

Sumario

AÑO I - Nº 2 - MAYO 2007

ES UNA PUBLICACIÓN DEL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA
Defensoría General de la Nación
Av. Callao 970 Piso 6º
Ciudad Autónoma de Buenos Aires
C1023AAP
Tel.: (011) 4814 - 8417 / 22 / 23 / 52
Fax: (011) 4814 - 8437

Editora: Stella Maris Martínez
Director: Gabriel Ignacio Anitua

Producción editorial:
Editores del Puerto s.r.l.

ISSN 1850-4027

2 Editorial

Por Stella Maris Martínez

Foro de opinión

- 3** La prueba ilícitamente obtenida: una cuestión de legitimidad, por Perfecto Andrés Ibáñez

- 13** De la seguridad de los derechos: el debate sobre la violencia de género en el ámbito jurídico y el movimiento feminista, por Encarna Bodelón González

- 26** Derechos de las personas privadas de libertad durante el proceso penal. Cuestiones y propuestas, por Antonio Doñate Martín

- 41** Contexto sociopolítico en el que se desempeña la defensa pública en la Argentina, por Daniel Erbetta

- 48** Los derechos humanos de las personas privadas de la libertad durante el proceso penal, por Mario Alberto Juliano

- 55** Legislaciones prohibicionistas en materia de drogas y daños a los derechos fundamentales, por María Lucía Karam

- 70** Algunos modelos para la canalización y defensa de los derechos fundamentales de los reclusos, por Iñaki Rivera Beiras

Nuestra doctrina

- 85** Reflexiones acerca de la Acordada N° 4/2007 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por Mariana Grasso

- 91** La defensa del derecho a la identidad. El rol facilitador de la Justicia. Consideraciones en torno a un caso, por Carolina Paladini

- 98** El rol del defensor de menores e incapaces en lo Civil, en la protección del patrimonio, por María Teresa Porcile de Veltri

Planteos defensistas

- 107** “Recurso de hecho deducido por Hugo D. Amoedo, Gustavo O. Ramírez, Jorge Rino Ruarte, José María Teruel y Héctor Daniel López en autos Alcaraz, Oscar Antonio s/P.S.A. de Robo calificado - causa N° 30/2000”, por Stella Maris Martínez

- 133** M. R. V. promueve acción de amparo, por Patricia A. G. Azzi

- 149** “López, Cristian Óscar p/extradicción (Juez letrado de Primera instancia en lo penal y de menores de 4to. Turno de Maldonado)”, por Roque Ramón Bronzuoli

- 155** “Almeida, María Marta s/recurso de casación”, por Guillermo Lozano

- 183** Informaciones

Editorial

Es una profunda satisfacción y una inmensa alegría presentar este segundo número de la Revista del Ministerio Público de la Defensa; una satisfacción, por el nivel de los contenidos de esta presentación, que se equiparan holgadamente con la calidad de los publicados en el primer número y porque nuevamente son, en su gran mayoría, producto de las actividades cotidianas protagonizadas u organizadas por los distintos magistrados y funcionarios que componen el plantel jerárquico de nuestra institución.

En la primera sección, denominada “Foro de opinión”, figuran colaboraciones de juristas y académicos, gran parte de los cuales ha intervenido en los cursos de capacitación y jornadas de perfeccionamiento organizadas por la Defensoría General de la Nación. En la segunda, llamada “Nuestra doctrina”, hay trabajos jurídicos realizados por Magistrados del Ministerio Público de la Defensa, que así expresan sus preocupaciones y demuestran su compromiso con la tarea que desarrollan habitualmente. La tercera sección, “Planteos defensistas”, es una clara muestra de la labor de nuestra institución, exemplificada mediante presentaciones judiciales que juzgamos relevantes ya sea por la riqueza de su contenido o por el resultado obtenido. La última sección, “Informaciones”, da muestra de las distintas actividades que se llevan a cabo en el ámbito de este Ministerio Público, con miras al fortalecimiento institucional.

Se respeta de esta manera la estructura del primer número, poniendo mayor énfasis, en esta nueva entrega, en las presentaciones y artículos en materia civil y de amparos por derechos sociales. Con ello damos cuenta de las importantes funciones que en ese terreno cumplen los Magistrados especializados en dichas áreas y demostramos el integral rol de garante de los derechos humanos que cabe al Ministerio Público de la Defensa en nuestra organización social.

Más arriba se señalaba que la aparición de este segundo número es también una alegría, puesto que demuestra que es posible consolidar en el tiempo un órgano de comunicación propio del Ministerio Público de la Defensa. Y porque ello redundará en un mayor conocimiento de la naturaleza y funciones de nuestra organización.

Ello parece especialmente importante en un momento en que se encuentra en elaboración un proyecto destinado a introducir profundas modificaciones en el ordenamiento procesal federal, mediante el cual, no dudamos, deberá afirmarse y fortalecerse el sistema de defensa pública vigente en nuestro país, considerado un modelo a seguir por diversos países de América Latina y Europa.

Sin más, invitamos al lector a participar de este espacio de diálogo, abriendo la posibilidad de que se convierta en autor en los próximos números o que nos haga llegar sus aportes y sugerencias para contribuir a elevar el nivel de la publicación y, en consecuencia, tender al fortalecimiento de la institución que esta Revista representa.

La prueba ilícitamente obtenida: una cuestión de legitimidad

Perfecto Andrés Ibáñez*



La de “verdad” es una categoría central del proceso penal, que constituye un cierto universal en la materia, al menos como referencia ideal y con independencia de la mayor o menor funcionalidad real de los medios puestos en juego para tratar de obtenerla.

Ello se debe a que el proceso penal suele estar en principio presidido por la pretensión de saber “qué ha pasado”, a partir de la constatación de un hecho perturbador de la normalidad que, al menos *prima facie*, se presenta como resultado de una acción humana posiblemente delictiva. Es lo que dota al proceso de una relevante dimensión cognoscitiva.

En efecto, el proceso penal, que es expresión de poder, constituye, al mismo tiempo, la manifestación de una voluntad de saber. Esa relación de saber-poder siempre en estrecha implicación, la puso de manifiesto Foucault, y sobre ella ha discursido, más recientemente, con singular agudeza Ferrajoli.

El “saber” en la materia confiere al poder seguridad, a la vez que le aporta legitimación. Conocer (para reaccionar), si es posible de inmediato, al autor y la naturaleza de la acción que ha causado alguna commoción en la ciudadanía es algo que da a ésta seguridad y solvencia política a quien se la proporciona.

Es por lo que el proceso penal, incluso en sus modalidades arcaicas, aparece siempre orientado a la búsqueda de una verdad de hecho. Siempre, también, en un marco diversamente reglado. Por lo general, con el fin de dotar a las actividades en que se expresa de la racionalidad necesaria en la relación medios/fines. Obviamente, según los criterios de racionalidad imperante.

Es paradigmático al respecto el caso del régimen probatorio de las ordalías, ingenuamente mágico desde una perspectiva actual, pero cargado de sentido cuando se repara en que rigió en un contexto presidido por la idea de que las cosas y acontecimientos de este mundo estaban gobernados, desde la trascendencia, por algún ser providente. Y, siendo así, nada más sensato que tratar de implicarle, recabando su colaboración, para llegar a saber por ese medio, con la mayor certeza, lo realmente sucedido en casos ciertamente graves, como suelen ser los que ocupan a la justicia criminal.

Un propósito semejante es el que informará, más tarde, la opción por el sistema de prueba legal, consistente, como se

* Magistrado del Tribunal Supremo.
España.

sabe, en la predeterminación (doctrinal, en realidad) de estándares de valoración de la prueba. Todo con objeto de eludir el coeficiente de inseguridad necesariamente asociado al criterio del (de cada) juez frente al caso.

Y en la misma línea se mueve, en fin, la alternativa de la libre convicción judicial, inspirada en la, entonces, atractiva experiencia del jurado inglés, en vista del grado de arbitrariedad a que había dado lugar el modelo de prueba basada en las prácticas de la justicia del *ancien régime*.

El proceso inquisitivo constituye un punto de referencia de consideración imprescindible a la hora de discurrir acerca de la relación entre proceso penal y verdad. Tenido, por indudable influencia religiosa, por una forma particular de la general lucha contra el mal, partía de una idea de verdad de hecho como entidad metafísica y al tiempo objetivamente existente en la realidad fáctica. Siendo así, y dada la singular relevancia del aludido objetivo institucional, el indicio de delito fue tomado como parte atendible o antícpio de lo efectivamente acontecido, de lo que el sospechoso sería la mejor y más auténtica fuente de conocimiento. De aquí una consecuencia escalofriante, formulada por Pedro de Castro con singular claridad: “la sospecha justa es punible”. Y así, el proceso puede ya empezar a castigar con total legitimidad.

A pesar de todo, lo cierto es que el proceso inquisitivo también conoció reglas, entre otras, la de que cualquier indicio no habilitaba para la aplicación de la tortura. Por eso, Farinacio –según recuerda Damaska– argumentó en sus *Consilia* (s. XVI) que ni siquiera el principio podía dispensar de la observancia del rito en tema de tortura; y consideró ilegítima una condena obtenida con violación de los *derechos naturales* del imputado.

Pero no puede decirse que ése fuera un criterio universalmente imperante. Al contrario, si alguna regla tenía general vigencia en la materia es la consagrada en el brocardo: “*In atrocissimis leviores conjecturae sufficient, et licet judici jura transgredi*”. Esto es: “En los delitos más atroces bastan las más leves conjeturas y es lícito al juez transgredir el derecho”. O lo que es lo mismo, en presencia de la sospecha de un delito particularmente grave, se atenúa la fuerza vinculante de las normas que rigen la materia probatoria.

Como es sabido, el proceso penal inquisitivo hizo crisis por la interacción de dos causas: su radical injusticia y la mala calidad de verdad que producía, no obstante no reparar en medios para conseguirla. De una y otra cosa da cuenta de forma altamente expresiva Manzoni en *Historia de la columna infame*. También la comprometida reflexión crítica de los juristas de la Ilustración. En efecto, los más caracterizados de éstos, traen al primer plano de su preocupación la dimensión cognoscitiva del proceso penal. Beccaria reclamará un proceso idóneo para la “indagación indiferente del hecho”. Murena postulará la verdad como básico fundamento de la justicia.

Muratori insistirá en la necesidad de una indagación judicial presidida por la *indiferencia*, precisamente, como garantía de neutralidad en la averiguación. Filangieri atribuirá a “la imbecilidad de los jurisconsultos” el sacrificio de inocentes provocado por la vigencia de la máxima *“In atrocissimis...”*.

Avanzando en esa misma línea, Pagano defenderá con eficacia el paradigma del juicio contradictorio, porque –escribió– la verdad es como la luz, que brota del entrechocar de dos cuerpos. Y, en fin, Bentham pedirá transparencia para el enjuiciamiento, porque la publicidad es la esencia de la justicia.

Con estos materiales como fundamento y por reacción frente a las atrocidades del proceso penal del antiguo régimen, es como se abrirá camino el proceso penal de inspiración liberal-democrática. En él late con fuerza la idea matriz de que la indagación de un posible delito afecta siempre a personas concretas en su dignidad, libertad, fama, a lo que se debe la asunción del principio de presunción de inocencia como piedra angular del nuevo sistema. Y, como resultado de esta opción, la asunción de un distinto concepto de verdad. Ésta ya no es un fetiche al que todo deba sacrificarse; tampoco un resultado que pueda obtenerse a cualquier precio. Lo buscado es una evidencia intersubjetivamente controlable que fluya a través de un procedimiento respetuoso con los valores de las personas afectadas.

Tal es el contexto en que se fraguan las garantías del imputado, para Carrara, reglas procesales ordenadas a: frenar la violencia de los jueces; asegurar la obtención de la verdad por procedimientos racionales; que deben ser necesariamente vinculantes, pues, de otro modo operarían como simples “consejos”; para lo que su inobservancia habrá de ser conminada con la sanción “natural” de nulidad, pues, de otro modo, se incuraría en una “mixtificación maliciosa”.

También Lucchini entendió que las reglas procesales son presupuesto necesario de la tutela de los fines del proceso y que, por eso, su incumplimiento tendría inevitable repercusión negativa en la calidad del juicio. Por eso, a su entender, si concurriera, no bastaría la mera declaración de la nulidad del

juicio, sino que ésta debía tener la consecuencia práctica de llegar hasta donde lo hiciera el nexo causal, privando de efectividad a los actos correspondientes.

En definitiva, la clase de verdad procesal resultante del esfuerzo doctrinal y práctico de que da fe este breve elenco de aportaciones es la asociada al principio de presunción de inocencia. Menos ambiciosa, más modesta en su alcance, como corresponde al fruto del conocimiento probable, pero de infinita mayor calidad, por el carácter racional y racionalmente controlable del curso de su obtención.

En esta perspectiva, el principio de presunción de inocencia tiene dos dimensiones: una jurídica, de raíz ético-política, y otra epistémica o de método. La misma doble vertiente que Ferrajoli atribuye, en general, a las garantías procesales que, en su criterio, lo son simultáneamente “de libertad” y también “de verdad”.

A este planteamiento, hoy de relieve constitucional en la generalidad de los países, se suele oponer un doble tópico, que se concreta en dos afirmaciones: el principio de presunción de inocencia es un límite, por tanto, no funcional, a la obtención de la verdad; y así, opera exclusivamente en beneficio del imputado. Del “culpable”, se dirá a veces, extremando el discurso.

La primera afirmación es inaceptable, pues con ella se pierde de vista que el principio de presunción de inocencia impone un modo de actuar rigurosamente inspirado en el paradigma indiciario. Éste exige que el proceso se instale únicamente en presencia de indicios de delito lo bastante objetivables como para que puedan ser intersubjetivamente valorados; que las hipótesis de significación acusatoria se formulen con el necesario rigor.

El paradigma indiciario tiene indudable trascendencia epistémica. En efecto, impone *ignorancia* o, lo que es lo mismo, neutralidad en el punto de partida, es decir, ausencia de prejuicios. Requiere el mayor contenido posible de verdad en la imputación: no sirve cualquier sospecha, no cabe moverse *por olfato*. Y con ello, procura una tendencial aproximación objetiva a la verdad empírica ya desde el inicio.

Ocasionalmente, es cierto, el principio de presunción de inocencia podrá entrar en contradicción con el imperativo de búsqueda de la verdad. Será en aquellos casos en los que, por razón de derechos fundamentales, se dé preferencia a otros valores. Cuando la tensión de los dos polos –“verdad” y “libertad”– resaltados por Ferrajoli, se resuelva en perjuicio del primero.

Pero lo cierto es que, en general, el principio de presunción de inocencia con el cuadro de garantías que impone es realmente funcional a la obtención de una verdad de calidad: por la tendencial objetividad en el tratamiento de los indicios que asegura; porque anticipa el umbral de la contradicción como método de obtención de los datos relevantes; porque impone desde el inicio el *juego limpio* en el tratamiento de éstos.

Tampoco la segunda de las afirmaciones citadas puede mantenerse. Pues el principio de presunción de inocencia responde a un interés no menos público que el que informa la aplicación del *ius puniendi* que, por otra parte, sólo se sostiene, constitucionalmente hablando, si se encuentra eficazmente presidida por aquél.

Esto era así ya en el Estado liberal y debe predicarse con mucha más razón del vigente Estado constitucional de derecho, que implica una constitucionalización normativa, fuerte, tanto de los derechos fundamentales sustantivos generalmente afectados por el proceso (integridad física, dignidad y libertad personal, intimidad), como de las garantías procesales, que son función de aquéllos y que, no por casualidad, han asumido, a su vez, en este modelo la categoría de derechos fundamentales. Y siendo así, es claro que sólo el respeto a todos ellos legitima el ejercicio de la potestad punitiva.

Ésta –no importa insistir– afecta siempre de manera intensa a los derechos fundamentales, pues implica un ejercicio de poder especialmente incisivo en la microdimensión personal del implicado en una causa como imputado. Es por lo que la aplicación del derecho penal debe estar rodeada de garantías. Entre ellas, las primeras, las relativas a la formulación de las prescripciones de orden sancionador en que se concreta, que deben responder no simplemente al principio de legalidad, sino al que Ferrajoli ha llamado de *legalidad estricta*, que impone que las conductas prohibidas se hallen descritas en la ley con el máximo de taxatividad, para evitar intolerables extensiones en su interpretación. Ahora bien, con todo, esa vinculación del intérprete, ni siquiera en el mejor de los supuestos será la ideal: es inevitable que él mismo, aquí, el juez, al adecuar el imperativo de la norma al caso, ponga algo de su propia cosecha. Es decir, haga uso de un segmento de poder que no estará efectivamente cubierto por la habilitación normativa, de lo que se sigue cierto coeficiente de *ilegitimidad* siempre asociado a esa dimensión de *extrapoder*, a la que Ferrajoli se ha referido de manera bien expresiva como

“poder de disposición”. Por eso, en la materia tiene especial relieve la cuestión de las garantías, pues de la eficacia de su incidencia real dependerá la calidad del respeto de los derechos fundamentales y, como consecuencia, la propia legitimidad de la función jurisdiccional.

De otra parte, tal exigencia garantista, en la medida en que se orienta a dimensionar y racionalizar normativamente el ejercicio del poder del juez, refuerza también su dimensión cognoscitiva, procurando la mejor calidad del enjuiciamiento. Es por lo que puede decirse con fundamento que en el Estado constitucional de derecho la doble vertiente de las garantías procesales se encuentra reflexivamente asumida. En efecto, pues en el proceso, además de la tutela de los derechos fundamentales implicados, cuenta su condición de *proceso de adquisición de conocimiento sobre hechos*. Esto es, su dimensión epistémica, que se concreta, esencialmente, en dos prescripciones de método: el tratamiento de la acusación como hipótesis, y la vigencia, por regla general, del principio de contradicción en todo el curso de la causa.

Se trata de planos que están íntimamente relacionados, ya que en el proceso penal el juez sólo será tercero si el imputado goza de derechos que delimiten su espacio en relación con el de la acusación, que es lo que hará posible la dialéctica del contradictorio.

Pues bien, el esquemáticamente diseñando es el contexto jurídico-político de las ilicitudes probatorias que, por lo dicho, en el Estado constitucional de derecho concurren cuando se produzca una lesión de los derechos fundamentales del imputado en la obtención de una fuente de prueba. Es algo que, con mayor grado de probabilidad, acaecerá en el marco de las intervenciones de la policía, donde las prescripciones legales de garantía están más expuestas al incumplimiento, por la habitual falta de transparencia y la unilateralidad de la actuación. Pero no debe excluirse que los derechos fundamentales del imputado puedan resultar lesionados también con ocasión de alguna diligencia de investigación judicial del fiscal.

A tenor de lo expuesto, es preciso afir-

mar que en la disciplina constitucional del proceso, que es el referente de esta exposición, la vulneración de los derechos fundamentales del imputado implica no sólo una irregularidad, por la ruptura de una forma legal, sino que, además, acarreará a ilegitimidad sustancial de la intervención. Y esto, por pura coherencia normativa, impone la inutilizabilidad radical del conocimiento así obtenido, como consecuencia ineludible.

