada sostuvo también que con los escasos elementos con que se contaba en ese momento no podía tenerse por configurada la “casi certeza” requerida; antes bien, del informe de accidentología vial obrante en la causa penal resultaba que la joven podría no haber sido por completo ajena a la producción del lamentable evento, por lo que en la mejor de las situaciones para aquélla podría atribuirse verosimilitud del derecho pero no tener por acreditado, con el alcance referido, el requisito mencionado, sin perjuicio de lo que pudiera resolverse en el futuro de contarse con mayores elementos de juicio.

5º) Que contra dicho pronunciamiento los peticionarios y la Defensora Pública de Menores e Incapaces dedujeron sendos recursos extraordinarios que, denegados, dieron origen a los presentes recursos de queja, cuya acumulación se ordena en este acto dada su íntima conexidad. Sostienen que la resolución apelada debe ser dejada sin efecto porque el *a quo* ha prescindido de aplicar diversas normas contenidas en la Constitución Nacional y en tratados internacionales que cuentan con igual jerarquía, que resguardan el derecho a la vida y a la salud, al privar a quien ha quedado incapacitada en forma absoluta y con carácter irreversible de los tratamientos asistenciales, médicos y terapéuticos que resultaban imprescindibles para no agravar los daños y poner en riesgo su propia vida.

6º) Que, asimismo, se agravan porque al juzgar sobre la viabilidad de la medida cautelar innovativa, la alzada ha introducido un requisito de admisibilidad no previsto en el ordenamiento procesal ni exigido por la jurisprudencia del Tribunal, al requerir la existencia de “casi certeza” en el derecho invocado; y porque ha prescindido de aplicar

la presunción de responsabilidad que pesa sobre el dueño o guardián de la cosa riesgosa o viciosa (art. 1113, segundo párrafo, segunda parte, del Código Civil), máxime cuando la expresión utilizada en la sentencia en torno a que “la menor podría no haber sido por completo ajena a la verificación del lamentable hecho”, presupone la idea de coparticipación responsable del conductor del automóvil en la producción del accidente.

7º) Que si bien es cierto que las decisiones adoptadas en materia de medidas cautelares no son susceptibles de revisión por la vía del recurso extraordinario pues no constituyen la sentencia definitiva que exige el art. 14 de la ley 48, tal principio debe ceder cuando el fallo produce un agravio de insuficiente, tardía o difícil reparación ulterior, o bien cuando la alteración de la situación de hecho o de derecho pudiera influir en la sentencia o convertir su ejecución en ineficaz o imposible, con menoscabo de los derechos constitucionales en que se funda la pretensión (Fallos: 319:2358; 320:1633).

8º) Que tal situación se presenta en el caso porque los recurrentes han expresado -con apoyo en las constancias médicas acompañadas- que dada la insuficiencia de sus medios económicos, la falta de cobertura médica privada y las carencias del hospital público zonal para cubrir las necesidades básicas que requiere el cuidado de su hija, la demora en el inicio del proceso asistencial, terapéutico y de equipamiento ortopédico requeridos hasta el momento de la sentencia definitiva, no sólo agravará su delicado estado de salud, con claro riesgo de vida, sino que ocasionará nuevos daños irreversibles, circunstancias que permiten tener por cumplido el requisito de definitividad y ponen de manifiesto la necesidad de obtener una tutela jurisdiccional efectiva para modificar la situación en que se encuentra y evitar mayores perjuicios.

9º) Que aceptada la conclusión precedente, los agravios de los recurrentes atinentes al grado de certeza del derecho exigible en el marco de la tutela anticipada, resultan inadmisibles pues sólo dejan traslucir su disconformidad con la solución adoptada en un asunto que ha suscitado diferentes cuestiones en doctrina y jurisprudencia y no ha encontrado aún recepción legislativa, más allá de que no se advierte un claro apartamiento del criterio que la Corte Suprema ha sentado al respecto en el precedente “Camacho Acosta” (Fallos:

320:1633), en punto a la mayor prudencia que se requiere en la apreciación de los recaudos que hacen a su procedencia.

10) Que las restantes objeciones de los apelantes, por el contrario, suscitan cuestión federal para habilitar la instancia extraordinaria, pues al tiempo de examinar el requisito de verosimilitud el *a quo* ha omitido evaluar la incidencia de la imputación objetiva -a título de riesgo creado- formulada en la demanda en los términos del art. 1113, segundo párrafo, segunda parte, del Código Civil. Dicho examen resultaba particularmente exigible dado que la mención de la incidencia causal que la conducta de la víctima podría haber tenido en la producción del evento no resulta sustento bastante para denegar la procedencia de la tutela requerida, so pena de restringir injustificadamente su ámbito de aplicación.

11) Que, asimismo, no pudo pasar desapercibido para la cámara, dada la interrelación que existe entre los requisitos de admisibilidad, la relevancia que en este tipo de medidas adquiría la gravedad del cuadro de salud que presentaba la joven, ni los daños irreparables que se producirían de mantenerse la situación de hecho existente hasta el dictado de la sentencia, habida cuenta del cuidado que los jueces deben poner en la consideración de las cuestiones sometidas a su conocimiento, en especial cuando el anticipo de jurisdicción solicitado tiende a remediar un agravio a la integridad de la persona, tutelada por la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 5.1 y arts. 10, 17 y 25, respectivamente; arg. Fallos: 320:1633, considerando 9º)

12) Que ello es así pues una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor “eficacia” de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere, y en ese marco de actuación las medidas de la naturaleza de la solicitada se presentan como una de las vías aptas, durante el trámite del juicio, para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía.

13) Que la ausencia de evaluación de las circunstancias mencionadas en los considerandos precedentes, importó soslayar que es de la esencia de los

institutos procesales de excepción como el requerido, enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque se encuentran enderezados, precisamente, a evitar la producción de perjuicios que podrían generarse en caso de inactividad del magistrado y tornarse de muy difícil o imposible reparación en oportunidad de dictarse el fallo final, en razón de que por el transcurso del tiempo y la urgencia que requiere la tutela de los derechos en juego, sus efectos podrían resultar prácticamente inoperantes.

14) Que, por último, corresponde recordar que el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, lleva insita una evaluación de la amenaza inminente de los daños definitivos y del peligro de permanencia en la situación actual -aspectos ambos que resultan patentes en la causa- a fin de habilitar una resolución que, al conciliar los intereses de aquéllos, según el grado de verosimilitud, y el derecho constitucional de defensa del demandado, logre la medida necesaria y oportuna de la jurisdicción que el caso requiere, aseveración que no importa, cabe aclarar, una decisión final sobre el reclamo de los demandantes formulado en el proceso principal.