En efecto, el Estado constitucional de derecho no puede permitirse –so pena de radical inconsistencia– la actuación del *iustitia puniendi* en contra o fuera de sus propias reglas, dotadas del máximo rango normativo. Hasta el punto que mientras los derechos fundamentales sustantivos admiten atenuaciones ciertamente constitucionales, como previstas en el texto fundamental, no ocurre lo mismo, en cambio, por ejemplo, con el derecho a la presunción de inocencia.

La concepción teórica de la prueba ilícitamente obtenida tiene un referente habitual en la doctrina americana de “los frutos del árbol envenenado”. En ella, los primeros, por imperativo de una lógica elemental, participarían de la propia contaminación inhabilitante de que estuviera aquejado el segundo, cuya degradación radical tendría, de este modo, un efecto extensivo.

El planteamiento se encuentra acogido en alguna jurisprudencia, como la que se expresa en el caso *Mapp vs. Ohio*: en el supuesto de no utilización de la prueba de cargo obtenida en un allanamiento ilegítimo, es la ley misma la que dispone la impunidad del delincuente. Lo contrario haría del derecho fundamental afectado una promesa vacía. La aplicación de las reglas del debido proceso no puede quedar al arbitrio de cualquier policía.

Pero no es tal el criterio de la jurisprudencia dominante que reconoce la existencia de garantías procesales, pero éstas no gozan de la calidad de derechos fundamentales de naturaleza procesal. Y así, no existe un derecho fundamental que excluya *per se* la prueba ilícita por violación de alguna de aquéllas.

Consecuentemente –*New York vs. Quarles* (1984)– en los Estados Unidos, las ilicitudes probatorias son “medidas profilácticas y no

derechos en sí mismos protegidos por la Constitución". Lo que quiere decir que, en sus pretensiones, no van más allá de procurar el *deterrent effect*, un efecto disuasorio, es decir, desincentivador de prácticas del género que, sin embargo, en general, serán válidas en sus resultados.

Para calibrar la eventual –inusual– necesidad de un efecto más radical, se impone la realización de un *balancing test*, al objeto de comprobar hasta dónde sería preciso llegar para la protección del derecho fundamental (sustantivo) concernido en el caso concreto. Partiendo de que la declaración de inutilizabilidad radical no será necesaria salvo que fuera imprescindible para *desalentar* a los agentes policiales de la realización de prácticas ilegales.

Diferente es el caso del vigente sistema español. Aunque hoy, lamentablemente, hay que precisar que *sólo* en el plano normativo.

Con una formulación, desde luego mejorable, pero clara, el artículo 24 de la Constitución española consagra una disciplina del proceso, de ese rango, de la que forma parte el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser informado de la acusación y el *nemo tenetur*.

El artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe: "No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales".

Así, es claro, en la lógica de esta norma, su aplicación, requiere como presupuesto causal, directo o indirecto, la vulneración de un derecho fundamental en la obtención de una información de cargo. Una vez constatada, acarrearía como consecuencia la absoluta exclusión de ésta, que no podrá operar de manera alguna en el proceso.

Por tanto, constatada la violación de un derecho fundamental, serán inutilizables los resultados tanto de la prueba matriz como los de la(s) prueba(s) refleja(s).

Este planteamiento tuvo acogida –no entusiasta, ciertamente– en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo; hasta la sentencia del primero nº 81/1998. Según ella, la antijuridicidad resultante de la vulneración de un derecho fundamental producida en la adquisición de una prueba no se transmite necesariamente a toda la información que pudiera tener origen en esa fuente. Para que ello suceda, hará falta que entre la prueba matriz y la prueba refleja concorra –además de la conexión causal *natural*, que es la que opera en el plano empírico y se concreta en la efectiva transmisión de un cierto dato cuyo conocimiento es penalmente relevante– una conexión *jurídica*, operante sólo en el plano jurídico-formal.

En consecuencia, la prescripción del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial admite excepciones. Aunque sólo en el caso de la prueba refleja¹, cuando *no se transmita* a ella la antijuridicidad que hubiera ocurrido en la obtención de la prueba matriz.

¹ En general pues, por ejemplo, en el caso del recurso de amparo resuelto mediante sentencia 22/2003, de 5 de marzo, el Tribunal Constitucional decidió en el sentido de dar valor al resultado de la prueba original, denunciada como en sí misma ilegítima por el recurrente. Se trataba de un registro domiciliario en la vivienda de un matrimonio, autorizado sólo por la esposa, en una causa en la que su interés estaba en contradicción con el del marido quien, como "interesado" (del art. 569 Ley de E. Criminal), tendría que haber prestado también su consentimiento, pues, de otro modo, habría sido precisa la autorización judicial del allanamiento. La ausencia de esa autorización (y la falta de presencia del afectado, cuando ya estaba detenido) no fue obstáculo para dar valor al resultado de la intervención, porque el Tribunal Constitucional entendió que los funcionarios actuaron de buena fe y en la creencia sólidamente fundada de hacerlo respetando la Constitución.

Según el mismo Tribunal Constitucional, para determinar la eventual producción de ese efecto, o sea, para verificar si en el caso puede hablarse de “conexión de antijuridicidad”, es preciso comprobar qué garantía se ha visto menoscabada y cómo, es decir, la índole, las características y el resultado de la vulneración (plano interno). Y, luego, (en el plano externo) evaluar si concurre y hasta qué punto la necesidad de tutela del derecho fundamental afectado.

Después de este doble juicio, cabrá hablar de prueba refleja constitucionalmente *legítima* si la obtenida puede considerarse *jurídicamente ajena* a la vulneración del derecho fundamental producida en la obtención de la prueba matriz; y si la tutela del derecho fundamental afectado no exige mantener la prohibición de valorarla.

Conforme a este criterio, puede decirse, del régimen de excepciones a la regla de exclusión probatoria propia del sistema vigente en los Estados Unidos (fuente independiente, nexo causal atenuado, descubrimiento inevitable), sólo se admitiría la segunda.

Supuesto tipo de un tal modo de operar es el del cuerpo del delito obtenido, por ejemplo, en el curso de un registro domiciliario constitucionalmente ilegítimo, cuya existencia resultase luego reconocida en un *juicio con todas las garantías* por el imputado morador de la vivienda. La razón es que, según la línea doctrinal que acaba de exponerse, en casos como éste, el juego de las garantías procesales en la obtención de la información que compromete al imputado, constante el *nexo causal natural*, tendría, sin embargo, la eficacia de rescindir el *nexo jurídico*. O lo que es lo mismo, por el juego de aquéllas, la información inculpatoria transmitida en el desarrollo del trámite de la causa habría quedado depurada de su antijuridicidad original, con efecto retroactivo, por tanto. Todo un ejercicio de prestidigitación judicial y jurídica, que, seguramente, habría merecido la atención del Wiethölter de *Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica*.

Es claro que, con semejante planteamiento, el Tribunal Constitucional prescinde de las exigencias del modelo constitucional

del artículo 24 de la Constitución, en particular el derecho a la presunción de inocencia, con su implicación necesaria, que son las consecuencias que impone el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. También de las diferencias esenciales de este sistema con el propio de los Estados Unidos. Y que, en fin, desatiende ostensiblemente el sentido –clarísimo– del enunciado legal: “directa o indirectamente”, conforme al cual: *tertium non datur*.

El Tribunal Constitucional, con su doctrina, incurre en varias graves falacias, de demoledores efectos antigarantistas. Veámoslo.

Es, ciertamente, insostenible la distinción de dos tipos de conexión, *natural* y *jurídica*. Primero, porque en este caso, es bien claro, *lex non distingue*. Y, en segundo término, porque no se entiende cómo sería posible abstraer la determinación o dimensión jurídica de la actuación de unos sujetos oficiales, que discurre por cauces formalizados, en un marco institucional y mediante el uso de medios de esta clase. Y, en consecuencia, no hay manera de entender cómo cabría *reducir* a un supuesto ámbito de *naturalidad* tales cursos de acción.

Hay que calificar asimismo de falacia la idea de que la prueba refleja sea considerada *independiente*. El elemento probatorio inmediatamente derivado de ella podrá ser –también y sólo inmediatamente– atribuido a un medio de prueba diferente, pero en absoluto dotado de *independencia* respecto de la viciada prueba matriz. En efecto, las garantías procesales, como el respeto de las reglas del interrogatorio judicial y el derecho de defensa, tutelan al declarante con un efecto actual, es decir, de presente. Pero, en el caso, lo hacen en la permanencia del presupuesto de la existencia del dato o datos resultado de la prueba matriz constitucionalmente ilegítima, *sine qua non*. Y esta ilegitimidad constitucional no es en modo alguno reversible, por lo que, no ya las respuestas del imputado que se autoinculpa, sino, antes aun, las propias preguntas del fiscal deben considerarse ilegítimas, viciadas de raíz. Incluso “capciosas” en el sentido de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues parten de la ocultación al declaran-

te de un dato de extraordinaria relevancia: que en ese momento la eventual condena dependía *en exclusiva* de su *confesión*. Es asimismo frecuente que, en el trámite de casación, se invoque el carácter voluntario de la misma confesión, aunque sea obvio que el que la hace desconocía ese último dato esencial del contexto; y a pesar también de que, precisamente, la propia impugnación de la sentencia ilustra sobre la verdadera razón de su conducta procesal: el desconocimiento y la material indefensión.

En apoyo de la supuesta corrección del planteamiento cuestionado, se ha argumentado, incluso, con la legalidad de la confesión del acusado como fuente de prueba, y, a veces, hasta con la existencia de un cierto derecho de éste a manifestarse en tal sentido ante el juez. Pero, al respecto, es preciso señalar que la confesión formalmente *limpia*, es decir, sin tacha de origen, ya fue sospechosa para el legislador liberal, que, en el caso del español, veda al juez instructor estar mecánicamente a su resultado. De modo que bastantes más motivos para abrigar reservas se dan en el supuesto de una confesión gravemente viciada en su origen, de un vicio, se ha visto, que es además insubsanable. Tampoco puede olvidarse que, incluso en ausencia de pruebas constitucionalmente ilegítimas, es una convención (cierto que en declive) que las fórmulas de la conformidad, como presupuesto de la condena, suelen reservarse sólo para delitos menos graves: una clara expresión de la *mala conciencia* del legislador.

De otro lado, la argumentación a partir de un supuesto derecho del imputado *a confesar* –cuando sienta la necesidad moral de hacerlo– y la idea de que tal comportamiento procesal tendría un efecto sanatorio como medio hábil para superar el obstáculo representado por la previa ilicitud probatoria, es del todo inaceptable. Porque el proceso penal no es un cauce *disponible* y menos para fines tan personalísimos de catarsis. Pues parece que lo buscado en un supuesto de tal clase no sería tanto confesar, procesalmente hablando, como *confesarse*; algo para lo que existe otra clase de *tribunales*, al margen de los del Estado. Y si esa indisponibilidad puede predicarse en general del proceso penal, con más motivo cuando se trata de uno radicalmente viciado y de un vicio no susceptible de rehabilitación por inconstitucional desde la raíz.

En otro orden de consideraciones, se ha objetado que resulta falaz suponer, por ejemplo, en el caso de incautación de droga en un registro ilegítimo, que tal es *inexistente*, cuando lo cierto es que cuenta con existencia real, hasta el punto de hallarse materialmente intervenida. Pero este modo de inferir no se sostiene, ya que incurre en una grosera confusión de planos del discurso. Las consecuencias legales de la ilicitud probatoria no inciden sobre la materialidad del objeto y lo que cuenta es sólo su forma de obtención e incorporación a la causa. Por eso, el resultado de la prohibición de utilizarlo con fines probatorios no convierte, en el caso de

referencia, la droga ilegal en no-droga o en droga legal.

Se comprende que la distinción –tampoco especialmente sutil ni demasiado sofística– entre la existencia física del cuerpo del delito y una eventual inexistencia procesal, debida a la inconstitucionalidad del trámite de cómo se obtuvo, pudiera causar alguna perplejidad al profano, pero no así al jurista. Por eso, cuesta entender qué objeciones del grado de banalidad de la ahora contemplada aparezcan incluidas en algunas sentencias.

Como conclusión de las precedentes consideraciones relativas a la línea jurisprudencial discutida, creo que cabe decir con todo fundamento, que el Tribunal Constitucional ha reescrito el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y es que, donde éste dice que las pruebas obtenidas “indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales” –pues la excepción a la regla de exclusión se ha detenido ante la prueba matriz ilegítima– “no surtirán efecto”, la alta instancia sostiene que podrán tenerlo *según y cómo*. Esto es, en virtud de una valoración discrecional, incluso *de oportunidad*, que corresponderá al tribunal que conozca de la causa que, así, deberá *legislar* para el caso.

Lo que late como fundamento de esa opción jurisprudencial es una actitud de puro pragmatismo político-penal que, enmendando la plana al legislador, prescinde del imperativo constitucional y legal en la materia.

Con semejante modo de operar se trataría –ciertamente, sin confesarlo– de evitar la impunidad en el supuesto concreto, pero, curiosamente, haciendo pagar al sistema penal un altísimo precio, mediante la consagración de un demoledor “todo vale”, que da aliento a una recusável y peligrosa subcultura de la ilegalidad, y contribuye a incentivar prácticas policiales y judiciales inconstitu-

cionales y de una sonrojante falta de profesionalidad.

No parece inútil en este contexto, evocar a Carrara, cuando decía que el “verdadero escándalo” no lo ocasionan las sentencias absolutorias dotadas de fundamento legal, sino las condenas bajo sospecha de ilegitimidad. Una ilegitimidad que difícilmente podría ser más clara que en supuestos como los aquí tomados en consideración, en los que se hace patente la consagración de la discrecionalidad *contra legem* y *contra reo*.

Tomar en serio las prohibiciones de valoración probatoria por causa de ilegitimidad constitucional, no sólo resulta obligado, en contextos legales como el español, por razón de constitucionalidad. En la manifiesta exigencia normativa eludida late, además, con idéntica claridad, una profunda razón de legitimidad de ejercicio del *ius puniendo*.

Y curiosamente –frente al manido tópico antigarantista– es obligado decir que la opción del constituyente y del legislador español responde asimismo a razones de eficacia. En efecto, la rigurosa aplicación del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial rompería el círculo vicioso de un sinúmero de actuaciones policiales y judiciales de bajísimo perfil y lesivas de derechos fundamentales, que si se prodigan es, precisamente, porque quienes las producen cuentan ya con su validación en última instancia. Y al romperlo, contribuiría decididamente a inducir un círculo virtuoso conformado por intervenciones de esos mismos sujetos públicos respetuosos con los derechos, informados por el necesario rigor inductivo en la obtención y tratamiento de los indicios de delito y cargados de razón; aptos, en fin, para dotar de legítima eficacia probatoria a datos limpiamente obtenidos.

Bibliografía

Andrés Ibáñez, P., “La función de las garantías en la actividad probatoria”, en AA.VV., *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, CGPJ, Madrid, 1993.
Andrés Ibáñez, P., “Garantismo: una teoría crítica de

la jurisdicción”, en M. Carbonell y P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), Madrid, 2005.

- Andrés Ibáñez. P., "Motivación 'por delegación' de las decisiones judiciales que limitan derechos fundamentales", en curso de publicación en el *Liber amicorum* dedicado al profesor Antonio González-Cuéllar.
- Beccaria, C. (1958), *De los delitos y de las penas*, trad. de Sentís Melendo y Ayerra Redín, EJEA, Buenos Aires.
- Bentham, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. de M. Ossorio Florit, EJEA, Buenos Aires, 1959.
- Carrara, F., *Programa de derecho criminal. Parte general*, vol. II, trad. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1957.
- Damaska, M. J., *Il diritto delle prove alla deriva*, trad. de F. Cuomo Ulloa y V. Riva, ed. italiana al cuidado de M. Taruffo, Il Mulino, Bologna, 2003.
- Díez Cabiale, J. y Martín Morales, R. (2001), *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001.
- Ferrajoli, L. (1989), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid.
- Foucault, M., *Vigilar y castigar*, trad. de A. Garzón del Camino, Siglo XXI, México, 1976.
- Filangieri. C. (1821), *La ciencia de la legislación*, trad. de J. Ribera, Imprenta de D. Fermín Villalpando, Madrid, vol. III.
- Gascón Abellán, M., "¿Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión probatoria", en *Jueces para la Democracia Información y Debate*, 52/2005.
- Guariglia, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación*, Editores del Puerto, Buenos aires, 2005.
- Jorge Barreiro, A., "La prueba ilícita en el proceso penal", en *Recopilación de ponencias y Comunicaciones. Planes Provinciales y Territoriales de Formación*, vol. II, CGPJ, Madrid, 1993.
- Lucchini, L., *Elementi di procedura penale*, G. Barbera Editore, Firenze, 3^a ed., 1905.
- Manzoni, A., *Historia de la columna infame*, con nota de L. Sciacia, trad. de E. Gallego, Alianza Editorial, Madrid, 1987.
- Miranda Estrampes, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2^a ed., 2004.
- Miranda Estrampes, M., "La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación", en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 47/2003.
- Muratori, L., *Defectos de la jurisprudencia*, trad. de V. M. De Tercilla, Imprenta de la Viuda de D. Joachin Ibarra, Madrid, 1794.
- Murena, M. *Tratado de las obligaciones del juez*, trad. del francés de C. Cladera, Plácido Barco López, Madrid, 1785.
- Pagano, F. M. (1806), *Logica d' probabili applicata a' giudizj criminali*, en Opere varie, t. V, Agnello Nobile, Milano, 1806.
- Wiethölter, R., *Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica*, trad. de M. A. Extremoz, Edersa, Madrid, 1991.

De la seguridad a los derechos: el debate sobre la violencia de género en el ámbito jurídico y en el movimiento feminista

Encarna Bodelón González*



1. Los orígenes sociales e históricos de los conceptos

El concepto de violencia sexista y el de violencia patriarcal nacieron en el contexto de debates y acciones del movimiento feminista. En los últimos años se ha popularizado la expresión violencia contra las mujeres y violencia de género¹ para definir un problema que en los años setenta recibió denominaciones como violencia patriarcal y violencia sexista.

Es muy importante destacar que todos los conceptos que los movimientos de mujeres utilizaron para describir la violencia en los años setenta y ochenta hicieron referencia a que la violencia tiene relación con las estructuras sociales y culturales como el sexism, el patriarcado, el género (AA.VV., 1990). La violencia es ejercida mayoritariamente por hombres contra mujeres, pero el hecho que la explica no es la naturaleza biológica, sino las estructuras socioculturales asociadas (Izquierdo, 1998; Stolcke, 1998).

Los conceptos violencia de género y violencia contra las mujeres permiten incluir las diversas manifestaciones de la violencia contra las mujeres. Estas ideas ponen el acento en la razón que produce la violencia contra las mujeres, la estructura de desigualdad social, económica, etc., que ha relegado históricamente a las mujeres, es decir, la estructura de las relaciones de género. Por otra parte, estos conceptos enfatizan la idea que la violencia contra las mujeres, a pesar de su diversidad de manifestaciones (la violencia sexual, la violencia intrafamiliar, el acoso sexual, la prostitución forzada, etc.) tiene un mismo origen, la existencia de una cultura sexista y de mecanismos de subordinación social hacia las mujeres.

Como veremos las políticas públicas han realizado a menudo una operación de vaciado de contenido que podríamos caracterizar por:

a) Una utilización imprecisa de los términos. Un claro ejemplo de ello es como el término género se ha utilizado como sinónimo de sexo. Más allá de las carencias del concepto género, parece claro que no se puede utilizar como sinónimo de sexo, ni para designar una de las muchas manifestaciones de la violencia de género, por ejemplo, como sinónimo de violencia familiar. Este es uno de los errores que aún se mantienen en la nueva Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género,

* Profesora de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona.