15) Que, en tales condiciones, no debería dilatarse más el tiempo todavía útil para satisfacer las expectativas de los recurrentes en punto al tratamiento de la petición cautelar, por lo que corresponde admitir la procedencia de los recursos extraordinarios interpuestos, pues media relación directa e inmediata entre lo resuelto y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas (art. 15 de la ley 48).

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declaran procedentes las quejas y admisibles los recursos extraordinarios deducidos por los progenitores de la incapaz y por el Ministerio Público de la Defensa y se deja sin efecto la decisión apelada. Con costas.

Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado.

Agréguese las quejas al principal. Notifíquese y devuélvase.

Ricardo Luis Lorenzetti - Elena I. Highton de Nolasco - Carlos S. Fayt - Juan Carlos Maqueda - E. Raúl Zaffaroni - Carmen M. Argibay (en disidencia).

Disidencia de la señora ministra doctora doña Carmen M. Argibay

Considerando:

Que los recursos extraordinarios, cuyas denegaciones originan las presentes quejas, no se dirigen contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48).

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se desestiman estas presentaciones directas. Notifíquese, previa devolución de los autos principales, archívense.

Carmen M. Argibay.

Es copia

Recurso de hecho interpuesto por Héctor Paulino Pardo y Carina Ramona Orozco, en representación de su hija P. C. P., quienes actúan por intermedio de su letrado apoderado, Dr. Gustavo Alberto Prats y, el segundo, por la Defensora Pública de Menores e Incapaces de Cámara, Dra. María Cristina Córdoba en ejercicio de la representación promiscua de la incapaz.

Tribunal de origen: Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 30.

Parte X. Derecho a la Salud. Salud Mental

La **Dra. María Florencia Hegglín**, Defensora Pública Oficial interinamente a cargo de la Defensoría Oficial ante los Tribunales Orales en lo Criminal nº 3, y la **Dra. Liliana Iurman**, Tutora Pública, ambas Cotitulares de la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional Neuropsiquiátrico de la Defensoría General de la Nación, presentaron habeas corpus a favor de dos asistidos detenidos ilegalmente en el Servicio Psiquiátrico de Varones del Complejo Penitenciario Federal Nº 1 de Ezeiza del S.P.F. (ex Unidad Nº 20) sin orden judicial competente.

El juzgado de Lomas de Zamora hizo lugar a los habeas corpus y ordenó el traslado inmediato de ambos al Hospital de Emergencia Psiquiátrica “Torcuato de Alvear” a disposición de Juzgado Nacional en lo Civil nº 84 con expresa mención de prohibición absoluta de su reingreso al Servicio Psiquiátrico de Varones –ex U. 20 del S.P.F.

**Interpone acción de
habeas corpus**

Señor Juez:

María Florencia Hegglin, Defensora Pública Oficial interinamente a cargo de la Defensoría Oficial ante los Tribunales Orales en lo Criminal nro. 3, y Liliana Iurman, Tadora Pública, ambas Co- Titulares de la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional Neuropsiquiátrico de la Defensoría General de la Nación, a V.S. nos presentamos y respetuosamente decimos:

I. Objeto Venimos por el presente a interponer acción de *habeas corpus* en favor del **Sr. Diego Alejandro Dre**, alojado en Servicio Psiquiátrico de Varones del Complejo Penitenciario Federal nro. 1 de Ezeiza del S.P.F. (Ex Unidad nro. 20), en función de las consideraciones que a continuación se expondrán.

Sin perjuicio del detalle posterior de la situación por la que atraviesa el interno, cabe adelantar a V.S. que la emergencia del remedio aquí instado obedece a la condición de detención que reviste el Sr. Dre, la cual demanda la imperiosa intervención de la jurisdicción a fin de evaluar la procedencia o no de la medida de restricción de su libertad a la cual el detenido se ve actualmente sujeto.

Sin adelantar criterio, quienes suscribimos solicitamos a V.S. que previa certificación y verificación de todos los extremos aquí invocados, se expida acerca de la legitimidad, constitucionalidad y legalidad de los alcances de la restricción de la libertad a la cual se ve sometido el Sr. Dre, y proceda a arbitrar todas las medidas conducentes a fin de disponer su inmediata libertad.

II. Legitimación y procedencia Quienes suscribimos nos presentamos en calidad de Co- Titulares de la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional Neuropsiquiátrico de la Defensoría General de la Nación.

Dicha dependencia fue creada mediante resolución N° 1421/07 de fecha 2 de octubre de 2007, por directiva de la Defensora General de la Nación, en cuyas disposiciones se encuentra previsto su fin principal cual es “...*verificar las condiciones generales de internación de pacientes psiquiátricos (...) en particular en relación con las Unidades nro. 20 y 27 del S.P.F....*”.

Toda vez que la finalidad trascendental de la Comisión es el control y seguimiento de dichas condiciones y todo parámetro que se encuentre en íntima relación con la situación de alojamiento en establecimientos destinados a la atención de salud mental, ya sean instituciones públicas o privadas o centros de detención con atención psiquiátrica; la presente acción encuentra comprobada la legitimación legalmente exigida.

Sin perjuicio de ello, subsiste aún la legitimación genérica prevista por la ley 23.098, el cual en su art. 5 prevé la facultad de interposición de la acción a cualquier persona a favor del damnificado.

III. Hechos En oportunidad de realizar una inspección de monitoreo al Servicio Psiquiátrico para Varones del Complejo Penitenciario Federal nro. 1 de Ezeiza del S.P.F., el día 23 del corriente mes y año, el equipo tratante del interno nos informó que, según se les había comunicado, el Sr. Diego Alejandro Dre se encontraría detenido a exclusiva disposición de la justicia civil. Más allá de esta información, no aportaron documentación de respaldo.

En el día de la fecha, se pudieron obtener las constancias, que se acompañan al presente, de las cuales surge que la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, con fecha 28 de febrero del año en curso, resolvió *“Confirmar parcialmente con los alcances que surgen de los considerandos, el auto documentado a fs. 98/100, punto II, en cuanto mantuvo la internación de Diego Alejandro Dre en el Servicio Psiquiátrico de Varones (Unidad 20) del Servicio Penitenciario Federal”* y *“Revocar parcialmente la misma decisión, respecto del control de dicha medida por parte del Juzgado Nacional de Ejecución Penal”*.

En virtud de lo resuelto por la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, se procedió a anotar al Sr. Dre a disposición exclusiva del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 84, en el marco del trámite del Expte. de insania que allí registra.

Según lo certificado por esta Comisión, al día de la fecha, el Sr. Dre continua alojado en el Servicio Psiquiátrico de Varones del C.P.F. 1 de Ezeiza (Ex Unidad 20), a disposición exclusiva del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 84.

Todo lo antes expuesto permite colegir que los indicios del caso, plantean la necesidad de una revisión acerca de la ilegitimidad de la decisión judicial que perpetúa la sujeción del Sr. Dre en condiciones de encarcelamiento privativas de su libertad.

IV. Fundamento El motivo de la presente acción encuentra su principal apremio en una situación de privación de la libertad de una persona que por un lado ha sido liberada por la jurisdicción penal y sin embargo se encuentra a disposición de la jurisdicción civil que perpetúa la detención.

Como podrá advertir V.S., en el caso que se presenta deberá analizarse acerca de la aptitud de la decisión del Juzgado Nacional en lo Civil de mantener en condiciones de privación de la libertad, bajo régimen penitenciario, a una persona sin orden de la justicia penal.

Acción de Habeas Corpus

Resulta pertinente a los fines de remediar la situación por la que atraviesa el Sr. Dre la promoción de la acción de habeas corpus clásico o tradicional, previsto en el art. 3 inc. 1 y 2 de la ley 23.098, por cuanto se dirige a cuestionar todo acto u omisión de la autoridad pública que implique: la limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente.

Dentro de dichos parámetros la acción de habeas corpus resulta la vía constitucional por excelencia a fin de resolver situaciones en las que media una privación de la libertad física, en este caso sin orden de autoridad competente. De las prescripciones de un Estado de Derecho en el cual prima por sobre cualquier interpretación la letra de la Constitución Nacional, deberá estarse a la estricta disposición y relación entre los arts. 18 y 43 de la misma, el primero de los cuales restringe cualquier decisión futura de privación de la libertad a una *autoridad competente* y el segundo de los mismos que prevé mecanismos de restitución inmediata de dicho derecho inalienable al ser humano, ante las limitaciones arbitrarias que el primero intentare contener.

Situación arbitraria de detención

La decisión de una autoridad jurisdiccional que no tiene competencia a fin de disponer una medida de semejante gravamen que solo se encuentra prevista constitucionalmente a la autoridad del Juez penal.

La sujeción a dicha condición torna ilegítimo todo acto jurisdiccional que así lo sustente.

Lo cierto es que se lo retiene sin encontrarse sometido a pena alguna o medida de privación de la libertad en forma preventiva, bajo las mismas formas y condiciones de una persona que sí se encuentra bajo esos requisitos. Sobre él recae el poder punitivo que ejercen las autoridades penitenciarias en una prisión, donde además de imponerse sanciones y realizarse requisas, se pautan desde sus horarios de visitas, sus visitas, sus objetos personales, la correspondencia que recibe, las llamadas que realiza e incluso su forma de vestir.

Es evidente que el interno no se encuentra sujeto a disposición de ningún operador penal; por ende constituyéndose la misma en irregular y exigible de resolución inmediata

Ello controvierte seriamente las disposiciones internacionales en materia de restricción de la libertad, entre ellos art. XXV de la Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre, art. 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Agravante del estado de salud

Al respecto cabe resaltar que es jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “...el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizada por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284, 310:112 y 323:1339)”.

Asimismo ha entendido que la vida de los individuos y su protección –en especial el derecho a la salud- constituye un bien fundamental en sí mismo, que a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal. El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la CN es un derecho implícito ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida. A mayor abundamiento sostuvo que el derecho a la salud, desde un punto de vista normativo, está reconocido en los Tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) entre ellos el art. 12 inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1, arts. 4 y 5 de la Convención sobre Derechos humanos e inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos (conf. Fallos 323:1339).

Es real que la situación actual en el país de programas de rehabilitación, espacios de consulta y tratamiento respecto de los padecimientos de salud mental; resulta seriamente cuestionada en virtud de las carencias e insuficiencias de plan social al respecto.

Sin embargo, ante la necesidad de someter a control y tratamiento a una per-

sona, y la ausencia de programas efectivos que así lo permitan; la vía de restricción de la libertad debe ser la última *ratio* y menos aún su adopción por Tribunales no competentes en la materia.

Por último, debe tenerse presente la sanción de la ley nacional de salud mental nro. 26.657 que establece que un nuevo procedimiento de internación de personas en los términos del art. 482 del Código Civil. Régimen aplicable al caso en tanto no hay medida de carácter penal vigente para el Sr. Dre. Su internación se rige exclusivamente por los términos de esta ley 26.657 en tanto internación de carácter civil.

El art. 7 establece que “el Estado reconoce a las personas con padecimiento mental, los siguientes derechos: d) derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria”, el art. 14 a su vez fija que “la internación es considerada como un recurso terapéutico de carácter restrictivo y sólo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables en su entorno familiar, comunitario o social”, el art. 20 aclara que la internación involuntaria de una persona debe ser concebida como recurso terapéutico excepcional en caso de que no sean posibles los abordajes ambulatorios y solo podrá realizarse cuando a criterio del equipo de salud mediare situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros, y por último el art. 23 impone el alta, externación o permisos de salida son facultad del equipo de salud mental y no requieren autorización del juez.

En la línea expuesta, debe tenerse presente la Resolución 1230/2006 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (BO 16/8/2006) en la que se dispuso que “*el Servicio Psiquiátrico de Varones (U.20) y el Servicio Psiquiátrico Central de Mujeres (U.27) ambos dependientes del Servicio Penitenciario Federal, alojarán solamente, a personas cuya internación haya sido dispuesta por Magistrados del Fuero Penal*”.

El cese de la intervención del fuero penal impone la inmediata liberación de Diego Alejandro Dre del Servicio Psiquiátrico de Varones del Complejo Penitenciario Federal nro. 1 de Ezeiza del S.P.F. (Ex Unidad 20), debiéndose proceder a su derivación al Hospital Interdisciplinario José T. Borda para que el equipo interdisciplinario evalúe si se dan los requisitos de internación previstos en la ley con los recaudos allí expuestos, previa comunicación al Juez titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil con competencia en asuntos de Familia y Capacidad de las Personas Nro 84 y al Defensor Público de Menores e Incapaces que corresponda.

- V. Prueba** Como fundamento del presente planteo se acompañan copias de lo resuelto por la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, de fecha 28 de febrero de 2012. En relación a la legitimación se acompañan copias de las resoluciones D.G.N. N° 1421/07 de creación de la presente Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional Neuropsiquiátrico y Res. N° 1808/10 que amplía al cuerpo de Co-titulares.