¹ El concepto de género se ha desarrollado en los ámbitos académicos y ha tenido mucha importancia en el ámbito jurídico. Sobre las implicaciones del concepto de género por las juristas vid. Faccio (1992)

que a pesar de su título es una ley pensada especialmente para el problema de la violencia familiar.

b) La utilización no congruente de los conceptos. Muchas de las medidas que se han tomado contra la violencia de género y/o la violencia patriarcal, no responden, no son congruentes con las implicaciones del concepto. Tanto el concepto de género como el de patriarcado implican que la violencia contra las mujeres es una manifestación de una violencia estructural contra las mujeres, de una desigualdad social muy profunda. La lucha contra la violencia de género y/o violencia patriarcal no puede hacerse con instrumentos pensados para individualizar la conducta como el derecho penal. El derecho penal puede tener un papel para proteger a las víctimas², pero no para erradicar la violencia contra las mujeres, ya que la razón de esta violencia no es la conducta individual, sino la estructura social desigual (Bodelón, 1998).

c) La inversión de los significados. Si analizamos el problema de la violencia contra las mujeres desde la perspectiva de la existencia de estructuras patriarcales o de estructuras desiguales de género, queda claro que la violencia es una manifestación de un problema central que es el patriarcal, la estructura de género, etc. En el uso institucional que se ha hecho a menudo de estos conceptos, la causa queda muchas veces invisibilizada y aparece como eje del problema el resultado, la violencia contra las mujeres. De esta manera, la violencia se convierte en el centro del problema, una violencia que muchos quieren entender como una violencia parecida a otras.

1. 2. Los diferentes modelos explicativos

La razón de estos problemas que brevemente acabamos de apuntar está en la existencia de diferentes modelos explicativos. La cuestión de la violencia contra las mujeres ha recibido y recibe diferentes valoraciones, desde diferentes marcos teóricos³.

Las políticas públicas de las diferentes administraciones se han movido en los últimos quince años entre dos grandes visiones del fenómeno de la violencia contra las mujeres que llamaremos:

I) El modelo de la violencia de género o violencia patriarcal. La violencia contra las mujeres es un problema de derechos.

II) El modelo de la violencia contra las mujeres como un problema de violencia interpersonal. La violencia es un problema de seguridad.

Estos dos modelos nos ayudan a comprender las diferentes perspectivas utilizadas por las administraciones. Son por tanto, modelos teóricos que en la realidad se pueden encontrar a menudo mezclados y que han estado con frecuencia utilizados sucesiva o conjuntamente por una misma administración (Bodelón/Querol, 2002). Una de las novedades más importantes que aportan las políticas públicas que desde el gobierno estatal im-

² Sobre el papel desarrollado por el derecho penal en la protección de las mujeres ante la violencia hay diversos estudios que muestran el funcionamiento de los tribunales en el Estado español. Alemany (1999); Clavo (2003).

³ Un interesante estudio que pone de manifiesto los marcos sociológicos desde los cuales se analiza la violencia es el de la Asociación Pro Derechos Humanos (1999).

pulsa la nueva Ley Orgánica 1/2004 y desde el ámbito catalán el nuevo plan contra la violencia es que en definitiva se opta por un modelo que entiende la violencia contra las mujeres como violencia patriarcal o de género.

El modelo de la violencia de género o violencia patriarcal se correspondería con los análisis feministas e implica entender que la violencia contra las mujeres (Boch/Ferrer, 2002; Cantera, 1999):

– Es una manifestación de la naturaleza patriarcal de la sociedad.

– Es un problema de tipo social, que se deriva de la situación social de subordinación de las mujeres y que se ha de solucionar transformando las estructuras que oprimen a las mujeres.

– La violencia de género puede presentar diferentes manifestaciones, la violencia física, psíquica, sexual, etc. Luchar contra la violencia de género no implica sólo detener las agresiones y generar estructuras de apoyo psicológico, social y económico, si no que requiere crear una estructura jurídica que reconozca los derechos de las mujeres.

Para este primer modelo, la violencia contra las mujeres es fundamentalmente un problema de derechos, de insuficiente desarrollo y reconocimiento de los derechos de las mujeres, un problema de discriminación en la medida que las mujeres no pueden disfrutar de sus derechos.

Se trata también de un problema de falta de libertad en la medida en que las mujeres no pueden desarrollar libremente sus capacidades y derechos por la existencia de la violencia.

Por otra parte, el modelo de la violencia contra las mujeres como un problema de violencia interpersonal y de seguridad implica rechazar gran parte del análisis feminista, presentando el problema de la violencia hacia las mujeres y los niños como:

– Un problema de tipo individual, por

tanto, que se tiene que solucionar fundamentalmente con el castigo penal al agresor.

– Un problema de violencia física, y por tanto, no sería necesario abordar otros aspectos como las necesidades sociales.

– Un problema de seguridad, parecido a otros fenómenos, que no pone en cuestión el buen funcionamiento de las instituciones sociales, ni la estructura de derechos existentes.

Para este segundo modelo la violencia contra las mujeres es básicamente un problema de violencia, parecido a otras violencias y que se tiene que enfocar desde la perspectiva de la seguridad. Este es el modelo que han desarrollado muchas intervenciones institucionales en los últimos veinticinco años. Se trata de un modelo que ha sido estudiado con detenimiento en otros países (Dobash, E/Dobash, E., 1992; Pitch, 1998).

A pesar de que a finales de los años noventa se adoptara la terminología del modelo de la violencia de género, la inexistencia de amplias políticas públicas permite afirmar que aún continuamos arrastrando elementos del modelo que entiende la violencia contra las mujeres como violencia interpersonal.

Es decir, que las insuficiencias de las políticas públicas desvelan que la adopción de una terminología más adecuada no puede superar por sí sola las carencias.

Todo esto supone que la falta de políticas públicas que hasta el momento se han desarrollado para erradicar la violencia contra las mujeres radican en la concepción de estas políticas. Más allá de una discusión conceptual es necesario un enfoque que presente una política pública coherente con la comprensión que desde los movimientos de mujeres se ha hecho del tema, es decir, más allá del concepto utilizado consideramos que lo importante es el modelo que en conjunto se quiere desarrollar⁴.

Como comentábamos antes, las nuevas propuestas legislativas, especialmente, desde el ámbito catalán indican que necesitamos una comprensión del tema que ha de situar en el centro del debate la siguiente idea:

Las mujeres son parte activa de procesos por la lucha por sus derechos. Desarrollando sus derechos erradicaremos la violencia. La principal herramienta de lucha contra la vio-

⁴ En el ámbito de las teorías jurídicas feministas se ha indicado reiteradamente el poder que tiene el derecho para vaciar conceptos que han nacido en los movimientos de mujeres. Vid. Smart (1994); Barlett (1991).

lencia patriarcal y de género es el desarrollo del derecho de las mujeres⁵.

Como veremos seguidamente esta idea no sólo es consecuencia de la experiencia de los movimientos de mujeres que han trabajado contra la violencia, sino también es ya una idea asumida en el ámbito de la legislación internacional.

1. 3. La violencia contra las mujeres: un problema de falta de reconocimiento de derechos

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos, realizada en Viena en 1993, marcó un hito muy importante al reconocer los derechos humanos de las mujeres como parte integrante de los derechos humanos universales. Se afirmó :

“la plena participación, en condiciones de igualdad, de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional ... subrayando con ello ... la importancia de la labor destinada a eliminar la violencia contra la mujer en la vida pública y privada. Se solicitó ... a la Asamblea General que apruebe el proyecto de Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer e insta a los estados a que combatan la violencia contra la mujer de conformidad con las disposiciones de la declaración” (Naciones Unidas, 1993).

En la Asamblea General de diciembre de 1993, se aprobó la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la mujer y se encargó a la Comisión de la Condición Jurídica y Social la preparación de un Protocolo Facultativo a la Convención para crear un mecanismo para la presentación y tramitación de denuncias. Este mecanismo es el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, adoptado por la Asamblea General de la ONU en la resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999, que ya ha sido ratificada por España.

La Declaración sobre la Eliminación de la violencia contra la Mujer recoge todas las contribuciones teóricas que se habían hecho sobre el tema hasta el momento y, en muchos aspectos recoge las aportaciones de los movimientos internacionales de mujeres. En este sentido, destaca la relación que se establece entre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la eliminación de la violencia. La violencia contra las mujeres se describe como un obstáculo a la igualdad, el desarrollo y la paz en general, como un impedimento al desarrollo humano. Se reconoce claramente que la violencia contra las mujeres constituye una manifestación de las relaciones de poder desiguales entre hombres y mujeres.

Se identifican algunos colectivos de mujeres como especialmente vulnerables a la violencia: las mujeres indígenas, las

⁵ Ésta es una de las conclusiones del estudio de la Asociación de Mujeres Juristas: El abordaje integral de la violencia contra las mujeres en Cataluña. El estado de la cuestión desde una perspectiva socio-jurídica, Barcelona, 1994. www.donesjuristes.org.

mujeres mayores, las mujeres que pertenecen a minorías, las mujeres que habitan en comunidades rurales aisladas.

“Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.

Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 48/104 del 20 de diciembre de 1993

Artículo 1

A los efectos de la presente Declaración, por ‘violencia contra la mujer’ se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.

Artículo 2

Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos:

a) La violencia física, sexual y sicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación.

b) La violencia física, sexual y sicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada.

c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra”.

En el momento de su redacción, esta definición tuvo una gran importancia ya que establecía un concepto general de violencia contra las mujeres, dentro del cual se incluyen diversas manifestaciones, y proponía diferentes medidas que debían desarrollar los Estados.

En este mismo sentido, la Conferencia de Beijing de 1995 vinculó la lucha contra la violencia a las mujeres con el concepto de género, con la idea de que la violencia contra las mujeres tiene causas estructurales, vinculadas a la relegación histórica de las mujeres.

También desde 1995, la Comisión Europea ha presentado diversas iniciativas sobre este tema. En 1997 el Parlamento Europeo aprobó un informe y adoptó una resolución sobre la violencia contra las mujeres conocida como *Tolerancia Cero frente a la violencia contra las mujeres*⁶. Esta resolución recogía las aportaciones de la conferencia de Pequín de 1995 al análisis de la violencia contra las mujeres. En primer lugar, se identificaba como colectivo objeto de esta violencia a las mujeres; en segundo lugar, incluía en el concepto de violencia contra las mujeres sus diversas manifestaciones; en tercer lugar, vinculaba la violencia contra las mujeres con situaciones de desigualdad estructural en nuestra sociedad⁷:

“E. Considerando que la violencia contra las mujeres está sin duda alguna vinculada al desequilibrio en las relaciones de poder entre los sexos en los ámbitos social, económico, religioso y político, pese a las legislaciones nacionales e internacionales a favor de la igualdad”⁸.

1. 4. Las políticas públicas contra la violencia de género⁹

Para explicar las políticas públicas contra la violencia de género en el Estado español, distinguiremos cuatro grandes períodos:

a) *La ausencia de políticas públicas contra la violencia de género*

Hasta la aparición de los primeros planes de igualdad a nivel estatal podemos decir que el tema de la violencia de género estuvo fuera

⁶ Resolución A-0250/1997.

⁷ Sobre la importancia de la legislación internacional en el tema de la violencia de género vid. Montalbán.

⁸ Resolución sobre una campaña europea tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres. Diario Oficial nº C304 de 6/10/1997 P 0055.

⁹ Los documentos mencionados en cada Comunidad Autónoma se encuentran detallados en la bibliografía y con el texto completo en el soporte en CD que se acompaña a este dictamen, debido a su gran volumen.

de la agenda de las políticas públicas. Ello, a pesar del gran activismo y presencia del movimiento feminista que, desde los años 70, denunció esta situación en nuestro país e intervino en la creación de recursos y respuestas propias (Bodelón, 2002; Macià, 1996).

b) Primeras políticas públicas contra la violencia de género

Tendremos que esperar hasta el II Plan para la igualdad de Oportunidades"(1993-1995)¹⁰ para encontrar una atención más específica hacia el problema, que también aparece en el III Plan para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (1997-2000).

c) Los planes específicos contra la violencia de género

Como veremos a continuación, los planes contra la violencia de género aparecen a finales de los años noventa, primero en un ámbito nacional y después en el ámbito autonómico y local.

A continuación comentaremos algunas de las características de estos planes, comenzando por los de carácter nacional y continuando por los autonómicos. Debemos señalar también, la gran importancia que desde los primeros momentos tuvieron las políticas desarrolladas en el ámbito local.

Una gran parte de los planes se ha pensado desde y para atender el problema del maltrato familiar. A pesar de que a menudo se utilizan las expresiones violencia contra las mujeres y violencia de género, son pocos los planes que incluyen las otras expresiones de violencia de género y que proponen intervenciones específicas para hechos como las agresiones sexuales, el acoso sexual, etcétera.

A finales de los años noventa, han aparecido otros instrumentos normativos como los protocolos y los acuerdos institucionales. Los protocolos de actuación son acuerdos que articulan los criterios de actuación de diversos profesionales relacionados con el tema de la violencia de género. Estos acuerdos fueron fruto de la necesidad de coordinación entre diversos profesionales, especialmente del ámbito policial, sanitario y jurídico. Por esta razón el ámbito donde más y mejor se han desarrollado es el ámbito local.

Los acuerdos institucionales han aparecido con posterioridad a los protocolos de actuación. En este caso, se trata de grandes compromisos de las instituciones respecto de las actuaciones en los casos de violencia de género. Su ámbito autonómico vincula a las instituciones responsables (Tribunales Superiores de Justicia, Fiscalía, Delegación del Gobierno, etc.). En algunos casos, estos acuerdos se acompañan de protocolos donde ya se detallan los circuitos y las pautas de actuación.

d) Las leyes específicas contra la violencia de género

En los últimos años ha aparecido una nueva forma de estructurar las políticas públicas contra la violencia de género, las leyes contra la violencia hacia las mujeres. Se destaca especialmente la ley estatal aprobada a finales del año 2004 a pesar de sus carencias es un punto de inflexión en el tratamiento de

¹⁰ II Plan para la igualdad de Oportunidades (1993-1995) Instituto de la Mujer, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1993.

este tema. También es necesario recordar que antes de esta ley ya habían aparecido otras leyes contra la violencia de género. En el Estado español se han aprobado, hasta el momento, las siguientes leyes:

- 1) Ley de prevención de Malos Tratos de Castilla-La Mancha, de 17 de mayo de 2001.
- 2) Ley Foral 22/2002 de 2 de julio para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista, del gobierno de Navarra.
- 3) Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias 16/2003, de 8 de abril, de prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género.
- 4) Ley 1/2004, de 1 de abril, Integral para la Prevención de la violencia contra las mujeres y la protección de las víctimas, de Cantabria.
- 5) Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

1. 4. 1. Los planes de acción sobre la violencia contra las mujeres y las contradicciones de las políticas públicas

A continuación analizaremos algunos de los planes de acción sobre la violencia contra las mujeres para mostrar los problemas que han caracterizado hasta tiempos recientes la intervención institucional en el tema de la violencia de género. Comenzaremos analizando las características de los planes nacionales, para pasar después al caso de Cataluña.

Planes nacionales

I Plan de Acción sobre la Violencia contra las Mujeres (1998-2000)

En 1998 se aprobó el primer plan dedicado íntegramente al tratamiento de la violencia contra las mujeres. Este plan tuvo mucha importancia ya que, siguiendo su modelo, se desarrollaron otros planes específicos a nivel autonómico y local.

II Plan Integral contra la Violencia Doméstica (2001-2004)

Este plan utilizaba el concepto “violencia doméstica”, pero a la vez, en su introducción se habla de “violencia contra las mujeres”. La violencia doméstica se identifica como una manifestación de la violencia contra las muje-

res. La violencia contra las mujeres se explica como producto de una desigualdad social, como causa y efecto de la discriminación que sufren las mujeres.

Es importante señalar las profundas contradicciones que incluía el plan: aunque se habla de la desigualdad social de hombres y mujeres como origen de la violencia contra las mujeres, las medidas que se adoptan tienen un marco que individualiza el origen de la violencia y no la conecta con sus causas estructurales: así, no se habla de la eliminación de la cultura violenta hacia las mujeres, sino de prevención de los actos violentos; no de sanción social de la violencia hacia las mujeres, sino de sanción penal de las conductas; no de desarrollo de los derechos de las mujeres, sino de ayuda a las víctimas.

Podríamos decir que detrás de todo ello hay un discurso que enclava el problema en términos individuales, aunque habla de causas sociales. En este mismo sentido el informe de Amnistía Internacional No hay excusa, afirmaba en el año 2002: “La aproximación del gobierno español parece poner en duda algunos de los criterios básicos del acercamiento al problema de la violencia contra las mujeres. Amnistía Internacional ha detectado con preocupación rasgos de una visión compartimentada de la violencia contra las mujeres” (Amnistía Internacional, 2002:19).

La intervención se piensa desde la óptica del “asistencialismo” y falta, por tanto, una clara voluntad de política pública en el tema de la violencia de género. Las medidas que se proponen no tienen el carácter de una intervención propiamente social y prueba de ello es que diferentes medidas de este apartado hacen referencia a servicios policiales y servicios que dependen del ministerio de justicia como las oficinas de atención a la víctima. Las referencias a otras intervenciones sociales son indirectas o muy genéricas.

Destaca especialmente que las medidas desarrolladas por el pasado gobierno de este segundo plan fueron las penales y procesales. Los cambios en la legislación penal son la principal aportación de este plan. Otras medidas legislativas como el impulso de los turnos de oficio especializados en violencia doméstica, la mejora de los recursos humanos y mate-

riales, la inclusión del tema en el programa de estudios de los profesionales jurídicos, etc., ha tenido un seguimiento desigual.

Es necesario recordar que entre los años 2002 y 2003 se han producido diversas reformas de leyes penales que afectan al tratamiento de la violencia intrafamiliar. Una de las más importantes es la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre de Medidas concretas en violencia doméstica, inmigración y seguridad ciudadana, una ley que se inscribe en el Plan de Seguridad Ciudadana. Claramente se puede ver que en los últimos años el tratamiento de la violencia doméstica se ha realizado desde la perspectiva de la seguridad, desde una perspectiva que ha dado prioridad a la respuesta penal y a la idea de que la violencia contra las mujeres es un problema de seguridad. Ésta, como ya hemos señalado, es una perspectiva que reduce el problema de la violencia contra las mujeres a un problema de "seguridad", un problema de violencia que no se relaciona con la presencia de desigualdades sociales en el ámbito de las relaciones de género (Pitch, 1998).

La intersección de modelos

El examen de las diversas legislaciones desarrolladas en el ámbito autonómico nos permite observar algunas de las características generales y realizar algunas reflexiones sobre cuáles son los problemas fundamentales que nos encontramos con las medidas legislativas adoptadas hasta el momento en el ámbito autonómico.