VI. Petitorio En virtud de todo lo expuesto y de acuerdo a las consideraciones aquí expuestas, solicitamos a V.S.:

- 1) Tenga por interpuesta la presente acción de Habeas Corpus
- 2) Haga lugar a la misma y disponga en el plazo inmediato la liberación del Sr. Diego Alejandro Dre.
- 3) Disponga su traslado al Hospital Borda para evaluación interdisciplinaria (art. 20 de la ley 26.657)

Proveer de conformidad

Será justicia

Interpone acción de habeas corpus	Señor juez: María Florencia Hegglin, defensora pública oficial interinamente a cargo de la defensoría oficial ante los tribunales orales en lo criminal nº 3, y Liliana Iurman, tutora pública, ambas cotitulares de la comisión de seguimiento del tratamiento institucional neuropsiquiátrico de la defensoría general de la nación, a v.s. nos presentamos y respetuosamente decimos:
I. objeto	<p>Venimos por medio del presente a interponer acción de <i>habeas corpus</i> en favor del Sr. Alexis Germán Giambisi, alojado en el Servicio Psiquiátrico de Varones del Complejo Penitenciario Federal nº 1 de Ezeiza del S.P.F. (ex Unidad nº 20), en función de las consideraciones que a continuación se expondrán. Sin perjuicio del detalle posterior de la situación por la que atraviesa el interno, cabe adelantar a V.S. que la emergencia del remedio aquí instado obedece a la condición de detención que reviste el Sr. Giambisi, la cual demanda la imperiosa intervención de la jurisdicción, a fin de evaluar la procedencia o no de la medida de restricción de su libertad a la cual el detenido se ve actualmente sujeto.</p> <p>Sin adelantar criterio, quienes suscribimos solicitamos a V.S. que, previa certificación y verificación de los extremos aquí invocados, se expida acerca de la legitimidad, constitucionalidad y legalidad de los alcances de la restricción de la libertad a la cual se ve sometido el Sr. Giambisi y proceda a arbitrar todas las medidas conducentes a fin de disponer su inmediata libertad.</p>
II. Legitimación y procedencia	<p>Quienes suscribimos nos presentamos en calidad de Co- Titulares de la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional Neuropsiquiátrico de la Defensoría General de la Nación.</p> <p>Dicha dependencia fue creada mediante Resolución DGN 1421/07 de fecha 2 de octubre de 2007, por directiva de la Defensora General de la Nación, en cuyas disposiciones se encuentra previsto su fin principal, tal es “...<i>verificar las condiciones generales de internación de pacientes psiquiátricos (...) en particular en relación con las Unidades nro. 20 y 27 del S.P.F....</i>”.</p> <p>Toda vez que la finalidad trascendental de la Comisión es el control y seguimiento de dichas condiciones, como la verificación de todo parámetro que se encuentre en íntima relación con la situación de alojamiento en establecimientos destinados a la atención de salud mental, ya sean instituciones públicas o privadas o centros de detención con atención psiquiátrica, la presente acción encuentra comprobada la legitimación legalmente exigida.</p> <p>Sin perjuicio de ello, subsiste aún la legitimación genérica prevista por la ley 23.098, que en su art. 5 prevé la facultad de interposición de la acción a cualquier persona que la arbitre en favor del damnificado.</p>
III. Hechos	<p>En oportunidad de realizar una inspección de monitoreo al Servicio Psiquiátrico para Varones del Complejo Penitenciario Federal nº 1 de Ezeiza el día 23 del corriente mes y año, el equipo tratante del interno nos informó que, según se les había comunicado, el Sr. Alexis Germán Giambisi se encontraría detenido a exclusiva disposición de la justicia civil. No obstante lo manifestado, no</p>

aportaron documentación que respaldara lo dicho.

Según las certificaciones efectuadas por esta Comisión –que adjuntamos al presente-, al día de la fecha, el Sr. Giambisi continúa alojado en el Servicio Psiquiátrico para Varones del C.P.F. 1 de Ezeiza (ex Unidad 20), a disposición exclusiva del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nº 38. En efecto, así lo dispuso con fecha 21 de noviembre de 2011 la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal –en la causa 14.439-, al resolver: “...APARTAR al Juzgado Nacional de Ejecución Penal nº 3 de esta Ciudad para el contralor de la medida de seguridad oportunamente impuesta a Alexis Germán Giambisi, y REMITIR las presentes actuaciones al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nº 38 de esta Ciudad, a sus efectos, poniendo al nombrado a su exclusiva disposición...” –conforme surge de fs. 2 de las constancias que acompañamos al presente-.

Todo lo antes expuesto permite colegir que los indicios del caso plantean la necesidad de una revisión del mismo, en función de la ilegitimidad de la decisión judicial que perpetúa la sujeción del Sr. Giambisi en condiciones de encarcelamiento privativas de su libertad.

IV. Fundamento

El motivo de la presente acción encuentra su principal objeto en la situación de restricción de la libertad de una persona que ha sido liberada por la jurisdicción penal y –no obstante ello- se encuentra privada de su libertad por mandato de la jurisdicción civil, que decide perpetuar su detención.

Como podrá advertir V.S., en el caso que se presenta deberá analizarse la legitimidad de la decisión del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nº 38, de mantener a una persona en condiciones de privación de la libertad, bajo régimen penitenciario, sin orden de la justicia penal.

Acción de Habeas Corpus

Resulta pertinente, a los fines de remediar la situación por la que atraviesa el Sr. **Giambisi** la promoción de la acción de habeas corpus “clásico o tradicional”, previsto en el artículo 3 -incisos 1 y 2- de la ley 23.098, por cuanto se dirige a cuestionar todo acto u omisión de la autoridad pública que implique: *la limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente*.

Dentro de dichos parámetros la acción de habeas corpus resulta la vía constitucional por excelencia a fin de resolver situaciones en las que media una privación de la libertad física, en este caso, sin orden de autoridad competente. De las prescripciones de un Estado de Derecho en el cual prima por sobre cualquier interpretación la letra de la Constitución Nacional, deberá estarse a lo estrictamente dispuesto en los arts. 18 y 43 de la misma, el primero de los cuales restringe cualquier decisión futura de privación de la libertad a una *autoridad competente* y el segundo, que prevé mecanismos de restitución inmediata de dicho derecho inalienable al ser humano, ante las limitaciones arbitrarias que el primero intentare contener.

Situación arbitraria de detención

En el caso, consiste en la decisión de una autoridad jurisdiccional que no tiene competencia para disponer una medida de tal gravamen, que sólo se encuen-

tra prevista y dirigida constitucionalmente a la autoridad del Juez penal. El deber de sujeción a esta condición, torna ilegítimo todo acto jurisdiccional que no se avenga a aquél precepto.

Lo cierto es que se retiene a **Giambisi** sin encontrarse sometido a pena alguna o medida de privación de la libertad en forma preventiva, bajo las mismas formas y condiciones de una persona que sí se encuentra bajo esos requisitos. Sobre él recae el poder punitivo que ejercen las autoridades penitenciarias en una prisión, donde además de imponerse sanciones y realizarse requisas, se pautan sus horarios de visitas, quiénes pueden visitarlo, la disponibilidad sobre sus objetos personales, la correspondencia que recibe, las llamadas que realiza e, incluso, su forma de vestir.

En función de las certificaciones efectuadas, es evidente que el interno no se encuentra sujeto a disposición de ningún operador penal; por ende, su permanencia en las precarias condiciones actuales deviene irregular y torna exigible su inmediata y legítima resolución.

La permanencia del Sr. **Giambisi** en su actual lugar de alojamiento controvirtió palmariamente las disposiciones internacionales en materia de restricción de la libertad, entre ellos el art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Agravante del estado de salud

Al respecto, cabe resaltar que es jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “*...el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizada por la Constitución Nacional*” (Fallos: 302:1284, 310:112 y 323:1339). Asimismo, ha entendido que la vida de los individuos y su protección –en especial el derecho a la salud- constituye un bien fundamental en sí mismo, que a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal. El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la CN es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida. A mayor abundamiento, sostuvo que el derecho a la salud, desde un punto de vista normativo, está reconocido en los Tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22), entre ellos, en el art. 12 inc. “c” del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el inc. 1 de los arts. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (conf. Fallos 323:1339).

No desconocemos que la situación actual en nuestro país en lo relativo a programas de rehabilitación y espacios de consulta y tratamiento respecto de los padecimientos de salud mental, se encuentra seriamente cuestionada, en virtud de las carencias e insuficiencias de planes sociales al respecto.

Sin embargo, ante la necesidad de someter a control y tratamiento a una per-

sona con padecimiento mental y la ausencia de programas efectivos que así lo permitan, la vía de la restricción de la libertad debe ser la última *ratio*, y menos aún debe proceder su adopción y/o mantenimiento por Tribunales no competentes en la materia.

Por último, deben tenerse presente los principios contenidos en la ley nacional de salud mental nº 26.657, que -entre otros preceptos- establece un nuevo procedimiento de internación de personas, en los términos del reformulado art. 482 del Código Civil. Este régimen resulta aplicable al caso, en tanto no hay medida de carácter penal vigente para el damnificado. Su internación se rige exclusivamente por los términos de esta ley 26.657, en tanto la misma reviste carácter netamente civil.

El art. 7 de la ley 26.657 establece que *“el Estado reconoce a las personas con padecimiento mental, los siguientes derechos: ...d) derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria”*, el art. 14, a su vez, dispone que *“la internación es considerada como un recurso terapéutico de carácter restrictivo y sólo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables en su entorno familiar, comunitario o social”*; el art. 20 establece que la internación involuntaria de una persona debe ser concebida como recurso terapéutico excepcional, en caso de que no sean posibles los abordajes ambulatorios y solo podrá realizarse cuando a criterio del equipo de salud mediare situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros, y -por último- el art. 23 prevé que el alta, externación o permisos de salida son facultad del equipo de salud mental y no requieren autorización del juez.

En el marco de los lineamientos que vienen siendo sostenidos, debe tenerse presente la Resolución 1230/2006 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (B.O. 16/8/2006), mediante la que se dispuso que *“el Servicio Psiquiátrico de Varones (U.20) y el Servicio Psiquiátrico Central de Mujeres (U.27), ambos dependientes del Servicio Penitenciario Federal, alojarán solamente a personas cuya internación haya sido dispuesta por Magistrados del Fuero Penal”*.

El cese de la intervención del fuero penal (conforme se desprende claramente de las constancias que adjuntamos al presente) impone la inmediata liberación de **Alexis Germán Giambisi** del Servicio Psiquiátrico para Varones del Complejo Penitenciario Federal nº 1 de Ezeiza (ex Unidad 20), debiéndose proceder a su inmediata derivación al Hospital Interdisciplinario José T. Borda, a efectos de que un equipo interdisciplinario evalúe si se dan los requisitos de internación previstos en la ley, con los recaudos allí expuestos, previa comunicación al Juez a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil con competencia en asuntos de Familia y Capacidad de las Personas nº 38 y al Defensor Público de Menores e Incapaces del fuero civil que corresponda.

- V. Prueba** Como fundamento probatorio de este planteo, adjuntamos a fs. 1/3 del presente las certificaciones actariales producidas por esta Comisión.
En lo que respecta a la legitimación, acompañamos a fs. 4/6 copia de la Reso-

lución D.G.N. 1421/07, mediante la que la Defensora General de la Nación dispuso la creación de la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional Neuropsiquiátrico que integramos.

VI. Petitorio En virtud de todo lo expuesto y de acuerdo a las consideraciones efectuadas, solicitamos a V.S. que:

- 1) Tenga por interpuesta la presente acción de Habeas Corpus en favor del damnificado **Alexis Germán Giambisi**;
- 2) Haga lugar a la misma y disponga en un plazo inmediato la liberación del Sr. **Alexis Germán Giambisi**;
- 3) Disponga su traslado al Hospital Interdisciplinario José T. Borda para su evaluación interdisciplinaria (art. 20 de la ley 26.657).

Proveer de conformidad

Será justicia

Habeas Corpus a favor de los internos Diego Alejandro Dre y Alexis Germán Giambisi

//mas de Zamora, 30 de marzo de 2012.

Autos y vistos:

Para resolver en esta **causa n° 6747** del registro de la Secretaría n° 4 de este Tribunal y la n° **6773** acumulada a la presente;

Y considerando:

I.- Que mediante las presentaciones efectuadas por las Defensoras Oficiales Dras. María Florencia Hegglin y Liliana Iurman se interpuso acción de *habeas corpus* a favor de los internos Diego Alejandro Dre y Alexis Germán Giambisi -fs.1/7 y 43/49 respectivamente-.

Fundan dichas peticiones en que los internos Dre y Giambisi continúan privados de su libertad, alojados en el Servicio Psiquiátrico para Varones del Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza del S.P.F. y anotados a exclusiva disposición del Juzgado Nacional en lo Civil n° 84 y 38 respectivamente.

II.- Que en el día de la fecha se llevó a cabo la audiencia dispuesta en el artículo 14 de la ley 23.098 con los internos Dre y Giambisi, el Sr. Defensor Oficial “ad hoc”, los miembros de los equipos tratantes de cada uno de los nombrados y representantes del S.P.F.

Que en la misma expresó el equipo tratante del interno Dre que se encuentra abocado al seguimiento del estado psiquiátrico-psicológico del nombrado desde el día 24 de enero del cte. año, explicando que su diagnóstico sería una esquizofrenia paranoide en diagnóstico diferencia con un trastorno bipolar, además de poseer antecedentes de abuso de sustancias.

Agregaron que luego de una evaluación exhaustiva determinaron que el lugar conveniente donde debería estar alojado el interno Dre sería en los hospital Alvear o Borda, ya que, según explicaron las licenciadas presentes en la audiencia, el programa PRISMA se ocupa de abordar patologías agudas, de internos que se encuentran alojados en el ám-

bito del sistema carcelario federal con la intervención de un juez penal, aclarando que Dre se encuentra en condiciones de ser externado de dicho programa debiendo continuar el tratamiento en los hospitales antes nombrados, ya que no resulta apropiado el actual lugar de alojamiento pues escapa al marco para el cual fue creado.