1) Imprecisión de los términos

Gran parte de los planes y leyes autonómicas han utilizado de forma muy imprecisa los términos violencia contra las mujeres, violencia de género, violencia doméstica, etc. En general, muchas de las medidas se han centrado en el tratamiento de la violencia familiar y sólo algunas leyes han incluido medidas y análisis de las diferentes formas de violencia de género. Es, por tanto, necesario delimitar adecuadamente el objeto de actuación, que puede ser concreto: la violencia familiar, las agresiones sexuales, etc., o general, la violencia de género, la violencia contra las mujeres y en función de esta de limitación establecer las medidas y análisis diferenciados.

2) Doble discurso

Los planes y leyes contra la violencia hacia las mujeres se han movido en un doble discurso: por un lado, un análisis que vincula el concepto de violencia de género con las desigualdades de poder entre hombres y mujeres, con la discriminación de las mujeres en nuestra sociedad y, por tanto, interpreta la violencia como una manifestación de un problema social complejo. Por otro lado, un análisis que se concentra en la idea de violencia y que desvincula esta violencia con sus causas. En este segundo modelo, el problema se define esencialmente como un problema de violencia que se debe tratar con

el vocabulario y los instrumentos que se utilizan contra otros fenómenos violentos.

3) La concepción parcial de las medidas

Una buena parte de los planes y leyes están pensados desde una óptica asistencial individual. Esta perspectiva muestra que estamos ante medidas pensadas más como atención puntual al problema, que como una verdadera política transformadora de la realidad social.

4) La continuidad del trabajo

Una idea positiva que los planes contra la violencia hacia las mujeres han ayudado a desarrollar es la idea de que nos encontramos ante un problema social que no tiene un carácter puntual. No obstante, a menudo esta idea tampoco se encuentra coherentemente desarrollada en cuanto a que no se articulan en los planes medidas a medio y largo plazo. Muchas de las acciones suponen una intervención en los momentos de crisis, pero que no tiene continuidad (Tamaia. Asociación de mujeres contra la Violencia Familiar, 2002. Corsi, 1994).

5) La prioridad de la intervención social

Ésta es una idea expresada y desarrollada en diversos planes. La idea de desvincular gran parte de las intervenciones sociales, económicas y culturales que los planes y leyes contra la violencia pueden realizar de la denuncia penal. Tal y como se ha hecho en algunos planes y como se propone en la ley de igualdad del Gobierno vasco y el Plan contra las violencias del Gobierno catalán parece esencial dar una respuesta social a un problema social, más allá de la intervención del sistema de justicia penal.

El caso de las políticas públicas contra la violencia en la Comunidad Autónoma de Cataluña

A continuación examinaremos los cambios que se han producido en las políticas públicas desarrolladas por el Gobierno catalán en los últimos años, ya que son un buen ejemplo de algunos de los problemas que hemos comentado, pero también muestran la nueva dirección que las políticas públicas están desarrollando en los últimos tiempos.

Las actuaciones del Gobierno de la Generalitat en el ámbito de la violencia de género se iniciaron a finales de los años noventa.

En los tres primeros planes de igualdad, las referencias al tema de la violencia de género fueron muy escasas.

a) El II Plan para la Igualdad de Oportunidades para las Mujeres (1994-1998) abordaba el tema de la violencia contra la mujer a partir de genéricas áreas de acción: asesorar a los cuerpos de profesionales que atienden a las mujeres maltratadas; buscar fórmulas de ampliación de las modalidades de acogida para las mujeres maltratadas; sensibilizar a las mujeres respecto de las agresiones.

b) El III Plan de Actuación del Gobierno de la Generalitat de Cataluña para la Igualdad de Oportunidades para las Mujeres (1998-2000) hacía una referencia muy insuficiente al tema de la violencia contra las mujeres; se mencionaban cuatro acciones: estudiar las causas y consecuencias; realizar acciones para sensibilizar a las mujeres respecto de las agresiones y respecto de la necesidad de denunciarlas; impulsar la formación específica de los cuerpos profesionales: hacer un seguimiento de los recursos técnicos y económicos y de los centros de atención a mujeres maltratadas.

Es importante ver cómo el problema de la violencia de género se centraba en la violencia familiar y cómo se hacía recaer en las mujeres la responsabilidad social del problema. Se habla así de sensibilizar a las mujeres respecto de las agresiones y la necesidad de denunciar, en lugar de preguntarse cómo se puede ayudar a las mujeres que sufren violencia y cómo llegar a ellas. El problema así planteado no es que la sociedad ha negado la existencia de esta realidad o que no haya recursos para abordarla, el problema son las mujeres que no lo reconocen o no lo denuncian.

El año 1998 se elaboró el Protocolo Interdepartamental de atención a la mujer maltratada en el ámbito del hogar (1998-2000). Como se puede ver, se utilizaba un concepto muy particular de violencia familiar (maltrato en el ámbito del hogar), que no da cuenta de todas las formas de la violencia familiar.

c) El Plan de actuación del Gobierno para la Igualdad de oportunidades para las mujeres (2001-2003), ya incorporaba un ámbito de actuación concreto, “erradicar la violencia contra las mujeres”, que se ha desarrollado

mediante el Plan integral para la prevención, atención y erradicación de la violencia contra las mujeres. Este plan fue elaborado por la Comisión Permanente Interdisciplinaria contra la violencia de género.

El Plan utilizaba el concepto de violencia de género para integrar las diversas manifestaciones de violencia contra las mujeres. Muchas de las medidas hacen referencia a intervenciones que tienen como objeto la violencia de género, pero que en muchos casos no parecen estar pensadas en razón de la diversidad de la violencia de género. Sólo en algunos casos se establecen medidas específicas para algunos tipos de violencia de género.

El estudio de las diferentes medidas muestra las carencias de los conceptos utilizados, así, por ejemplo, encontramos:

– *Medidas legislativas para evitar que se repitan las agresiones*

La redacción de este apartado no es muy afortunada, ya que el problema no es la repetición de las agresiones, sino la comisión de éstas, repetidas o no.

– *Medidas en materia de recursos sociales*

La intervención social se plantea en diversas ocasiones como una medida que ha de “rehabilitar y resocializar” a las mujeres que han sufrido violencia. En la medida 62 se habla de: “Promoción de la resocialización de las víctimas de malos tratos, que viven en centros de acogida temporal, para facilitarles la reintegración a un ámbito no agresivo”.

Este planteamiento es profundamente erróneo. Las expresiones rehabilitación y resocialización han sido utilizadas por la justicia penal para hablar del tipo de intervención que persigue la pena privativa de libertad, la prisión, es decir, están asociadas con la idea de que la persona ha realizado un comportamiento ilícito o tiene algún tipo de trastorno de la personalidad.

Las mujeres que han sufrido violencia son mujeres que necesitan apoyo social, en la medida que han visto vulnerados sus derechos y han sido víctimas de un proceso de violencia, que necesitan una atención psicológica y social específica.

d) Programa para el abordaje integral de las violencias contra las mujeres 2005-2007. Desde el año 2004 se ha producido un profundo cambio en las políticas del nuevo Gobierno catalán respecto a la violencia contra las mujeres. El Instituto Catalán de la Mujer ha aprobado dentro del Plan de acción y desarrollo de las políticas de las mujeres en Cataluña 2005-2007 un eje 6 dedicado al abordaje integral de la violencia contra las mujeres.

Este programa desarrolla una nueva comprensión del tema de la violencia contra las mujeres y de su tratamiento. De entrada destaca que este programa se integra en el proyecto mucho más amplio del desarrollo de las políticas contra las mujeres. Ello permite situar el problema de las violencias con-

tra ellas en el ámbito de una acción mucho más compleja¹¹.

En el ámbito conceptual, el programa parte de la relación entre las violencias contra las mujeres y la cultura patriarcal: "La violencia simbólica es la expresión más estructural del patriarcado, fenómeno histórico y cultural que comporta un sistema de valor basado en el intento secular de dominación de las mujeres y que establece mecanismos de poder consensuados (económicos, sociales, culturales y militares) a través de una ideología que legitima y mitifica la opresión (opresión no sólo en relación a las mujeres, sino también sobre otros seres humanos que no responden al modelo de masculinidad valorado socialmente como superior).

Lo simbólico de la relación entre los sexos queda marcado, así, por una noción de poder y posesión que no reconoce libertad ni autoridad por ser mujer"¹².

Este plan ha escogido una terminología "violencia contra las mujeres" que pretende poner de manifiesto que las personas que sufren este tipo de violencia son mayoritariamente mujeres y que la violencia tiene diferentes formas y expresiones.

Los criterios estratégicos que utiliza el programa son lo siguientes:

- a) El abordaje de la violencia hacia las mujeres en su conjunto, desde una perspectiva estructural.
- b) La transversalidad, la coordinación y la cooperación institucional.
- c) La integralidad.
- d) La participación y la corresponsabilización.
- e) La accesibilidad y la proximidad en las intervenciones contra la violencia hacia las mujeres, contemplando la diversidad de los colectivos femeninos de Cataluña.
- f) La calidad de la respuesta.
- g) Conocimiento de la realidad.

1. 4. 2. Las leyes de intervención integral contra la violencia de género

En los últimos cinco años, ha aparecido un nuevo instrumento jurídico "las leyes integrales contra la violencia de género".

La tramitación en forma de ley obliga a un proceso de discusión y debate público, dirigido esencialmente a través de los partidos políticos, donde también se puede dar cabida a las iniciativas ciudadanas. Su discusión obliga a que todos los partidos políticos declaren públicamente sus posiciones al respecto y a que, en algunos casos, se llegue a un consenso entre diferentes partidos. En el caso de la tramitación en forma de planes contra la violencia el proceso de elaboración puede ser, como ya se ha dicho, muy diverso. En principio, no hay ningún procedimiento, ni formas de participación de la ciudadanía preestablecidas. En muchos casos, los planes contra la violencia de género se han elaborado sin tener en cuenta el trabajo del movimiento feminista y de los especialistas sobre el tema, pero también pueden permitir el diseño de formas imaginativas de participación pública.

La ley fija un marco de actuación atemporal, que en principio se supone que deberán desarrollar normas posteriores. En este sentido, por ejemplo, las leyes no incluyen una indicación de cuáles son las medidas más concretas, ni los departamentos que llevarán a cabo las acciones, etc. Los planes serían por tanto el instrumento para desarrollar las leyes, que deberían incluir el marco temporal de aplicación, los objetivos perseguidos, las medidas a adoptar en los diferentes ámbitos de la acción pública, los medios económicos y las formas de evaluación.

Además de estas diferencias formales la diferencia principal a nivel material es que las leyes autonómicas contra la violencia hacia las mujeres han empezado a situar claramente el problema de la violencia en el ámbito de los derechos y no de las políticas de seguridad.

Esta tendencia que ya aparecía claramente definida en el Plan de la Comunidad Autónoma de Canarias es también la tendencia que ha adoptado la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género.

La valoración de la ley 1/2004 es muy compleja y aun será necesario ver cuáles son los resultados de su aplicación. En cualquier caso, se

¹¹ Esta es una línea de estudio que diversos grupos de mujeres y trabajos han desarrollado. Vid. Tamaia (2002); Ferreira (1992).

¹² Instituto Catalán de la Mujer, *Programa para el abordaje integral de las violencias contra las mujeres*, Barcelona, 2005, pág. 113.

pueden apuntar algunos elementos para el análisis siguiendo los aspectos hasta ahora señalados. Dentro de la clasificación que hemos hecho de las políticas públicas contra la violencia de género la ley 1/2004 se situaría en el modelo de la violencia de género, de la violencia contra las mujeres que entiende este problema como un problema de derechos. Esta es la conclusión inicial que se extrae del análisis de algunos elementos de la ley.

En primer lugar, toda la exposición de motivos de la ley afirma con rotundidad la idea de que la violencia de género tiene la siguiente naturaleza: “La violencia de género no es problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad que existe en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el mismo hecho de serlo, por ser consideradas por sus agresores, carentes de los mínimos derechos de libertad, respeto y capacidad de decisión”.

Estas afirmaciones recogen los análisis feministas y los análisis que Naciones Unidas y la Unión Europea han hecho de la cuestión un problema de naturaleza estructural.

Asimismo, queda claramente definido que la violencia de género es aquella que afecta a las mujeres, aunque también queda recogido en la ley, que sus medidas son aplicables a los menores afectados por la violencia de forma directa o indirecta.

Algunas de las aportaciones que más se han destacado son las siguientes:

- La perspectiva que utiliza la ley se define como integral y multidisciplinar: “La violencia de género se enfoca por la Ley de un modo integral y multidisciplinar, empezando por el proceso de socialización y educación”.

- La inclusión de medidas de sensibilización, prevención y detección, especialmente en el ámbito educativo, sanitario y de los medios de comunicación.

- La definición de diversos derechos de las mujeres víctimas de violencia de género: en el ámbito de la atención jurídica y social, sanitaria, en el ámbito laboral y económico.

- La creación de un nuevo tipo de juzgados (Juzgados de violencia sobre la mujer) que atenderán este problema con competencias civiles y penales.

Por otra parte, la ley 1/2004 también ha sido criticada desde sectores feministas por incluir insuficientemente la perspectiva de la violencia de género. En este sentido, destaca la confusión que la ley ha creado respecto al mismo concepto de violencia de género, ya que entiende por violencia de género sólo aquella que se da en el ámbito de las relaciones de pareja. Así, en el artículo 1 afirma: “La presente ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.

Como hemos visto, en toda la legislación internacional y

en todo el debate feminista ha quedado ya claramente definido que el concepto de violencia de género incluye todas las manifestaciones de las violencias contra las mujeres. Ello aun es menos comprensible cuando se tiene en cuenta que diversas leyes autonómicas como las de Canarias y Cantabria ya habían utilizando adecuadamente este concepto.

También se está considerando insuficiente el enfoque integral y multidisciplinar, que la ley enuncia, pero que no queda concretado en un sistema de atención integral. De hecho, la ley habla del derecho a la asistencia social integrada (art. 19). Más que de un sistema de atención integral, en realidad, se habla de una asistencia social integrada que tiene implicaciones diferentes.

Uno de los elementos más importantes de la ley es el apartado dedicado a la Tutela Penal y la tutela judicial. Las novedades pena-

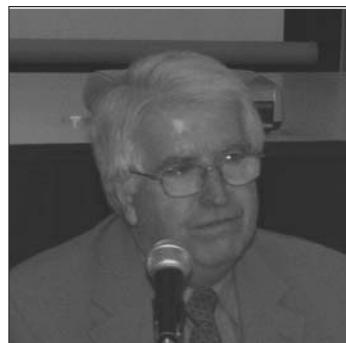
les y judiciales han sido una de las partes más discutidas de la ley. La discusión se ha centrado en el ámbito penal, en el debate sobre la idoneidad o no de los nuevos juzgados y las novedades penales. A nuestro parecer, es necesario hacer otro tipo de consideración sobre estas partes de la ley. Para poder valorar esta ley de una forma global es necesario ver si realmente esta ley está rompiendo con la visión de la violencia hacia las mujeres como un problema de seguridad. En la medida que la mayoría de los recursos y de las iniciativas se concentren en los cambios penales es probable que no se consiga un verdadero cambio de perspectiva. La lucha contra la violencia hacia las mujeres sólo será efectiva si se aborda desde la idea de que estamos ante un problema de falta de reconocimiento de los derechos de las mujeres.

Bibliografía

- Asociación Pro Derechos Humanos (1999), *La violencia familiar. Actitudes y representaciones sociales*. Madrid: Fundamentos.
- AA.VV. (1990), *Contra la violencia machista*, editado por la Coordinadora de Organizaciones Feministas del Estado español.
- Alemany, A. (coord.) (1999), *Respuesta penal a la violencia familiar*. Madrid: Themis y Consejo de la Mujer de la Comunidad de Madrid.
- Amnistía Internacional (2003), *No hay excusa. Violencia de género en el ámbito familiar y protección de los derechos humanos de las mujeres en España*. Madrid.
- Bartlett, K. ed. (1991), *Feminist Legal Theory*. Oxford: Westview Press.
- Bodelón, E. (1998), "Cuestionamiento de la eficacia del derecho penal en relación a la protección de los intereses de las mujeres". AA.VV., *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de Género*. Bilbao: Emakunde, 183-203.
- Bodelón, E. i Querol E. (2002), "La violència familiar a Catalunya: polítiques i accions ciutadanes contra la violència envers les dones", en: Flaquer, Lluís (ed.), *Informe sobre la situació de la família a Catalunya*, Departament de Benestar Social, Barcelona.
- Bodelón, E. (2002), "El feminismo ante la violencia de género", in: García Inda, A. (coord.), *Género y Derechos Humanos*. Zaragoza: Editores Mira, p. 339-349.
- Bosch, E., Ferrer, A. (2002), *La voz de las invisibles. Las víctimas de un mal amor que mata*. Madrid. Ed. Cátedra. Col. Feminismos.
- Calvo, M. (coord.) (2003), *El tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de justicia*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- Cantera, L. (1999), *Te pego porque te quiero. La violencia en la pareja*. Barcelona: UAB.
- Corsi, J. (comp.) (1994), *Violencia Familiar. Una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social*, Buenos Aires, Paidós.
- Dones Juristes (2004), *L'abordatge integral de la violència contra les dones a Catalunya. L'estat de la qüestió des d'una perspectiva socio-jurídica*, Barcelona, 1994. www.donesjuristes.org.
- Dobash, E., Dobash, R. (1992), *Women, violence and Social Change*. London: Routledge.
- Faccio, A. (1992), *Cuando el género suena, cambios trae*. San José de Costa Rica: Illanud.
- Ferreira, G. (1992), *Hombres violentos, mujeres maltratadas: aportes a la investigación y tratamiento de un problema social*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- Izquierdo, M. J. (1998), "Los órdenes de la violencia: especie, sexo y género", en: Fisas, V. (ed.) (1998), *El sexo de la violencia*. Barcelona: Icaria, ps. 61-93.
- Macià, B. (1996), "20 anys de lluita contra les agressions a les dones", en: AA.VV., *20 anys de Feminisme*, Ajuntament de Barcelona.
- Montalban, I. (2004), *Perspectiva de Género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- Pitch, T. (1998), *Un diritto per due*. Milano: il Saggiatore.
- Rubio, A. (coord.) (2004), *Ánalisis jurídico de la violencia contra las mujeres*. Sevilla. Instituto Andaluz de la Mujer. Serie Estudios nº 18.
- Smart, C. (1994), El derecho como una estrategia creadora de género, en: E., Larrauri (comp.), *Mujeres, derecho penal y criminología*. Madrid: Ed. Siglo XXI.
- Stolcke (1998), "Homo clonicus: ¿Qué sexo? ¿De qué violencia?", en: Fisas, V. (ed.) (1998), *El sexo de la violencia*. Barcelona: Icaria, ps. 185-201.
- Tamaia. Associació de Dones contra la Violència Familiar (2002), *Vincula't. Materials per treballar amb dones maltractades*, Barcelona, Diputació de Barcelona.

Derechos de las personas privadas de libertad durante el proceso penal. Cuestiones y propuestas para el debate*

Antonio Doñate Martín**



Cuestiones previas

Para adentrarnos en el tema propuesto para esta mesa, parece conveniente formular anticipadamente estas dos cuestiones:

- 1) ¿La *detención policial* está dentro del proceso penal?
- 2) ¿La *ejecución penal* es o no proceso penal?

Propuestas

1) Respecto a la primera cuestión parece que hay bastante consenso en estimar que el *atestado policial* –en el que se inscribe la detención policial y del que es muchas veces incluso su determinante– no es verdadero proceso penal. Sin embargo, sí está sometido a las normas del proceso penal, salvada la distancia y con particularidades específicas.

2) En cuanto a la *ejecución penal* hay mayor división de opiniones:

a) Desde las posiciones más claramente procesalistas, se entiende que al estar en el ámbito de la “individualización Administrativa” del cumplimiento de las penas privativas de libertad, la ejecución penal no es verdadero proceso penal. Ello obedece, a mi criterio, al desentendimiento tradicional que respecto a la ejecución penal se ha mostrado tanto por la doctrina como por los propios jueces. El hecho de que históricamente, al menos en nuestro país, se haya dejado dicho cumplimiento en manos de la Administración penitenciaria, en definitiva del Poder Ejecutivo, ha supuesto que la normativa procesal propia de este momento de la respuesta penal ante el delito, sea no la del proceso penal, sino la del procedimiento administrativo. Eso sí, con el control judicial pertinente, pero no de la Jurisdicción penal (que a lo sumo mantenía el llamado “licenciamiento definitivo” por el cumplimiento de la pena), sino de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Y es de señalar que por parte del legislador y de los estudiosos del procedimiento contencioso-administrativo no se ha prestado, prácticamente, ninguna atención a este ámbito concreto, entre otras razones, porque casi nunca llegaba a dicha jurisdicción ningún recurso contra actos de la Administración penitenciaria relativo al cumplimiento de las penas privativas de libertad. Sin duda, y como factor determinante, habría que señalar la premiosidad y sobrecarga tradicionales de esta jurisdicción que se traducía en un desistimiento de ejercicio del derecho de recurso, porque tal vez la solución llegaría mucho más tarde que el cumplimiento de la pena.

* Exposición brindada en el II Seminario sobre Derechos Humanos para Defensores Oficiales, 24-26 de octubre 2006.

** Magistrado jubilado de la Justicia española. Fue juez de vigilancia penitenciaria.

b) Por el contrario, en Italia desde 1982¹, y a partir de la entrada en vigor en nuestro país de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979, venimos entendiendo que la ejecución penal es una “nueva fase” del proceso penal. El hecho de que esta ley parte del criterio de que la individualización penitenciaria de las penas privativas de libertad la debe realizar un juez, el Juez de Vigilancia Penitenciaria (art. 76), ha motivado el inicio –actualmente cada vez más consolidado– de un proceso de judicialización de la ejecución penal y, consiguientemente, el paso de superación de la individualización administrativa penitenciaria de la pena, por la individualización judicial penitenciaria.

No es el momento (por razones de tiempo disponible) de entrar a debatir en este seminario la naturaleza jurídica del Juez de Vigilancia Penitenciaria en nuestro ordenamiento jurídico. Pero les remito a las ponencias del curso de Formación Continua para jueces que el Consejo General del Poder Judicial organizó en 1995 sobre Derecho Penitenciario².

Conclusión obligada

Pues bien, si además se tiene en cuenta que sobre los derechos de los presos que están cumpliendo penas privativas de libertad han sido ya objeto de tratamiento en otro seminario de la Defensoría Pública el pasado mes de septiembre, parece que debamos abordar únicamente en este los Derechos Humanos de las personas en los dos supuestos siguientes:

- 1) La detención policial/judicial.
- 2) La prisión provisional.

Detención y prisión preventivas

A la vista de lo previsto en el art. 17 de la Constitución española (CE) en el propio Código Penal y en la centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal, parece obligado concluir que la detención y prisión preventivas tienen la naturaleza de “medida cautelar”. Problema distinto y no baladí es si determinados fines perseguidos con estas medidas son constitucionalmente legítimos. Es decir, en nuestro ordenamiento jurídico, estas medidas son constitucionalmente posibles pero no todos los supuestos señalados por el legislador ordinario, especialmente tras las reformas de 2003, son fines constitucionalmente legítimos para poder ser acordadas.

Sería interesante, si hubiese tiempo material, abordar los deberes estatales en juego en la prisión preventiva: de un lado, la obligación de perseguir el delito y la eficacia del proceso penal y, de otro, el deber de garantizar el derecho a la libertad de las personas junto con el principio de presunción de inocencia, para estimar la constitucionalidad de esta medida cautelar, que parte de la doctrina pone en duda, especialmente en el país anfitrión de este seminario.

¹ Margara, Alessandro, “Il Magistrato di Sorveglianza, quale garante di conformità alla lege dell’attività penitenziaria” en la obra colectiva de Vitorio Grevi “Alternative alla detenzione e riforme penitenziali”. Edit. Zanichelli, Bologna, 1982.

² Tomo XXXIII de “Cuadernos de Derecho Judicial” Consejo General del Poder Judicial 1995.

¿Cuál es el “estatuto del detenido”?

El art. 17 de la CE establece:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4. La ley regulará un procedimiento de ‘habeas corpus’ para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”.

Por tanto, el detenido gozará de todos los derechos fundamentales del Cap. I de la CE, entre los que no está de menos destacar en este momento el art. 15 donde se garantiza a todos (y también por ello al detenido) “el derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

Pero además, a la vista también de la normativa ordinaria, gozará de los siguientes derechos:

- derecho a ser informado de las razones de su detención,
- derecho a no declarar,
- derecho a asistencia de letrado en el momento de prestar declaración (surge aquí una cuestión para el debate: ¿el derecho se extiende a un momento anterior?),
- derecho a ser reconocido por un Médico Forense,
- derecho a que se comunique su detención a un pariente o familiar
- derecho a ser puesto en libertad o a disposición judicial con una duración limitada: 1) al tiempo “estrictamente necesario”, 2) dentro de las 72 horas siguientes, como máximo (sin embargo, respecto a este plazo, la Ley Enjuiciamiento Criminal (art. 496) acorta el plazo máximo a las 24 horas, lo que ha motivado serias dudas sobre cuál de ellos es el aplicable).

Entiendo, no obstante, que nada impide al legislador ordinario ser más garantista que el legislador constituyente y por ende, debe prevalecer el plazo de 24 horas de la LECrim.)

Sin embargo, este elenco de derechos puede ver limitado su alcance y contenido desde el momento que algunos de ellos pueden ser suspendidos o modulados conforme a lo establecido en el art. 55 de la CE en los casos de declaración de “estado de excepción o de sitio” o “para personas determinadas en re-

lación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas” y lo previsto, en estos mismo casos, por determinados preceptos de la LECrim, en los que no nos podemos detener.

Sistema de protección

En nuestro modelo son dos los sistemas de protección de estos derechos del detenido policial.

1) Mediante el *habeas corpus* previsto constitucionalmente y que la ley que lo regula (Ley Orgánica 6/1984), donde se limita a los supuestos de detención “ilegal” y se señala un procedimiento en que el detenido deberá ser oído con asistencia letrada, y tras la práctica de pruebas, se dicta por el juez la resolución pertinente de que continúe en detención o sea puesto en libertad.

2) Por medio del juez instructor del proceso penal incoado al recibir el atestado policial con el detenido. Entiendo que dicho juez, en cumplimiento de su función garante, debe examinar –de oficio y sin necesidad de denuncia previa del afectado– las condiciones materiales y temporales de la detención policial y, en su caso, adoptar el acuerdo pertinente sobre la posible existencia de un posible delito de detención ilegal (deduciéndolo del oportuno testimonio de particulares para la incoación de otro procedimiento penal) o meramente la posible existencia de responsabilidad disciplinaria (dando cuenta al superior jerárquico de los funcionarios que hayan intervenido).

¿Cuál es el estatuto del “preso preventivo”?

Se pueden clasificar, asimismo, en dos grandes grupos los Derechos que integran el estatuto del preso preventivo a la vista del contenido del art. 25.2 de la Constitución Española y el articulado de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) de 1979: los derechos fundamentales y los derechos estrictamente penitenciarios.

I. Derechos fundamentales

Los derechos fundamentales reconocidos a los penados en el art. 25.2 de la CE son aplicables a los presos preventivos, con la única salvedad de que en este supuesto no hay “fallo condenatorio” ni “sentido de la pena”³. Por tanto, serán únicamente las limitaciones que imponga la ley penitenciaria las que regirán para los presos preventivos.

De otra parte, indicar que a la vista del contenido del art. 53.2 de la propia Constitución⁴, no estamos ante un elenco de meros derechos programáticos sino ante verdaderos derechos subjetivos exigibles ante los Tribunales, ya que dichos derechos, salvo lógicamente el derecho a la libertad de ambulación, están comprendidos dentro de la Sección 1^a del Capítulo segundo, a que se refiere el citado art. 53.2, CE.

Por su parte, la Administración penitenciaria no sólo viene expresamente obligada a “velar por la vida, integridad física

³ Art. 25.2 “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que sean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”.

⁴ Art. 53.2 CE: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y Sección 1^a del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional...”.

ca y salud de los internos" (art. 3.4, LOGP de 1979), sino que además, como poder público, le obliga el principio de efectividad que se recoge en el art. 9.2 de la CE cuando establece que "corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

No obstante, nuestra LOGP, a mayor abundamiento hace un reconocimiento expreso de algunos de estos *derechos fundamentales*, tales como:

- a) Derechos de la personalidad:
 - derecho a la vida,
 - derecho a la integridad física,
 - derecho al honor,
 - derecho a la intimidad,
 - derecho a la libertad religiosa,
 - derecho a la no discriminación.
- b) Derechos civiles:
 - derecho de propiedad,
 - derechos familiares.
- c) Derechos sociales:
 - derecho a la instrucción y a la educación,
 - derecho al trabajo,
 - derecho a la Seguridad Social,
 - derecho de reunión.
- d) Derechos políticos:
 - derecho de sufragio.

II. Derechos penitenciarios

Asimismo reconoce otros derechos *estrictamente penitenciarios*, tales como:

- derecho en el momento del ingreso a ser informado de sus derechos y deberes;
- derecho a tener comunicaciones;
- ordinarias o íntimas con familiares y amigos;
- con abogados y procuradores;
- con ministros religiosos;
- con asistentes sociales (salvo las limitaciones establecidas por resolución motivada recaída en el proceso judicial abierto donde se acordó su prisión provisional);
- derecho a disfrutar de permisos de salida ordinarios y extraordinarios, con autorización del juez o tribunal a cuya disposición está;
- derecho a participar en actividades y responsabilidades de la vida penitenciaria;
- derecho de defensa y tutela judicial efectiva en materia disciplinaria;
- derecho a la prestación por desempleo.

Junto a estos derechos se establecen asimismo como *deberes* de los internos:

- Deber de permanecer en el establecimiento a disposi-

ción de la autoridad que hubiere decretado su internamiento.

– Acatar las normas de régimen interior, reguladoras de la vida del establecimiento cumpliendo las sanciones que le sean impuestas en el caso de infracción de aquéllas.

– Mantener una normal actitud de respeto y consideración con los funcionarios de instituciones penitenciarias y autoridades judiciales o de otro orden, tanto dentro de los establecimientos penitenciarios como fuera de ellos con ocasión de traslado, conducciones o práctica de diligencias.

– Observar una conducta correcta con sus compañeros de internado.

III. Mecanismos de protección

Tres son las autoridades judiciales ante las que puede acudir el preso preventivo en relación a la protección de sus derechos fundamentales y penitenciarios, el Juez o Tribunal que acordó su prisión preventiva, el Juez de Vigilancia Penitenciaria y el Tribunal Constitucional.

1. Juez o Tribunal que decretó su prisión preventiva

La resolución judicial debe estar motivada, conforme a los requisitos y presupuestos que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han venido señalando reiteradamente:

– Existencia de los que doctrinalmente se conoce como *fumus boni iuris*:
– indicios de la existencia de delito,
– motivos bastantes de imputación subjetiva.

periculum in mora:

– idoneidad y necesidad de la medida,
– subsidiariedad (no haber otra menos gravosa),
– carácter excepcional,
– la no obligatoriedad de su imposición por el juez o Tribunal,
– duración limitada,
– que haya mediado previamente petición de parte del Ministerio público o de acusación particular.

Ante esta resolución, que debe ser notificada al interesado puede interponer los recursos de apelación/queja pertinentes.

Y cuando en la misma resolución o en

otra independiente se acuerda la incomunicación del preso preventivo, éste dispone de dichos recursos contra la resolución.

2. Juez de Vigilancia Penitenciaria

Antes de pasar a la presentación y análisis de los problemas de la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria, parece conveniente detenerse en recordar cuándo surge y las razones de la creación *ex novo* de la figura principal de ésta, el Juez de Vigilancia, que aparece concebida como una de las instituciones esenciales de la Política Penitenciaria de nuestro país.

Es sabido que la LOGP 1/1979, de 26 de septiembre crea la figura del Juez de Vigilancia, sin que exista en nuestro país ninguna institución similar que sirviera de precedente. Este debe buscarse, principalmente, en nuestra área cultural europea, y en concreto en el *Juge d'Application des peines* francés y el *Magistrato di Sorveglianza* italiano.

En dos grandes bloques podrían encuadrarse las razones por las que se crea esta figura judicial: sociohistóricas y constitucionales.

Entre las *razones sociohistóricas*, hay que referirse, en primer lugar, a la dramática situación en que se encontraban los presos en las cárceles españolas, con frecuentes motines debidos, en gran parte, a las condiciones infrumanas en que se desarrollaba la vida de aquéllos, además del elevado porcentaje de presos preventivos en relación con el número de penados, así como la dureza de las penas en algunos casos, especialmente en los delitos contra la propiedad.

Y en segundo lugar, hay que señalar que las quejas de los internos de conculcación –sistemática en ocasiones– de sus derechos fundamentales, obligaban a un cambio de rumbo de la política penitenciaria, ya que tanto desde el campo penitenciario como desde el judicial, se había demostrado una evidente ineptitud.

El fracaso, de facto, de los mecanismos internos de vigilancia e inspección de la Administración Penitenciaria eran evidentes. Además del “discurso represivo y militarista” heredado del régimen dictatorial anterior, los inspectores seguían dependiendo de la propia Administración Penitenciaria, y quien se haya acercado al mundo de las prisiones, habrá po-

dido percibir la vigencia, con marchamo de aforismo en algunos sectores, de que los trapos sucios han de lavarse en casa.

Y asimismo puede calificarse de fracaso histórico la forma en que el colectivo judicial se ha conducido en esta materia. En primer lugar, ha venido considerando la ejecución de las penas privativas de libertad como algo ajeno a los jueces. Con la firma de la sentencia condenatoria y su declaración de firmeza los juzgadores venían a poner punto final a su función judicial; lo que venía después pertenecía a un plano considerado inferior y muy alejado de la superior función de juzgar. No es de extrañar, por tanto, que no se haya reivindicado por los jueces un mayor protagonismo en la ejecución. A lo sumo algunas voces aisladas han llamado la atención sobre la conveniencia de crear la figura del “Juez de ejecución de penas”.

La exclusividad de “hacer ejecutar lo juzgado” de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de 1870 acababa con la remisión del testimonio de la sentencia y la liquidación de condena. El cómo, cuándo y dónde se cumplía ya estaba bien donde estaba, es decir, en manos ajenas, en poder la Administración Penitenciaria. Para qué reivindicarlo, por tanto, si además era el tramo más desagradable del sistema penal. Y en segundo lugar, se ha incumplido ostensiblemente por el colectivo judicial la obligación prevista en el art. 526 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Y si la omisión reivindicativa señalada es grave, el no llevar a cabo las visitas semanales a las prisiones, sin previo aviso y en unión del Ministerio Fiscal, no ofrece duda alguna que contribuyó a la conculcación de los derechos humanos en nuestras cárceles durante más de un siglo. Es evidente que las visitas periódicas mensuales que se realizaban por algunas Audiencias Provinciales y la asistencia a los actos programados anualmente para el Día de la Virgen de la Merced, no eran sino amagos de cumplimiento, y en todo caso, estaban encaminados más al aspecto procesal –presos preventivos a la espera de juicio– que al control de las condiciones de vida en el interior de las prisiones.

Debe decirse, sin embargo, para que cada palo aguante su vela, que tampoco desde el ámbito de la doctrina se ha demostrado una “madurez científica” en el tema de la ejecución penal, a la vista de las escasa atención que históricamente se le ha dedicado.

Junto a estas razones sociohistóricas concurrieron *otras de naturaleza constitucional* que favorecieron su creación:

Por un lado, está la previsión del art. 25.2 de la Constitución de 1978, al pronunciarse abiertamente, en el párrafo primero, por el fin resocializador de las penas y medidas privativas de libertad, y en el segundo, tal como se ha señalado anteriormente, por la garantía expresa de los derechos fundamentales del preso que no vengan afectados por la sentencia, el sentido de la pena y la Ley Penitenciaria.

Por el otro, el hecho de elevar a categoría de principio constitucional el precepto centenario de que corresponde ex-

clusivamente a los jueces la facultad –deber de ejecutar lo juzgado (art. 117.3, CE)–.

También, el haber establecido en el art. 24.1 de la Constitución, la garantía a obtener la tutela jurídica a través del juez como garante efectivo de derechos.

Y finalmente, la necesidad de que el “principio de legalidad” (art. 9.3, CE) debe regir también la ejecución penal.

Si a este marco sociohistórico y constitucional se le añade que el *Comité de Ministros Europeos*, en las “Reglas Mínimas”, aprobadas el 19 de enero de 1973, estableció la “recomendación” de que exista una órgano de control de las cárceles, judicial o no, pero sí exterior y distinto a la propia Administración, podría concluirse que el legislador de 1979, al crear la figura del Juez de Vigilancia pretendía, esencialmente, posibilitar que también el preso pasase de la condición de súbdito a la de ciudadano, entre otros medios, estableciendo un *control judicial directo*, y por tanto, ajeno a la Administración, con capacidad formal para penetrar en unas instituciones, que por su carácter cerrado y ausencia de efectivo control, habían ganado, con el régimen franquista, una merecida fama de conculcadora sistemática de los derechos humanos, incompatible con la naciente democracia. La situación infrahumana en que se encontraban muchos de los presos del país obligó a pensar en un “órgano específico” que garantizase los derechos de los internos dentro de las prisiones.

Que ésta fue la voluntad unánime del legislador, lo corrobora el hecho de que la fórmula recogida en los apartados 1 y 2 g del art. 76 de la LOGP 1/1979 fue la misma que aparecía en el proyecto de la Ley presentada a las Cortes Generales. Ello quiere decir que todos los grupos parlamentarios, sin excepción, aceptaron la fórmula propuesta, sin tan siquiera presentar enmienda alguna durante la discusión parlamentaria de ambas Cámaras. El arco parlamentario de 1979 confiaba plenamente en la solución judicial como respuesta la “recomendación” del Comité de Ministros Europeos.

Veamos cómo se concibe al Juez de vigilancia en nuestro ordenamiento jurídico. Dos son las leyes que delimitan el perfil de esta figura judicial, la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979 y la Ley Orgánica General del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio.

El art. 76 de la LOGP de 1979 es de trascendental importancia a este respecto. De él resulta la existencia de dos grandes bloques de las funciones que la ley atribuye a los Jueces de Vigilancia. Uno, que abarca las correspondientes a la vertiente de “ejecución penal” en sentido estricto, y el otro, las relativas a la vertiente de “control”.

1. Vertiente de ejecución penal

En la vertiente de “ejecución de penas”, el art. 76, con carácter general pero sin ambigüedad alguna, no sólo atribuye al Juez de Vigilancia “el hacer cumplir la pena impuesta”, sino que además determina que debe hacerlo “asumiendo las funciones que corresponderán a los jueces y tribunales sentenciadores”.