Refirieron que Dre se encuentra en estado agudo y que actualmente representa riesgo para sí y para terceros en base a su estado crítico, razón por la cual necesita continuar internado en alguno de los hospitales antes citado para su tratamiento. Agregó la médica psiquiatra que Dre no deseaba ser internado en el hospital Borda debido a que en internaciones anteriores no estuvo bien en dicha institución, agregando la psicóloga que tal como fue hablado con Dre en el día de ayer, si en el hospital Alvear no hubiere lugar, el nombrado accedería a ser internado en el Borda.

Por otro lado, refirió el equipo tratante del interno Giambisi que lo trata desde el 20 de mayo del pasado año y que su patología encuadra en una esquizofrenia paranoide con antecedentes de abuso de sustancias. Agregaron que el nombrado está en condiciones de ser externado del programa PRISMA, ya que fue declarado inimputable y cesó la medida de seguridad impuesta, encontrándose actualmente a disposición del Juzgado Nacional en lo Civil n° 38.

Manifestaron además que el lugar correcto para continuar el tratamiento y/o internación, resulta ser el hospital Borda, ya que Giambissi ha estado internado en otras oportunidades en dicho nosocomio y además se beneficiaría terapéuticamente con los talleres artísticos que brinda dicho hospital, de los cuales ha participado activamente.

Finalmente refirieron que Giambissi continúa con delirios más allá de no estar en un estado “hiper agudo”, por lo que requiere una internación para continuar con el tratamiento que está llevando a cabo, para que progresivamente mejore, resultando en la actualidad un riesgo para terceros, aconsejando que el lugar de internación sea el Hospital Borda.

Cedida la palabra a los representantes del S.P.F, solo refirieron que como consecuencia de la resolución 1230/2006 se ordena que el Servicio Psiquiátrico Central de Varones y el Servicio Psiquiátrico Central de Mujeres, ambos dependientes del S.P.F, deberá alojar solamente a personas cuya internación haya sido dispuesta por Magistrados del Fuero Penal, adhiriendo a lo manifestado por los equipos tratantes de los internos Dre y Giambissi.

Finalmente, se le cedió la palabra al Sr. Defensor Oficial “ad hoc” quien refirió que “en primer lugar y a fin de no entrar en reiteraciones innecesarias hace propio los dichos vertidos por las Dras. Hegglín e Iurman en sus escritos de habeas corpus. Sin perjuicio de ello, cree que se debe establecer las cuestiones a debatir por S.S. La primera de ellas es la que está orientada a determinar qué Juzgado debe continuar con el abordaje de los nombrados. En ambos casos, es absolutamente claro que la intervención del Juzgado Penal ha cesado, ello atento la declaración de inimputabilidad de los nombrados. Dichas medidas, han sido confirmadas en el caso de Dre por la Cámara del Crimen y en el caso de Giambissi por la Cámara Nacional de Casación Penal. Ahora bien, en el caso de Dre la Jueza Civil interveniente, aún antes de que Dre sea sometido a la jurisdicción penal no acepta lo dispuesto por la Cámara del Crimen y así se lo hace saber a dicho tribunal. Sobre esta resolución de fecha 28 de marzo destaca que no tiene presente la citada magistrado que no estamos hablando de una persona privada de su libertad, sino de una persona que en su momento estaba sometida a una medida de seguridad la cual una vez que cesa implica que la justicia penal no deba continuar en el contralor de la misma, sino que le corresponde ello al Juzgado Civil que tiene que tratar la incapacidad del Sr. Dre. Distina fue la decisión adoptada por el Dr. Aon a cargo del Juzgado Nacional Civil n° 38. Expresamente dicho magistrado reconoce la competencia de su juzgado en la materia y así se lo hace saber al hospital Borda requiriéndole un informe de abordaje terapéutico interdisciplinario conforme la ley 26657, el cual surge de la documental remitida a este Juzgado debería ser llevado a cabo en el día de la fecha, con lo cual entiende que la cuestión debatida quién debe controlar el seguimiento psiquiátrico y psicológico de los accionantes en este caso a quedado zanjado. Sentado lo expuesto señala que siguiendo los lineamientos expuestos por los representantes legales del S.P.F. cualquier detención o privación de la libertad de una persona

en un establecimiento carcelario no está autorizada, hágase al título que se haga por cuanto pueden recibir personas y consecuentemente mantenerlas derivadas de magistrados del fuero penal, motivo por el cual considera que de persistir esta situación la detención se transforma en detención ilegítima, debiéndose disponer su inmediata libertad. En este mismo sentido y en un caso similar al presente lo resolvió el Dr. Santa Marina el 22 de diciembre de 2010 en la causa n° 9944 del registro de la secretaría n° 1. Ahora bien, la segunda cuestión a zanjar luego de escuchar a los equipos tratantes es, ¿qué hacemos con los mismos?. La ley 26657 establece que resulta necesario hacer un abordaje previo a fin de disponer internaciones de personas con patologías psiquiátricas. En ambos casos tal como surge de ambos legajos, existen los informes interdisciplinarios elaborados por el prisma, los que incorporan expresamente a los mismos en dichos programas en los términos de la ley 26657. Vale destacar que los equipos tratantes han continuado con el abordaje de los accionantes y a sus conclusiones aportadas en el día de la fecha me remito, motivo por el cual, de conformidad lo que surge de los artículos 14 y sgtes. de la citada ley, debe disponerse por intermedio de S.S. la internación inmediata en los centros hospitalarios señalados en la presente audiencia y que se comunique lo resuelto a los Juzgados civiles intervenientes a fin de que continúen con el seguimiento de Giambissi y Dre. Entiende de que de tener favorable acogida lo requerido por la defensa deberá ser comunicada a ambos juzgados civiles, a la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y a la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal como así también al Ministerio Público de la Defensa ya que es el organismo que debe continuar con la debida asistencia de los sres. Dre y Giambissi”. -fs. 79/81-.

III.- Ahora bien y puesto a analizar sobre las cuestiones traídas a tratamiento, adelanto que habré de hacer lugar a la acción articulada.

Efectivamente el interno Diego Alejandro Dre fue declarado inimputable –artículo 34 del C.P.- y sobreseído consecuentemente por aplicación del artículo 336 inciso 5to del Código Procesal Penal de la Nación por orden del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n° 21, secretaría n° 165. Por ello, dijo la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que se mantenía la internación de Diego Alejandro Dre en el Servicio Psiquiátrico Central de Varones del

S.P.F. y que cesaba la intervención del Juzgado Nacional de Ejecución Penal respecto del control de dicha medida –fs. 8/10-.

Como consecuencia de lo dictaminado por el Superior, la titular del Juzgado Nacional en lo Civil 84 manifestó que no correspondía aceptar lo decidido por la Cámara en cuanto ponía a su disposición el control del alojamiento de Diego Alejandro Dre en el Servicio Psiquiátrico Central del Varones del S.P.F., agregando que el tribunal penal debió haber mantenido la intervención provisoria del respetivo Juzgado Nacional de Ejecución Penal hasta tanto el juez civil aceptara lo allí decidido o se dirimiese la cuestión de competencia –fs. 23/28-.

Distinta fue la situación resuelta por el Juzgado Nacional en lo Civil nº 38 respecto de Alexis Germán Giambisi –quien también fue declarado inimputable- al resolver, el 28 de febrero del cte. año, que lo debía evaluar el equipo profesional del Hospital Borda en los términos de la nueva ley de Salud Mental –ley 26.657-.

Que tal como informa el Jefe del Departamento Judicial del C.P.F. I de Ezeiza, Giambisi fue trasladado al Hospital Borda y reintegrado al S.S.C.V del C.P.F. I, luego de ser evaluado por dicho nosocomio, el que informó que el causante debía continuar con el tratamiento psiquiátrico y psicoterapéutico en una institución especializada acorde a su consumo de sustancia –fs. 73-.

Que en el día de la fecha, la Dra. Ilundain dispuso que se proceda a una evolución del interno Giambisi a través del equipo del Hospital Borda, quedando a criterio del Servicio de Salud interviniente proceder conforme lo previsto en la ley 26.657 en caso de no resultar posibles abordajes ambulatorios -fs. 67.

IV.- Es sabido que las personas con discapacidad psicosocial han sido invisibles y marginadas de la garantía de ejercicio de sus derechos fundamentales en nuestra sociedad. Ello ha ocurrido merced a que la diferencia que supone la discapacidad mental ha sido percibida como motivo de segregación y naturalización de la exclusión concomitante.
¹Como ha sido reconocido por nuestro Máximo

¹ Mental Disability Rights International (MDRI) y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *Vidas arrasadas: la segregación de las personas en los asilos psiquiátricos*

Tribunal en los casos “Tufano” y “R., M.J.”,² conforman un colectivo social en particular situación de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono, y un grupo de riesgo con “debilidad jurídica estructural”, lo que conlleva la necesidad de una protección especial de parte del derecho y del sistema judicial argentino en su conjunto.

En el año 2008 nuestro país se comprometió a iniciar un proceso de cambio en relación al tratamiento de las personas usuarias de los servicios de salud mental. Esa transformación se traduce en una obligación que el Estado argentino ha aceptado al ratificar la *Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad* de la ONU (en adelante *Convención* o *CDPD*), la cual se encuentra en plena vigencia e implica un profundo cambio de paradigma en la temática.

Según su art. 1, son personas con discapacidad *“aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”* La Convención se fundamenta en el llamado “Modelo Social de la Discapacidad”, que establece que la discapacidad obedece a causas preponderantemente sociales (art. 1, 2º párr.).

Lo que se intenta es superar el sistema clásico tutelar de protección de las personas con discapacidad que ha vulnerado en forma reiterada y diversa los derechos humanos de este grupo social, confinándolos al olvido, el abandono y la segregación. Se ha abierto un camino que implica un cambio desde el clásico modelo tutelar hacia un modelo de inclusión, en el cual estas personas son reconocidas como sujetos de derecho, con capacidad de decisión y de ejercicio de sus derechos.

La base de la Convención es el reconocimiento de las propias personas con discapacidad para autoafirmarse como ciudadanos con igual dignidad y valor que los demás, promoviendo y asegurando

argentinos. Un informe sobre Derechos Humanos y Salud Mental, Siglo XXI Editores, Argentina, 2007 [en adelante, “Vidas arrasadas”]. pág. 359. El informe completo se encuentra disponible en www.cels.org.ar.

² Ver CSJN, Expte. C 1511 XL, “Tufano, Ricardo Alberto s/Internación” 27-12-2005; y CSJN, Expte. C. 1195. XLII. R., “M. J. s/insanía”. 19-02-08.

el “*goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad*” (Artículo 1 CDPD). Al ratificar la Convención, nuestro país hace suyos y se obliga a respetar y garantizar, los principios generales en los que ella se fundamenta, los cuales están dados por el respeto a la dignidad, la autonomía individual, la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana, la igualdad de oportunidades y la accesibilidad (Artículo 2 CDPD).

En sintonía con los postulados de la Convención, recientemente el Congreso ha aprobado por abrumadora mayoría la ley N° 26.657, (en adelante “la ley” o “la ley de Salud Mental”), cuyo objetivo primordial es “asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental” (Art. 1).

Debido a que los síntomas que presentan las personas usuarias de los servicios de salud mental pueden sufrir enormes variaciones a lo largo del tiempo, es fundamental, entonces, asegurar que se lleven a cabo revisiones sistemáticas y periódicas, a cargo de órganos de supervisión independientes, para proteger el derecho a la libertad y para garantizar el goce de sus derechos con la mayor amplitud posible.

En su informe sobre Salud Mental y Derecho a la Salud, el Relator Especial sobre el Derecho a la Salud de la ONU, Paul Hunt, afirma enfáticamente que las personas “deberán poder recurrir a un órgano de revisión independiente encargado de examinar periódicamente los casos de admisión y tratamiento involuntarios”, el cual deberá tener la facultad de revocar una internación involuntaria en caso de que juzgue “inapropiado o innecesario” continuar con la internación.

En efecto, las personas que están sujetas a una internación psiquiátrica involuntaria deben tener el derecho a que su caso sea examinado “periódicamente” y a “intervalos razonables”³.

³ Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental de la Asamblea General, op. cit., principio 17.3.

En este sentido, la CSJN definió inequívocamente que para que la internación psiquiátrica involuntaria no se transforme en una detención arbitaria, debe asegurarse una revisión judicial inmediata y periódica sobre la medida, mediante un procedimiento rápido, sencillo y dotado de todas las garantías del debido proceso. En particular, la CSJN ha manifestado que: (...) “la medida de privación de libertad del paciente debe ser revisada judicialmente mediante procedimientos simples, expeditivos, dotados de la mayor celeridad y, si correspondiera prolongarla por razones terapéuticas, ello deberá 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 de una pena privativa de la libertad sin límite de duración (...)”

(...) En esa inteligencia, resulta imperioso insistir en que apenas hayan cesado las causas que determinaron la internación, el paciente tiene derecho al egreso, sin que ello implique dar por terminado el tratamiento ya que él mismo puede optar por continuarlo, conforme es su derecho”⁴.

En ese orden de ideas, las personas declaradas inimputables en razón de su padecimiento mental no deben ser alojadas en prisiones. Así, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas prescriben “*los alineados no deberán ser recluidos en prisiones. Se tomarán disposiciones para trasladarlos lo antes posible a establecimientos para enfermos mentales.*” (Regla 82).