Y de manera específica, dicho precepto, le da atribuciones para:

a) Resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos.

b) Adoptar las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo.

c) Resolver las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan.

d) Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena.

Del examen de tales atribuciones, y primordialmente de las de carácter general, resulta claro que han pasado a los Jueces de Vigilancia todas las competencias que tenían los Jueces y tribunales sentenciadores en el período de ejecución de las penas privativas de libertad. Únicamente hay una excepción, el licenciamiento definitivo, que el art. 17.2 de la propia Ley de 1979 quiso que continuase residiendo la competencia en el “tribunal sentenciador”, al decir que “para proceder a la excarcelación de los condenados será precisa la aprobación de la libertad definitiva por el tribunal sentenciador...”.

Y, por tanto, como corolario, cabe hacer una primera afirmación sobre la naturaleza del Juez de Vigilancia: que *forma parte de los órganos integrantes de la Jurisdicción penal*. Y asimismo se puede afirmar que el Juez de Vigilancia *actúa por sí y no por delegación de los órganos sentenciadores*.

Y no puede hablarse, como lo hace la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1982, de que el Juez de Vigilancia ostenta una “competencia delegada”. En ningún precepto legal puede encontrar apoyo tal afirmación. Lo que ha hecho el legislador es un trasvase de competencias. Parte de la potestad jurisdiccional (“hacer ejecutar lo juzgado”) que venía atribuida a los jueces y tribunales sentenciadores ha pasado a un órgano penal creado *ex novo*.

La declaración de firmeza de la sentencia determina, por ley y a partir de ese momento, la ausencia de intervención del juez o tribunal sentenciador hasta el licenciamiento definitivo. Todo lo relativo a la ejecución de la pena privativa de libertad cae bajo la jurisdicción exclusiva y excluyente del Juez de Vigilancia una vez el afectado ingresa en el centro penitenciario. Solamente por vía de recurso puede intervenir el órgano judicial que impuso la pena, sin que pueda recabar para sí la competencia, como sería lo lógico, si la ejercitada por el Juez de Vigilancia fuese por delegación.

No entenderlo así ha llevado a decisiones de la Sala 2º del Tribunal Supremo en materia de “acumulación de penas”, que resultan incompatibles con los términos claros y precisos del art. 76.2.a) de la LOGP. El criterio 6 de los fijados en la VI Reunión de Jueces de Vigilancia en mayo de 1992 es una constatación de que desde los Jueces de Vigilancia se sigue pensando en la propia competencia para el conocimiento de tales acumulaciones, afirmando, incluso, frente a alguno de los razonamientos esgrimidos por los seguidores de la opinión contraria, que “la acumulación constituye ejecución o cumplimiento y falta de declaración o determinación de la pena”.

2. *Vertiente de control judicial*

En la vertiente de “control”, el propio artículo 76⁵ fija con carácter general dos atribuciones esenciales:

- “Salvaguardar los derechos de los internos” (art. 76.1).
- “Corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse” (art. 76.1).

Pese a términos tan tajantes, y especialmente desde posturas administrativistas, se ha pretendido mixtificar la naturaleza claramente jurisdiccional de las atribuciones del Juez de Vigilancia que se desprenden de tales mandatos.

La Ley de 1979 no solo atribuye al Juez de Vigilancia la función de “garante de derechos” (“salvaguardar...”), sino también la de “garante efectivo de derechos”, ya que *puede y debe corregir* los abusos y desviaciones que apreciare.

Es tan evidente el carácter jurisdiccional de su actividad que tanto el Tribunal Constitucional, en su sentencia 73/1983, de 30 de julio, como el Órgano Colegiado del Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de julio de 1986 resolviendo el Conflicto Jurisdiccional nº 10/86 entre la Administración Penitenciaria de la Generalidad de Cataluña y el Juzgado de Vigilancia Penitencia nº 1 de Barcelona, en sus respectivas primeras re-

⁵ Art. 76.1 “El Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que puedan experimentar con arreglo a lo previsto en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

2. Corresponde especialmente al Juez de Vigilancia:

- Adoptar las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores.
- Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan.
- Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer aclaramiento de la condena.
- Aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días.
- Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias.
- Resolver en base a los estudios de los Equipos de Observación y de Tratamiento, y en su caso de la Central de Observación, los recursos referentes a clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado.
- Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los

soluciones en que se aborda la naturaleza del Juez de Vigilancia, han realizado las siguientes afirmaciones:

A) Sentencia TC 73/1983, de 30 de julio

Respecto a la función del Juez de Vigilancia:

1) Que entre los postulados del Estado de Derecho se encuentran

- la legalidad estricta de la actuación administrativa (art. 9.3 CE), y
- su control jurisdiccional (art. 106.1, CE).

2) Que es el Juez de Vigilancia Penitenciaria quien ha de velar por las situaciones que afecten a los derechos y libertades fundamentales de los presos y condenados (art. 25.2, CE).

3) Que el Juez de Vigilancia constituye un medio efectivo de control (art. 24, CE).

4) Que el Juez de Vigilancia constituye una garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3, CE).

Respecto a los límites de su función:

5) Que el Juez de vigilancia ha de actuar dentro del principio de legalidad.

Respecto a las consecuencia de su ineffectividad:

6) Que el Juez de Vigilancia es la Vía judicial normal de salvaguardia de los derechos de los internos.

7) Que si en esta vía no son corregidos los actos de la Administración concubadores de derechos fundamentales, puede acudirse en amparo del Tribunal Constitucional.

8) Todo ello con independencia de la posible responsabilidad disciplinaria de los funcionarios.

B) Sentencia del Órgano Colegiado de Conflictos

1) Que si toda actividad administrativa se halla sujeta a control jurisdiccional (art. 106.1 CE) lo está de un modo especial y directo la que según su misma configuración legal, tiene un *carácter subordinado e instrumental respecto a las decisiones jurisdiccionales* afectantes a la libertad personal.

2) Que se residencia en un Juez *ad hoc* la vigilancia inmediata de la medida y forma en que las resoluciones judiciales son ejecutadas, tanto en su aspecto positivo –efectivo cumplimiento–, cuanto en su aspecto negativo –obstante de cualquier exceso o extralimitación sobre lo que son naturales y estrictas consecuencias de las decisiones judiciales–.

3) Que considerar que el art. 77 de la LOGP⁶ expresa y acuña cerradamente la configuración del Juzgado de Vigilancia supone tanto como desconocer el propio aliento con el que la Institución es concebida por el legislador, así como desdeniar, sumiéndolas en la inoperancia, las previsiones del art. 76 de la propia Ley.

4) Que las atribuciones del Juez de Vigilancia contenidas en el art. 76.1 y 76.2.g de la LOGP están en cabal sintonía con principios de rango constitucional.

5) Que no parece difícil interpretar y aplicar armónicamente los arts. 77 y 76 sin más que considerar que aquél (art. 77) opera *prima facie* en el ámbito más administrativo de la organización y actividad penitenciarias, mientras que éste

derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos.

h) Realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que previene la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
i) Autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado.
j) Conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del Director del establecimiento.

⁶ Art. 77 LOGP “Los Jueces de Vigilancia podrán dirigirse a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias formulando propuestas referentes a la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia, a la ordenación de la convivencia interior en los establecimientos, a la organización y actividades de los talleres, escuela, asistencia médica y religiosa y en general a las actividades regimentales, económicas-administrativas y de tratamiento penitenciario en sentido estricto”.

(art. 76), define con trazos vigorosos y con notoria intensidad las atribuciones judiciales en lo ateniente nuclearmente a la privación de libertad, al cumplimiento de la pena y a la tutela de los derechos fundamentales de los internos.

6) Que lo hasta aquí expuesto acoge sin reservas las afirmaciones contenidas en el fundamento jurídico 6º de la sentencia del Tribunal Constitucional 73/1983, de 30 de julio.

Por otra parte, la Ley Orgánica de Poder Judicial de 1985, en su art. 94, atribuye a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria no sólo la condición de “órganos judiciales”, sino que además determina que quedan integrados “dentro del orden jurisdiccional penal”.

Por tanto, a la vista de las disposiciones legales indicadas, así como las interpretaciones jurisprudenciales que han sido examinadas, cabe afirmar que tanto orgánicamente como por las funciones y competencias que les son atribuidas, los Jueces de Vigilancia, tienen una *naturaleza netamente jurisdiccional incardinada en la fase de ejecución penal*, tal como fue puesto de relieve en la III Reunión de Jueces de Vigilancia de 1985, y aparece recogido en el primero de los Criterios de Actuación aprobados en la VI Reunión de mayo de 1992.

Sin embargo, desde un sector de la doctrina (Manzanares Samaniego, Gimeno Gómez) se ha propugnado el carácter híbrido “judicial-administrativo” o incluso se ha hablado de la “naturaleza de órgano consultivo de los Jueces de Vigilancia respecto a determinadas materias que no figuran entre la enumeración de sus competencias específicas...”.

Podría decirse que la única facultad administrativa que la ley otorga a los Jueces de Vigilancia es la posibilidad de aprobar sanciones de aislamiento superiores a catorce días (art. 76.2.d), aunque este supuesto ofrece incluso algunas dudas. En definitiva no estaríamos ante una imposición de sanciones, en sentido estricto, sino ante una mera aprobación de las ya impuestas por la Administración penitenciaria. Y en todo caso, tal facultad no parece de una entidad tan determinante, a la vista de las otras facultades que la Ley otorga a los Jueces de Vigilancia, como para hablar de la “ambigüedad de la figura que como Jano tiene una cara de poder judicial y otra de administración”.

Y es obvio que las facultades otorgadas al Juez de Vigilancia en el art. 77 de la Ley 1979 de poder formular propuestas a la Administración (“al Centro Directivo”) para la mejora de los servicios, no lo convierten en “órgano consultivo”.

Una cosa es que el Juez de Vigilancia pueda remitir propuestas para una mejor aplicabilidad de la normativa penitenciaria, y otra, que un juez pueda estar para evacuar consultas de la Administración penitenciaria. Esto es totalmente incompatible con el ejercicio de la potestad jurisdiccional a tenor de lo establecido en el art. 117.4 de la Constitución, ya que los jueces no pueden ejercer más funciones que las previstas en la propia Constitución y las que le sean atribuidas por ley, pero con un límite importante, que sean en este último caso, “en garantía de un derecho”.

Guste o no a los seguidores de posiciones administrativistas, la Administración penitenciaria tiene su razón de ser en cuanto “subordinada” a los Jueces y Tribunales, dado su carácter instrumental al servicio de la ejecución de las penas privativas de libertad, tal como ha señalado el Órgano de Conflictos en la sentencia examinada anteriormente.

La Administración penitenciaria, en cuanto parte integrante del Poder Ejecutivo, participa de la “función ejecutiva” que la Constitución atribuye a este último. Así tiene reconocidas expresamente las funciones de dirección, organización e inspección de las instituciones penitenciarias, es decir, le corresponde la ejecución de la legislación penitenciaria y consiguiente gestión de la actividad penitenciaria, tal como se establece en el art. 79⁷ de la LOGP en relación con el art. 97 de la CE.

Ahora bien, del art. 106 de la CE resulta que tanto la potestad reglamentaria como la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican están bajo el control de los Tribunales.

Queda claro, por tanto, que solamente puede hablarse de “subordinación” en el sentido de que la Administración penitenciaria está “sometida al control” de los Jueces y Tribunales, ya que el equilibrio constitucional de los tres poderes en un Estado de Derecho exige como presupuesto esencial la paridad entre los mismos derivada de su sometimiento al imperio de la ley.

Control que a partir de la LOGP de 1979 ha quedado atribuido específicamente a los Jueces de Vigilancia, tal como hemos visto quedó valorado en las sentencias del Tribunal Constitucional y el Órgano de Conflictos del Tribunal Supremo.

Es decir, el legislador de 1979 no quiso un Juez de Vigilancia con facultades meramente “inspectoras” y de “propuesta”, sino con facultades “jurisdiccionales de control y garantía de derechos”.

De no ser así, no se entendería bien la remisión que se recoge en el art. 78 de la propia Ley penitenciaria: “en lo que respecta a las cuestiones orgánicas referentes a los Jueces de Vigilancia y a los procedimientos de su actuación, se estará a lo dispuesto en las leyes correspondientes”.

Posicionamiento que, en definitiva, ha venido a ser confirmado con la publicación de la LOPJ de 1985 cuando en su art. 26 establece: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional se atribuye ... [entre otros] a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria”.

Por consiguiente, si los Jueces de Vigilancia aparecen concebidos como órganos integrados en el Poder Judicial, con facultades jurisdiccionales de control y de garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, resulta evidente que no pueden ser a la vez “órganos consultivos” de la Administración penitenciaria, al corresponderles la función de ser “órganos de control” con carácter específico.

Con mayor razón, por tanto, ha de descartarse la valoración que en alguna ocasión y con motivo del análisis exegético

⁷ Art. 79 LOGP: “Corresponde a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia la dirección, organización e Inspección de las Instituciones que se regulan en la presente ley salvo respecto a las Comunidades Autónomas que hayan asumido en los respectivos Estatutos la ejecución de la legislación penitenciaria y consiguiente gestión de la actividad penitenciaria”.

del art. 76.2.g de la LOGP, se ha hecho asimismo del Juez de Vigilancia, al concebirlo a modo de “Defensor del Pueblo” de los presos y penados, cuando el art. 54 de nuestra Constitución determina claramente que a esta importante institución le corresponde la facultad de “supervisar” la actividad de la Administración dando cuenta a las Cortes. Tampoco son de ese carácter las facultades que la ley otorga al Juez de Vigilancia.

Es más, el primer Gobierno socialista que llevó a cabo la Reforma del Reglamento Penitenciario en 1984, tuvo claro cuál era la función y atribuciones del Juez de Vigilancia. De la Exposición de Motivos del Real Decreto 787/1984, de 26 de marzo, interesa destacar ahora dos de ellos.

El primero es la afirmación gubernamental, no solo de la necesidad de elaborar un nuevo Reglamento Penitenciario para un mejor desarrollo de los aspectos más innovadores de la Ley Penitenciaria, sino además la aseveración de que mientras se elabora este nuevo Reglamento se hace preciso llevar a cabo la reforma de algunos artículos del hoy vigente que vienen empañando el carácter progresivo de la citada ley.

El segundo motivo a subrayar está referido más específicamente a la figura del Juez de Vigilancia. Así se llega a aseverar, “valorando los aspectos más destacados de esta reforma parcial y urgente” del Reglamento de 1981 que “se potencia la intervención del Juez de Vigilancia, en desarrollo obligado del contenido de los artículos 76 y 77 de la LOGP para que quede debidamente garantizado el control jurisdiccional de la Administración en el cumplimiento de la normativa penitenciaria”.

Por tanto, no solo se reconoce por el propio Poder Ejecutivo de marzo de 1984 que es urgente potenciar la figura del Juez de Vigilancia, sino también que esta potenciación viene impuesta por los propios términos en que la Ley concibe las competencias y facultades de esta figura. Y todo ello además con una finalidad: garantizar el control jurisdiccional de la Administración Penitenciaria.

Es más, de todo lo dicho se desprende, no sólo que ha asumido competencias que con anterioridad a la entrada en vigor de la LOGP de 1979 estaban residenciadas en los Tribunales sentenciadores, sino también que se han recortado las correspondientes a la Jurisdicción contencioso-administrativa en todos aquellos casos en que están en juego los derechos fundamentales de los internos o los derechos y beneficios penitenciarios (conforme al apartado g del art. 76.2), más todos y cada uno de los supuestos comprendidos en el resto de apartados de dicho art. 76.2 no estrictamente encuadrables en el ámbito de la ejecución penal propiamente dicha.

Aunque no lo haya dicho expresamente el legislador al crear esta figura, tal afirmación se apoya en la interpretación dada por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia de 30 de julio de 1983, al reconocerle la condición de “vía normal para salvaguardar los derechos de los internos en las prisiones ... contra los actos de la Administración Penitenciaria...”.

Por ello, no llega a comprenderse la remisión a la Jurisdicción contencioso-administrativa que, en materia de trasla-

dos, hizo el propio Tribunal Constitucional en la sentencia 138/1986, de 7 de noviembre. Y aunque sin citar dicha sentencia, es evidente que el criterio Trece de la Reunión de Jueces de Vigilancia de 1992, salió al paso de dicha interpretación, en un intento de delimitar el alcance de las competencias del Juez de Vigilancia en esta materia.

No estamos, pues, ante un órgano híbrido de naturaleza judicial-administrativa, –como puede serlo el *Judge d'Application des peines* francés– sino ante un órgano judicial, encuadrado orgánicamente en el orden penal, con dos clases de jurisdicción, penal y contenoso-administrativa.

En el cumplimiento de la normativa penitenciaria los distintos órganos unipersonales o colegiados de la Administración penitenciaria pueden incurrir, a la vista del art. 76.1 de la LOGP, en *abusos y desviaciones*, pero también en meras *disfunciones*, ya que determinados actos administrativos, aun sin llegar a conculcar gravemente derechos o beneficios penitenciarios de los internos, sin embargo entorpecen el deseable buen funcionamiento del sistema penitenciario más allá de la estricta legalidad.

Ante estos actos (abusos, desviaciones y disfunciones) el Juez de Vigilancia tiene *dos caminos* a seguir:

1) *obligatorio*, el de reponer al interno o internos en el derecho o beneficio conculado (art. 76.1 y 2);

2) *facultativo*, el previsto en el art. 77, que puede ser utilizado o bien cuando por la naturaleza de la disfunción no proceda utilizar el primer camino, o bien cuando, aun habiendo utilizado ese primer camino, se considera por el juez que en atención a que el caso resuelto puede estar propiciado por una situación generalizada y para evitar la repetición de nuevas conculcaciones, debe hacerlo saber al Centro Directivo, proponiendo la solución que estime más adecuada.

Para un mejor entendimiento examinemos un supuesto.

Ante la queja de un interno de que no se le presta en el Centro penitenciario la atención médica que precisa para una determinada dolencia, el Juez de Vigilancia solicitó, lógicamente, los informes del Servicio Médico del Centro y del Médico Forense y/o especialistas que crea oportunos, llega a la conclu-

sión de que el interno está realmente mal atendido.

Está claro que la resolución a dictar no está recogida nominativamente entre las competencias del art. 76, pero no cabe duda que dicho juez *puede y debe ordenar* (no sólo proponer, como se pretende por un sector doctrinal) *en amparo del derecho constitucional a la salud* del interno (art. 53 CE y art. 3.4 de la LOGP), que la Administración *preste la asistencia médica concreta*, con la urgencia y circunstancias que el caso requiera, llegando incluso a la excarcelación si fuere necesaria para un tratamiento en centro sanitario no penitenciario. Es evidente que el incumplimiento de lo ordenado por el Juez –legal y científicamente fundado por los informes recabados– podría ser constitutivo de delito de desobediencia y/o delito de rigor innecesario.

Ahora bien, si de los hechos investigados tras la queja formulada resultare a juicio del Juez de Vigilancia, que no se ha prestado la atención médica adecuada porque la “*organización del Servicio médico del centro*” así lo propicia, *puede formular además* al Centro Directivo la “*propuesta de organización*” (art. 77) que pueda mejorar la prestación de asistencia médica por la Administración penitenciaria.

Del art. 79 se desprende que la propuesta que formule el Juez de Vigilancia *podrá o no ser asumida* por la Administración, al no venir regulada con carácter vinculante y corresponder al Centro Directivo la “*dirección y organización*” de los centros penitenciarios.

Resulta evidente que el Juez de Vigilancia, en el supuesto examinado –queja fundada de inadecuada asistencia médica– no podía limitarse a la vía facultativa del art. 77 proponiendo a la Administración que le proporcionase la asistencia adecuada. El carácter no vinculante de tal propuesta continuaría dejando en manos de la Administración la decisión de si prestaba o no tal asistencia, y por consiguiente, no podría hablarse de *amparo efectivo* del derecho a la salud del interno.

De lo dicho resulta que cualquier acto de la Administración Penitenciaria que conculque un derecho fundamental o cualquier derecho o beneficio penitenciario, puede y debe ser dejado sin efecto, en todo o en parte según proceda, por el Juez de Vigilancia, y ello con independencia de cómo ha llegado al juzgado, ya sea por “*petición, queja o recurso*” del inter-

no o del Ministerio Fiscal, ya sea por conocimiento directo del propio Juez en las visitas que realice al Centro, ya que parece obvio que no rige en este ámbito el aserto *ne procedat iudex ex officio*.

Tanto es así que el Tribunal Constitucional, en la citada sentencia de 30 de Julio de 1983, para que no quede la menor duda de la función de salvaguardia y corrección de los Jueces de vigilancia, afirma: “Esta es la vía normal [el Juez de Vigilancia] para salvaguardar los derechos de los internos, sin perjuicio de poder acudir en amparo a este Tribunal contra los actos de la Administración Penitenciaria que se estimen contrarios a los derechos fundamentales, si no fueren corregidos en la vía judicial, ello con independencia de la posible responsabilidad disciplinaria de los funcionarios”.

En definitiva, una cosa es que corresponda a la Administración la competencia exclusiva para la “*dirección, organización e inspección*” de las instituciones penitenciarias, y otra distinta que siempre deba estar su actividad bajo el control judicial de su legalidad y su sumisión a los fines que justifican dicha actividad (art. 106, CE).

Actividad de control de los Jueces de Vigilancia que no se limita al control estático de la legalidad de la actividad administrativa, sino además a un control dinámico –en cuanto debe ir encaminado a conseguir la finalidad resocializadora de la pena– bien de manera directa en la obligada función de amparo, bien por la vía facultativa de propuesta del art. 77 de la LOGP.

3. El Tribunal Constitucional

Como ya se ha indicado anteriormente fue el propio Tribunal Constitucional en la importante sentencia de 30 de junio de 1983, quien afirmó que si la salvaguardia de los derechos de los internos no es adecuadamente garantizada por la vía normal que es el Juez de Vigilancia, siempre el interno tiene expedita la vía para corregir los actos administrativos de la Administración Penitenciaria conculcadores de derechos fundamentales, acudiendo en amparo ante el propio Tribunal Constitucional.

Nota final

Sería interesante analizar ahora las relaciones entre el Juez de Vigilancia Penitenciaria y el Juez Instructor, y entre el Juez de Vigilancia y los Jueces o Tribunales sentenciadores en situaciones como la incomunicación, traslados ordenados por el Juez Instructor en los casos de presos que a la vez son preventivos y penados, permisos de salida, hechos delictivos dentro de la prisión, *habeas corpus* por pena ya cumplida, quejas por premiosidad o retraso injustificado del proceso, etc., pero el tiempo disponible no da más de sí.

Contexto sociopolítico en el que se desempeña la defensa pública en la Argentina*

Daniel Erbetta



Siempre es difícil, y más en un contexto como el actual, alejarse de lo urgente y centrarse en lo verdaderamente importante pero creo que, como operadores y especialmente como responsables del ejercicio de un derecho que es acceso a los derechos, ese es nuestro desafío.

Hoy es un día importante porque una vez más se promueve un ámbito de debate, de reflexión y de acercamiento entre los defensores oficiales de distintas regiones que forman parte, en la actualidad, de un modelo organizacional que, aún con cuestiones pendientes y revisables, es materia de reconocimiento incluso fuera de nuestro país.

Quiero expresar sinceramente mi gratitud por la invitación y por el enorme privilegio que significa para mi participar en este acto de apertura de la X Reunión Anual del Ministerio Público de la Defensa y nada menos que para dar cuenta de una iniciativa tan importante como es la presentación del primer número y, con ello, de la aparición de la Revista del Ministerio Público de la Defensa.

Probablemente la distinción derive de mi condición de presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, pero la asumo, también, de manera cabal, como abogado que ha ejercido durante toda su vida profesional la actividad de la defensa penal y que, en tantos años de profesión, ha sido testigo de la transformación producida en los últimos años en la defensa pública federal, tanto que me ha convertido en un difusor de sus méritos, del esfuerzo y, especialmente en la mayoría de los casos que conozco, del compromiso inoclaudicable con la defensa del sistema de garantías.

Presentar una revista, que es una obra colectiva, y además en este caso institucional, nos enfrenta a varias alternativas y obliga necesariamente a un recorte que, como todo recorte, suele ser arbitrario.

Sin embargo, hay algunas cuestiones que he creído conveniente reivindicar especialmente en el marco de esta X Reunión anual que, estimo, debe servir también para reflexionar sobre nuestra realidad, sobre lo que hacemos y causamos y sobre lo que podemos proyectar hacia el futuro.

¿Cuál es el contexto en que se desempeña la defensa pública y como se administra el castigo en la actualidad?

En realidad, de inicio, no puedo omitir que nuestro país

* Conferencia pronunciada con motivo de la presentación de la Revista del Ministerio Público de la Defensa, N° 1, en la X Reunión Anual del Ministerio Público de la Defensa Buenos Aires, 30 de noviembre de 2006.

ha avanzado de manera notable en términos institucionales. El proceso de selección, renovación e integración de la CSJN y de otros órganos judiciales, entre ellos, la propia organización e independencia funcional del Ministerio Público de la Defensa, jerarquizado en su máxima dirección por la calidad humana, idoneidad y compromiso democrático de quién hoy conduce a los defensores y por la rigurosa selección mediante concursos de sus magistrados; la recuperación de los principios político criminales de garantía a través de la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su nueva integración, así como la defensa de los derechos humanos y el enjuiciamiento y castigo de los responsables de los crímenes de lesa humanidad, obligan a su reconocimiento y difusión. Sin embargo, por distintas razones y factores estructurales, seguimos enfrentando –en orden a la cuestión motivo del interrogante– una realidad que nos sigue poniendo a prueba y que representa un verdadero desafío.

En materia de producción legislativa, una nueva dinámica política, la “reformanía”, ha llevado al congreso a ocuparse del Código Penal en más de 26 ocasiones en los últimos dos años. Salvo excepciones, la mayoría de ellas fueron producto de la urgencia y de la demagogia irresponsable.

De este modo, se agregaron al Código Penal los artículos *bis*, *ter*, *quater*, *quinquer*, etc., que sumados a las sesenta y nueve leyes penales o extrapenales que contienen normas punitivas, han convertido al sistema legal del delito y la pena en la Argentina en un verdadero cambalache.

El impacto de estas reformas no ha podido ser más patético: caos y dispersión normativa, asistematicidad, niveles alarmantes de autocontradicción, relativización de los límites constitucionales que condicionan la producción legislativa y, peor aún, lejos de los fines declamados, se ha convertido a la ley penal en fuente inagotable de arbitrariedad e inseguridad jurídica.

Se han alterado las escalas penales, el orden, la jerarquía de los bienes jurídicos y roto la regla de proporcionalidad de las penas. Hoy la vida no es el bien más importante, en tanto se regulan delitos contra la propiedad con penas más severas que delitos contra la vida (un robo calificado por el uso de un arma y la intervención de un menor, sin lesionar a nadie, tiene pena de 8 años y 6 meses a 26 años y seis meses de prisión; un homicidio doloso de 8 a 25 años de prisión). Del mismo modo, se consagran delitos de peligro con penas más graves que delitos de lesión (la tenencia de arma por parte de un autor que tiene un antecedente o una excarcelación tiene pena de 4 a 10 años de prisión mientras que las lesiones graves que suponen el debilitamiento permanente de un órgano tienen pena de 1 a 6 años).

Con la reforma al sistema de punición del concurso material y al régimen de libertad condicional se ha institucionalizado la pena de muerte en prisión, la llamada por Zaffaroni pe-

na de muerta con paciencia. Asimismo estas reformas sumadas a la consagración de agravantes genéricas y específicas irrationales, aumento de las escalas penales y, especialmente, elevación de los mínimos de esas escalas, no sólo han afectado el sentido de la pena adscribiendo a un criterio de prevención especial negativa o de aseguramiento sino que, principalmente, han institucionalizado ya en la ley de fondo a la prisión preventiva como respuesta excluyente frente al delito, o más precisamente, frente a la apariencia o sospecha de delito.

Como si fuera poco, una nueva y confusa técnica legislativa apela a un novedoso sistema de paréntesis doble, sobreagrega núcleos típicos, circunstancias agravantes y circunstancias atenuantes en una misma figura y da cuenta en muchos casos de tipos penales de inusitada extensión y marcada amplitud, con preferencia de elementos valorativos o reenvíos a otras disposiciones, con cuestiones probatorias como elementos del tipo. Algunas figuras delictivas contienen más de veintidós verbos constitutivos de delito y su redacción ocupa más de una página. Se asemejan más a un guión cinematográfico que a una figura penal.

Las consecuencias son graves: ni respeto a los principios, ni eficacia en la reducción o control del delito.

El conocido deseo de Radbruch: “no un derecho penal mejor sino algo mejor que el derecho penal” se ha convertido en recuerdo del pasado y en la práctica legislativa argentina ha sido sustituido por una realidad muy diversa: “no un derecho penal mejor sino mucho más derecho penal de cualquier contenido, extensión y calidad”.

En orden al proceso, que muchas veces es una pena en sí misma, la cosa no parece ser mucho mejor.

La instrucción sigue siendo, aún en muchos modelos formalmente acusatorios la etapa central del proceso, la delegación a la policía (que no en pocos casos, es la verdadera autoridad del sumario) ya no la hace un juez, la hace un fiscal, el juicio queda relegado no sólo temporalmente; del apenas 3% de los casos ingresados en instrucción que se resuelven con sentencia condenatoria, la condena abre-

viada representa las dos terceras partes. El juicio se ha vuelto extraordinario, la negociación es una extorsión contra algunos seleccionados y el proceso penal acusatorio, en algunas provincias, corre el riesgo de convertirse en una ficción.

De otra parte, se ha producido una inversión del sistema penitenciario que lleva a que predomine abrumadoramente el número de presos preventivos sobre el de condenados.

Hoy tenemos más conciencia y evidencia de que la cárcel ya no está al final del camino. La cárcel está al inicio y la pena se impone en un escenario precondenatorio. Tenemos, como ha dicho Alejandro Slokar, un sistema penal cautelar donde la pena principal es una pena prohibida: la prisión preventiva. Los datos son elocuentes, del total de casos judicializados el porcentaje de sentencias condenatorias oscila entre el 0,50 y el 3%, según la región del país; además, entre el 65 y 80% de los presos no tienen condena.

Tanto es así que, en la percepción social, el encarcelamiento preventivo se identifica, sin ningún tipo de dudas, con la pena. Y la gente, en este punto, lleva razón, describe una realidad. Por ello cuando el imputado privado de su libertad durante el proceso la recupera antes de la sentencia (por ejemplo, vía excarcelación), la sociedad denuncia impunidad.

El problema, dice Foucault, no son las cárceles superpobladas sino la población superprisionizada.

Desde el derecho procesal se sigue diciendo que el encarcelamiento preventivo es una medida cautelar, algo así como un embargo, como si fuera posible cautelar, en tiempo existencial, el cuerpo y alma de una persona o restituir un pedazo de su vida. Lo llamativo es que se trata de una cautela que funciona sin contracautela. Es claro que si el estado pretende cumplir una función esencial que le es propia y exclusiva (afianzar la justicia=asegurar el juicio) a costa de la persona del imputado, cuanto menos –en caso de sobreseimiento o absolución– debería proporcionarle un vale a cuenta de otro proceso/peña o indemnizarlo.

No es nada original decir que la prisión preventiva es un problema crucial del saber penal. Sin embargo, los mayores intentos de

deslegitimación han provenido del derecho penal, en tanto desde el derecho procesal el criterio de *peligrosidad procesal* la ha mantenido viva.

Cabe advertir que la *peligrosidad procesal* como fundamento cautelar es una construcción puramente normativista que prescindiendo del significado real de la situación, termina mágicamente validando una funcionalidad latente: evitar la alarma social y castigar so pretexto de aseguramiento del proceso.

Pero en esas condiciones: ¿tiene sentido el proceso?

Antes de la condena, explica Hassemer¹, la presunción rige o no rige, ya que nada quedaría del principio si al imputado se lo considera, como dice, “quizás inocente” o “más bien culpable”.

La peligrosidad procesal es, ante todo, peligrosidad y como tal nunca refiere al hecho sino al autor. Peligrosidad criminal, peligrosidad sexual o peligrosidad procesal son, siempre, peligrosidad y así como Soler descalificó la primera burlándose del “peligrosómetro”: ¿puede acaso afirmarse que existe el “peligrosómetro” procesal?

Luego, aquello que se proscribe como fundamento de una pena (mediando declaración de autoría y culpabilidad) se valida como cautela, para encerrar a un inocente. Desde esta perspectiva, no sólo se altera el principio de inocencia, sino que, desde su naturaleza cautelar (la prisión por las dudas que se escape), no se puede explicar la grosera violación al principio de culpabilidad, ya que su lesión no se neutraliza con el criterio normativista que le asigna carácter cautelar. Si el derecho penal proscribe la peligrosidad como fundamento de la aplicación de una pena, resulta inadmisible que la admita como fundamento de la violación de un principio constitucional.

En suma, asistimos a un derecho penal en sentido amplio que, apoyado en nuevas emergencias, postula la expansión punitiva con fines simbólicos, la flexibilización del derecho penal material y procesal, la necesidad de los agentes encubiertos autorizados a delinquir, los arrepentidos delatores, testimonios secretos, denuncias anónimas, negociaciones de impunidad a cambio de datos para condenar o incluso para obtener dinero, la contención cautelar a través de la prisión preventiva como respuesta excluyente y la eventual neutralización física del enemigo.

Para colmo los destinatarios de este modelo son siempre los mismos, los mismos sobre los que además recae la violencia y conflictividad social.

Por si algo faltara estos fenómenos van acompañados en clave teórica de una concepción de la pena que, como instrumento de estabilización y hasta –agrego por mi cuenta– de configuración social, debe tener –por su carácter positivo– las categorías del sistema del hecho punible, sistema que se flexibiliza peligrosamente a partir de una pretendida renormativización de los criterios de imputación.

¹ Hassemer, Winfried, *Crítica al derecho penal de hoy*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1995, p. 118.

Creo en este tópico que, bajo ciertas condiciones, el compromiso garantista de la defensa supone también la opción por algún punto de vista metodológico. Nadie puede suponer ingenuamente que detrás de las finas construcciones conceptuales haya sólo una pretensión o funcionalidad estética o de pura racionalidad.

Siempre hay una funcionalidad política porque el derecho penal, como decía Bettoli, es política. Por ello siempre habrá construcciones más funcionales al poder y otras más funcionales a los límites y las garantías. Cuidado con el puro normativismo, porque puede conducir peligrosamente a abrirle al poder todas las realidades que el poder puede construir.

En cualquier caso, como vemos, tenemos mucho por hacer.

Y aquí la enorme importancia de un sistema público de ayuda legal como garantía institucional del derecho a la asistencia jurídica, incluso gratuita.

De allí la relevancia de un cuerpo de abogados profesionalizados, competentes, con conciencia y espíritu de cuerpo, que procuren neutralizar la selectividad del sistema y superar las insuficiencias de mecanismos de auxilio caritativo o el asistencialismo de regímenes particulares.

Porque además, como dice Ferrajoli, es en el terreno de la defensa que se mide, más que sobre cualquier otro, la desigualdad de los ciudadanos frente a la ley penal porque la desigualdad social accede al poder judicial por el camino que más la reproduce, que es el feroz penal, en tanto por su estructural característica de selectividad, son los más débiles, aquellos sin protección, los que a la vez que sufren el delito y la violencia pagan la arbitrariedad de las penas y la crueldad de las cárceles.

Cómo resuenan todavía las palabras de Marat, cuando hace más de doscientos años, en su *Plan de Legislación Criminal*, publicado en 1790, y bajo el título “La defensa del pobre”

afirmaba: “El rico con su oro casi siempre puede ser infame impunemente. La inocencia sin fortuna frecuentemente queda oprimida. Para prevenir este abuso, se establecerá en cada ciudad un abogado de pobres, encargado de la defensa de los desgraciados incapacitados para defenderse por sí mismos...” y bajo el título “Derechos del imputado” pregonaba: “... La ley no puede condenar a un acusado si no después de haberle facilitado los medios de defensa...”.

De allí que el problema de acceso efectivo a la justicia esté, en estos tiempos, necesariamente vinculado a la organización y fortalecimiento de la defensa pública y constituya un dato esencial a la hora de caracterizar una democracia consolidada.

Y por ello, desde distintos lugares, debemos apoyar el fortalecimiento del Ministerio Público de la Defensa y su equiparación en recursos y poderes al Ministerio Público Fiscal.

Esa paridad es, como ha dicho Slokar², el legado de la tradición iluminista que en estos tiempos nos recuerda Ferrajoli al referir las enseñanzas de Pagano y Filangieri: el interés en la protección de los inocentes no es menos público que el de perseguir a los culpables.

Y es también una exigencia del debido proceso y del acusatorio real ya que, al decir de Zaffaroni, un ministerio público fiscal fortalecido sin una defensa pública en igualdad de armas, sólo llevaría al peor de los inquisidores sólo con una fachada acusatoria. Fortalecer la defensa pública supone no sólo un cuerpo entrenado para la defensa técnica sino además con capacidad de investigación y posibilidad concreta de funciones integradoras como la contención personal y familiar.

Es probable que la revista del ministerio público de la defensa asuma el desafío de trabajar en la construcción de esa conciencia, sirva para actualizar en la capacitación y entrenamiento y se convierta en instrumento de cultura jurídica y de difusión de una verdadera escuela de defensores.

Por ello resulta importante revalorizar institucionalmente esta iniciativa que nace con este primer y calificado número que hoy presentamos formalmente en sociedad.

En la antigüedad, el conocimiento y las ideas se transmitían especialmente a través

² *Difesa pubblica-difesa privata: Una reforma per un diritto fondamentale. L'esperienza della defensoría pública argentina*, conferencia dictada en Roma, 17 de octubre de 2006.

del libro. Los tiempos modernos, además de las nuevas tecnologías, han colocado a las revistas en el centro de la escena. Porque una revista garantiza fácilmente el acceso, la difusión y la actualización, pero también constituye, en este caso y como espacio de discusión e información del ministerio de la defensa, un ejercicio de transparencia pública, un ejercicio democrático que contribuye a la construcción de la ciudadanía y posibilita el acceso de la sociedad al pensamiento, a las coordenadas políticas y a las líneas de trabajo de quiénes tienen la superlativa misión de ejercer el derecho de todos los derechos.