La prescripción de no alojamiento en prisiones constituye un estándar internacional que, establecido en las referidas Reglas Mínimas, se complementa con las disposiciones de los “Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental”⁹ y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Las medidas de seguridad aplicadas en casos como el presente, tiene por finalidad proveer tratamiento y no castigar con privación de la libertad a quienes

⁴ CSJN, “R.M.J. s/Insanía”, op. cit., considerando N° 10.

no son pasibles de reproche penal. En consecuencia, tampoco debieran ser alojados en Unidades Penitenciarias- instituciones esencialmente destinadas a la implementación de penas privativas de la libertad- quienes se encuentran bajo medidas de seguridad curativas.

De la misma forma, dichas medidas de seguridad dictadas en razón de las declaraciones de inimpuntabilidad por padecimiento mental, poseen como límites los principios de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, igualdad y tutela judicial.

En ese orden de ideas, la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal en los autos “Gonzalez Cristian Fabián s/recurso de casación” ha sostenido que “*Sobre el presente tópico, con acertado criterio se ha sostenido que “[l]as llamadas medidas de seguridad para las personas incapaces de delito que protagonizan un conflicto criminalizado, particularmente cuando se trata de una internación manicomial, implican una privación de libertad por tiempo indeterminado, que no difiere de una pena más que en su carencia de límite máximo y, por ende, por la total desproporción con la magnitud de la lesión jurídica causada. Así lo entendían los códigos liberales del siglo pasado y, por ello no las establecían, o bien, cuando lo hacían era sólo para suplir lo que hoy, en cualquier caso de dolencia mental grave, debe corresponder al juez civil en función de disposiciones de derecho psiquiátrico. Habiendo en la actualidad disposiciones legales de derecho psiquiátrico, no es racional sostener que una persona, por el azar de haber puesto en funcionamiento las agencias del sistema penal, resulte sometida a esa potestad con la posibilidad de sufrir una pena indeterminada, que incluso puede ser perpetua. La agresividad de un paciente mental no depende del azar de la intervención punitiva, sino de características de la enfermedad que debe valorar el juez civil en cada caso (...) Dado que la internación de pacientes agresivos se halla legalmente regulada, no se explica una regulación diferente para quienes son objeto del poder criminalizante”* (ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Tratado de Derecho Penal, Parte General”, pag. 70, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2003).

Cerrando el cuadro que vengo analizando, en particular del beneficiario Dre, considero que el planteo efectuado por la Titular del Juzgado Nacional en lo Civil nº 84 y sin entrar en el análisis del mismo, es dable destacar que resulta aplicable

al caso el fallo 311-1473 de nuestro más Alto Tribunal en el que ha sostenido que: “*... la promoción de una contienda insustancial como la actitud de no dirigir la pesquisa hacia la obtención de un mayor grado de conocimiento sobre el objeto procesal, sino con orientación casi exclusiva al logro de elementos que permitan revisar lo decidido en materia de competencia, paralizando de hecho el trámite principal, entraña un grave daño a la administración de justicia.”; “corresponde llamar la atención del juez federal, si las actuaciones posteriores a la traba de la contienda por la que dicho magistrado pretendió desprenderse del conocimiento de la causa e hizo saber a la Corte el rechazo del juez provincial a continuar la investigación, encubren un conflicto insustancial, contrario a la administración de justicia y a los derechos de los procesados que están privados de su libertad” (Fallos, 3312-1895) y “los procedimientos que conducen a plantear contiendas de competencia insustanciales causan un grave daño a la administración de justicia, por lo que corresponde advertir al magistrado que promovió innecesariamente una nueva contienda” (fallos 311-1949).*

Así, con la jurisprudencia señalada precedentemente, mal puede el Magistrado del fuero civil desprenderse de la responsabilidad que le cabe en el seguimiento de la internación psiquiátrica del amparado Dre, pretendiendo devolver la jurisdicción a la Alzada que resolviera su competencia en el marco de su materia específica. De tal forma, y más allá del planteo que correspondiera debe continuar hasta que se resuelva lo contrario con el seguimiento del amparado.

A mayor abundamiento he de señalar que el precedente jurisprudencial citado *ut supra* queda clara que la competencia en el caso aquí tratado es resorte exclusivo de la justicia civil, tal como lo ha entendido debidamente el titular del Juzgado Nacional en lo Civil nº 38.

No puedo dejar de soslayar que ha resultado fundamental para la decisión que he de tomar respecto al cambio de lugar de internación para los amparados de autos los informes psiquiátricos psicológicos efectuados por las responsables del dispositivo de tratamiento de personas con padecimiento mental alojadas en el S.P.F. “PRISMA”, ya que los mismos encuadran en un todo en las previsiones estatuidas en el artículo 16 y concordantes de la ley 26.657, no resultando por ende pasibles

de aceptación los rechazos elaborados que podrían efectuar un cuerpo de guardia que no ha tratado y asistido a los amparados, ya sea de los hospitales Borda y Alvarez a los que serán derivados.-

Otra cuestión resultará a futuro cuando luego de realizar una seria y profunda evaluación por parte de los mismos y ya con la intervención del juez civil competente, ejecuten medidas en el marco de la ley nacional de Salud Mental.-

Por todo ello, es que

Resuelvo:

I.- Hacer lugar a la denuncias de *habeas corpus* efectuadas por las defensoras oficiales Dras. María Florencia Hegglin y Liliana Iurman a favor de Diego Alejandro Dre y Alexis Germán Giambisi (artículo 3º inciso 2º de la ley 23.098).

II.- Ordenar la internacion inmediata de Diego Alejandro Dre en el Hospital de Emergencia Psiquiátrica “Torcuato de Alvear” con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a exclusiva disposición del Juzgado Nacional en lo Civil nº 84 con expresa mención de prohibición absoluta de su reingreso al Servicio Psiquiátrico de Varones –ex U. 20 del S.P.F.-, ello bajo apercibimiento de lo normado en el artículo 239 del Código Penal.

III.- Ordenar la internacion inmediata de Alexis German Giambisi en el hospital de salud Mental “J. T. Borda” con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con expresa mención de prohibición absoluta de su reingreso al Servicio Psiquiátrico de Varones –ex U. 20 del S.P.F.-, ello bajo apercibimiento de lo normado en el artículo 239 del Código Penal.

IV.- Hacer saber al servicio psiquiátrico para varones del s.p.f. que deberá en forma inmediata proceder al traslado de los sres. Dre y Giambisi a los hospitales citados en el punto que antecede.

V.- Comunicar a los Juzgados Nacionales en lo Civil nº 84 y 38, a la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, al Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción nº 21 de Capital Federal y a la Defensoría General de la Nación, con copia de la presente resolución.

VI.- Proceder a la devolucion de las historias clínicas y legajos personales de Dre y Giambisi al personal penitenciario.

Anótese, regístrate, ofíciuese, notifíquese conforme al artículo 18 de la Ley 23.098.