Quiero destacar el diseño propuesto que nos abre a realidades diversas y comparadas, permite proyectar la opinión de nuestros defensores públicos oficiales y, lo que me parece realmente interesante, propone la difusión y conocimiento de concretos planteos defensivos que son, en últimas instancia el aporte más relevante en perspectiva democrática e incluso de política criminal; porque como bien nos enseña Hassemer nos permite rescatar la importancia de la llamada política criminal en lo pequeño, es decir, la importancia de la actividad defensiva y jurisdiccional en la configuración de parte de la política criminal. Y he aquí un desafío ineludible que la defensa pública tiene en el contexto actual a partir de los planteos de inconstitucionalidad y del ejercicio de los mecanismos de protección de los derechos humanos que consagran los pactos internacionales.

Hasta diría que, esta sección destinadas a planteos defensivos, no deja de ser, mal que les pese a algunos, un elemento de capacitación y actualización para los propios defensores particulares.

La calidad de los artículos que ilustran este primer número y que relacionan precisamente la realidad de la defensa pública, la de las normas superiores y su operatividad concreta tanto en la Argentina, Brasil, Costa Rica y también en Italia, facilitan un análisis comparado en la rigurosidad de los trabajos de Ferrajoli, Anastasia, Carranza, Eiroa, Alves y Zaffaroni. Del mismo modo en los desarrollos de Langevin, Mage y Paduczack que relacionan parte de los desafíos actuales de la defensa pública en nuestro medio.

Por ello, es de esperar que la continuidad lleve a que la revista ocupe un lugar prioritario.

Porque la revista es también un medio para introducir una visión realista y comprometida en el debate sobre las preocupaciones actuales de la política criminal; un instrumento idóneo para el debate profundo sobre la reforma integral a la legislación penal, una discusión necesaria que nos permita pensar en cambios importantes y no siempre en cambios urgentes y coyunturales; para mediar en la distorsionada manipulación y simplificación de un problema complejo, el de la seguridad, y su relación con la actividad legislativa penal que no debería ser otra que el diseño de un modelo constitucional de intervención penal (que más se puede pedir de un legisla-

dor sino desarrollar en las leyes la Constitución Nacional) y también con la del Poder Judicial, cuya función esencial consiste o debería consistir en el control de los otros poderes y en la protección de los derechos ciudadanos, tanto de víctimas como de sospechosos, de inocentes como de culpables.

En una sociedad donde la eficacia se erige en el fundamento legitimante y excluyente de los sistemas políticos, donde el riesgo de la posmodernidad es quedarnos sin proyectos de libertad, sin ética y, tal vez, sin sujeto; y en la que el derecho penal asume el riesgo de convertirse en instrumento de guerra contra el enemigo y en caja vendedora de muchas ilusiones y pocas soluciones, tenemos la obligación de rescatar la vigencia operativa de los derechos constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos y también de desnudar críticamente la realidad para intentar cambiarla. Para no perder sensibilidad, para evitar que nos pase lo de aquél famoso guillotinador que todas las mañanas limpiaba su cuchilla para no ensuciar a la víctima.

Por ello, como defensores, no debemos bajar la voz.

Si defender la Constitución, luchar para disminuir los niveles de violencia y advertir que en un derecho penal democrático no se conoce de amigos ni de enemigos sino de inocentes y culpables, si todo ello es ser garantista, pues asumámoslo con orgullo del mismo modo que Beccaria, Feuerbach o Carrara cargaron en la historia con el mote de clásicos que en sentido peyorativo logró imponer Enrico Ferri para descalificar como anticuado y espiritista al momento más lúcido del pensamiento penal.

Quiero agradecer y expresar un reconocimiento especial a Stella Maris Martínez, a Gabriel Ignacio Anitua y a Editores del Puerto por este magnífico aporte.

Rescato y espero fervientemente que la revista se proponga orientar y contribuir desde este espacio en el debate y la construcción de la política criminal argentina y se convierta en un instrumento útil para concientizar y fortalecer el derecho de defensa, llave de acceso a los derechos y garantías, que son, al decir de Ferrajoli, el derecho de los más débiles.

Hacerlo, amigas y amigos, permitirá sumar un relevante aporte a la consolidación y profundización del estado de derecho.

Los derechos humanos de las personas privadas de la libertad durante el proceso penal*

Mario Alberto Juliano**



Se me ha propuesto referirme a los derechos de las personas privadas de la libertad durante el proceso penal y no quisiera reducir mi exposición a una simple enunciación de cláusulas legales del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho interno, las que son contundentes y terminantes en punto al respeto debido a la dignidad del individuo sometido a proceso, y que presumo conocidas por los presentes. Se me ocurre que tal repaso no respondería a las expectativas de los participantes de esta reunión de trabajo y tampoco respondería a mis propias expectativas.

La legislación en materia de derechos de las personas restringidas en la libertad ambulatoria durante el proceso es clara y –hasta diría– sobreabundante.

En tal sentido, podría comenzar recitando aquí que el artículo 18 de la Constitución Nacional dispone que “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para la seguridad y no para el castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”. Pero mencionar este mandato constitucional delante de los Defensores Oficiales de la Nación, en la Argentina del año 2006, puede parecer poco menos que una cruel burla, ya que hay una notoria contradicción entre el plano legal y el plano de la realidad, los cuales transitan por andarieles muy distintos.

Entonces, ¿qué es lo que sucede con la situación de los presos de nuestro país? ¿Cuál es la razón por la que se persiste en desconocer e ignorar sus derechos más elementales, aún a riesgo de colocar al país en contradicción con el orden jurídico internacional y en posición de ser condenado repetidamente?

La situación de nuestros presos y sus derechos es verdaderamente paradojal y nos pone a prueba en nuestra condición de sociedad supuestamente civilizada. Nelson Mandela decía que nadie conoce realmente cómo es una Nación hasta haber estado en una de sus cárceles y que una Nación no debe ser juzgada por el modo en que trata a sus ciudadanos de más alto rango, sino por la manera en la que trata a los del escalamón más bajo.

Hoy por hoy –afortunadamente– a nadie se le ocurriría poner en tela de juicio o relativizar ciertos y determinados

* Conferencia dictada en el “II Seminario de Proceso Penal y Derechos Humanos”, organizado por la Defensoría General de la Nación los días 25 y 26 de octubre de 2006, Buenos Aires.

** Juez del Tribunal en lo Criminal N° 1 de Necochea y Presidente de la Asociación “Pensamiento Penal” (www.pensamientopenal.com.ar).

valores adquiridos. Por ejemplo, a nadie se le ocurriría sostener que a pesar de lo dispuesto por el artículo 15 de la Constitución, en determinadas circunstancias podríamos admitir que alguien tenga algunos esclavos bajo su dominio, o la aplicación de tormentos y azotes en ciertas plazas públicas a algunos ciudadanos, o la instauración de una monarquía por un tiempo determinado.

Sin embargo, cuando llegamos al capítulo de las personas privadas de la libertad, a pesar de los claros mandatos constitucionales existentes, el principio de inocencia y la imposibilidad de aplicar penas sin juicio previo tienden a tornarse laxos, difusos, relativos, minimalistas, condicionales.

Si bien está claro que los individuos sólo pueden ser sometidos a los efectos y consecuencias de las penas una vez que una condena firme y pasada en autoridad de cosa juzgada así lo disponga, lo cierto es que la enorme mayoría de las personas que habitan nuestra cárceles no han recibido dicha determinación judicial, no obstante lo cual sufren una cosa, algo, exactamente igual que una condena pero que no es una condena.

Del mismo modo, no obstante que el derecho internacional de los derechos humanos dispone en forma muy terminante el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, sin dilaciones indebidas, lo cierto es que en la enorme mayoría de los casos deben transcurrir gran cantidad de años hasta que los pronunciamientos adquieran firmeza, aún a riesgo que al cabo de los mismos los pronunciamientos condenatorios serán revocados.

No obstante que se supone que las penas –de acuerdo al proclamado paradigma constitucional– deberían tener un fin resocializador, lo cierto es que la mayoría de los individuos privados de la libertad consumen las condenas en forma anticipada, sin recibir tratamiento alguno, como no sea el aprendizaje de la supervivencia cotidiana en las condiciones de vida más adversas.

En fin, insisto, el capítulo de los derechos de los presos en nuestro país tiene particulares connotaciones, lo cual me hace pensar que la problemática que se desarrolla en su entorno no es jurídica –ya que, como hemos dicho, la legislación es muy clara al respecto– sino que tiene características políticas, sociales y culturales, y que el desarrollo de su contenido va a estar directamente relacionado con el modo en que la sociedad evolucione en los terrenos políticos, culturales y sociales.

Sostener una conclusión de esa índole podría aparecer como un signo de des compromiso en la medida que pudiera dar pie para pensar que hasta tanto la sociedad evolucione política, social y culturalmente, bien que nos podríamos quedar sentados esperando, ya que las cosas no van a cambiar.

No obstante, pienso que ello no debe ser de tal forma, y que muy por el contrario, aquellos operadores judiciales que

nos identificamos con los postulados del estado democrático de derecho debemos asumir un rol protagónico en el impulso de los cambios y las transformaciones necesarios para vigorizar los derechos de las personas privadas de la libertad durante el proceso.

Y es a esto a lo que quiero referirme, al “¿qué hacer?”. Y es en este sentido que deseo abordar algunas líneas que me parecen interesantes o algo novedosas para ser reflexionadas con los Defensores Oficiales.

I. La situación del imputado frente al proceso

Es probable que sea muy poco lo que haya por “descubrir” o decir cuando se aborda el tratamiento de la prisión preventiva y sus deletéreas consecuencias.

Ya el artículo 39 Carta Magna inglesa 1215 decía que “Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos la fuerza contra él ni enviaremos a otros a que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a las leyes del reino”.

Y, aun sin remontarnos a tanta antigüedad, “La prisión preventiva, que hoy, como regla general, se aplica al sospechoso de haber infringido las leyes, debiera ser, y esperamos que será algún día, una excepción. ¿Qué desconocimiento del derecho o qué impotencia para realizarle no indica una pena tan grave como lo es la privación de libertad, generalizada e impuesta antes que recaiga fallo? Hemos dicho que la regla de hoy llegará a ser una excepción, porque nunca desesperamos del progreso, aun cuando, como en este caso, aparezca con una lentitud desesperante para quien en él tenga poca fe.

Esta injusticia es, además, un anacronismo que debiera hacerla en mayor grado intolerable, porque no tiene la disculpa de las opiniones reinantes que extravián, ni de las supuestas necesidades que apremian”.

Este pensamiento fue expresado hace casi 200 años por doña Concepción Arenal, y a pesar de su esperanza en los cambios que traería aparejado el progreso, los resultados no parecen ser demasiado alentadores.

No obstante ello, el primer y elemental derecho a ser reclamado por el imputado por medio de su defensor es el derecho a transitar el proceso en libertad.

Considero que en este reclamo es preciso ser práctico, ilustrado, sistematizado y estandarizado. Práctico, para no dejar de lado las particularidades de cada caso en concreto. Ilustrado, ya que es necesario realizar profusa cita doctrinaria, legislativa y jurisprudencial con cada presentación que se formule. Sistematizado, ya que no se pueden bajar los brazos ante respuestas negativas, y los reclamos deben ser seguidos hasta sus últimas instancias. Estandarizado, ya que es preciso

trabajar sobre la base de modelos generales, donde no se dejen librados al azar ninguno de los aspectos involucrados en esta temática.

Me interesa destacar algunos tópicos a este respecto.

a) la habitual sustantivización de los motivos empleados para rechazar las excarcelaciones, como por ejemplo “la gravedad del delito imputado”, “la pena en expectativa”, “que de recaer condena la misma lo sería de efectivo cumplimiento”, etcétera.

El empleo de estos argumentos por parte de los jueces debería ser motivo de generalizadas recusaciones por parte de los defensores por incurrir en prejuzgamiento, invocándose por añadidura el “temor de parcialidad” (CSJN, “Llerena”).

Que el organismo que se supone debe ser completamente imparcial e independiente frente al conflicto invoque la existencia de circunstancias sustanciales, a las que sólo puede accederse luego de un proceso de conocimiento pleno, importa un antícpo de jurisdicción completamente inaceptable, merecedor del apartamiento de la causa.

b) la invocación de la “peligrosidad” del imputado revelada en las características del hecho cometido.

No puede descartarse que, efectivamente, un individuo presente rasgos de “peligrosidad”, pero esta situación no puede ser resuelta por vía de la prisión preventiva, la cual resulta un remedio totalmente inidóneo para paliarla.

La “peligrosidad” para sí o para terceros debe ser discernida por la vía de las medidas de seguridad previstas por el artículo 34 del CP, siguiendo los pasos allí previstos, pero de ninguna manera depositando al individuo en una cárcel, sin ningún tipo de tratamiento y asistencia a su supuesta afición.

Tal como recientemente ha consagrado el pleno de la CSJN en el valioso precedente “Gramajo”, la peligrosidad presunta implicaría admitir la peligrosidad con prescindencia de si efectivamente existe o no en el caso concreto, en virtud de que una presunción en realidad significa tener por cierto aquello que en definitiva podría resultar falso.

La peligrosidad presunta, sin base empírica, importa en los hechos una declaración

acerca de que determinada persona es indeseable o directamente declarada fuera del derecho y, por tanto, privada de la dignidad de la pena, privada de todos los derechos que le asisten a los habitantes de la Nación y son garantizados por la Constitución Nacional, un *ser humano peligroso*, pero no porque se hubiera verificado previamente su peligrosidad, sino simplemente porque se lo considera fuera del derecho, como un enemigo al que resulta conveniente contener encerrándolo por tiempo indeterminado.

c) La dogmática invocación de “peligro procesal”, “peligro de fuga” o “entorpecimiento probatorio” sin demostración previa.

Tales extremos tienen que haber sido probados por el Fiscal para poder ser invocados en una resolución. En su defecto se convierten en meras afirmaciones dogmáticas, carentes de respaldo, y por tanto, arbitrarias e irrazonables.

La mera invocación de tales extremos sin haber cumplido con los recaudos señalados debe ser materia de impugnación por manifiesta arbitrariedad.

d) La invocación de “pronósticos” prejuiciosos realizados en violación del principio *favor rei*.

También es usual encontrar resoluciones judiciales donde se deniegan excarcelaciones o morigeraciones a la prisión preventiva haciendo alusión a la posibilidad de la imposición de una condena de efectivo cumplimiento, cuando el tipo penal respectivo también admite una pena de ejecución condicional. O el mismo peligro de fuga cuando no existen conductas precedentes que así lo indiquen.

Inferencias de esa índole vulneran el claro mandato contenido en el principio del *favor rei*, ya que pudiendo presumir circunstancias fácticas favorables al imputado, se lo hace previendo las peores posibilidades.

II. Los malos tratos en general como causal no prevista de excarcelación

Nuestro país ha sido uno de los primeros de la región en suscribir el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, además de haber constitucionalizado a la Convención misma.

Esos compromisos asumidos no pueden agotarse en la mera declaración de principios, sino que debe encontrar materialización en actos concretos y en acciones positivas.

Los malos tratos en general son una moneda corriente en las prisiones de nuestro país y, particularmente en las dependientes del Servicio Penitenciario Bonaerense, lo cual ha llevado a la Comisión contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria a sostener que se tratan de hechos sistemáticos.

Cada vez que se denuncian y comprueban malos tratos, torturas, vejámenes o apremios ilegales, se genera el problema o inconveniente de la redirigación del interno a otro establecimiento del mismo servicio donde se produjeron los hechos, con la consecuente inseguridad de que se repitan ese tipo de episodios en represalia por la denuncia.

A la par de ello, dado que el interno sabe que luego de hacer la denuncia quedará en manos de las mismas personas que lo maltrataron, o sus propios compañeros, se desalienta la exteriorización de estos graves hechos.

Del mismo modo que meros indicios vehementes de la comisión de un delito autorizan el dictado de la prisión preventiva, la denuncia preliminarmente comprobada de malos tratos a un individuo privado de la libertad debería implicar su inmediata excarcelación, lo cual debe ser objeto de una urgente reforma legislativa en tal sentido.

III. Democratización de la cárcel

Existe un viejo ideario arraigado en la conciencia popular, y también en la de cierta ilustrada, que las cárceles deben ser opacas, de altos muros, tras los cuales todo lo que sucede se torna invisible a los ojos de la comunidad.

Esta concepción ha sido doblemente funcional al menoscabo de los derechos de los presos: funcional a los intereses del sistema penitenciario, que tras la opacidad oculta su ineeficacia, y funcional a la insensibilidad de la sociedad, que parece contentarse ocultando aquello que prefiere no ver en sitios inexpugnables.

Dejando de lado que la mejor cárcel es la cárcel que se cierra para dar paso a una escuela, a un hospital, a una fábrica, lo cierto es que en nuestra actual realidad hay que propugnar por la apertura de las cárceles, para permitir que se transparente lo que ocurre en su interior, ello en un camino de doble vía.

De afuera hacia adentro, posibilitando que la comunidad, y principalmente los sectores más directamente interesados con la vida carcelaria puedan penetrar su interior y hacer de la vida que allí discurre lo más parecido a la normalidad, interacción que posibilitará reducir los espacios de corrupción, malos tratos e impunidad.

En ese sentido, estimo fundamental impulsar la formación de las comisiones de familiares de personas detenidas,

encargadas de dar un apoyo organizado a los individuos restringidos en su libertad ambulatoria y extender los lazos de la solidaridad, pero especialmente, hacer oír sus voces extra muros, procurando equilibrar los discursos de los sectores más reaccionarios de la sociedad al tiempo de referirse a esta problemática.

De dentro afuera, posibilitando que los presos, factor fundamental de la vida carcelaria, sean oídos al momento de delinear las políticas penitenciarias como principales destinatarios de ellas, y también propiciando la formación de comisiones internas en el seno de cada cárcel para participar en el gobierno cotidiano de los establecimientos, procurando de ese modo minimizar las dosis de dolor que produce el encierro.

En definitiva, no existe razón plausible alguna para que la democratización de la vida en sociedad no llegue también al interior de los establecimientos penitenciarios, dejando a salvo –claro– los motivos que la seguridad pueda hacer aconsejables.

IV. Reparacion de daños

Concepción Arenal decía: “¡Oh! Si se escribiese la historia de las víctimas de la prisión preventiva, se leería en ella una de las más terribles acusaciones contra la sociedad. Cuando ella abre al inocente las puertas de la cárcel diciéndole: Me he equivocado, ¿quién le indemniza de las angustias y los dolores sufridos; quién le devuelve su honor empañado, su salud, tal vez la vida, si sucumbe de la enfermedad contraída en el encierro, y más aún del dolor, viendo que la miseria y el abandono han perdido para siempre a un ser que más que la vida amaba? Y éstas no son declamaciones del sensibilismo; son hechos, dramas horribles que pasan sin que nadie los escriba, desgracias que abrumen sin que nadie las compadezca, pérdidas irreparables de la existencia y del honor, por sospecha de hurto de un saco de noche, y por la proverbial lentitud en las actuaciones”.

Es preciso que desde la defensa en general se agudicen los mecanismos para reclamar la integral reparación por los daños y perjuicios sufridos por prisiones preventivas injustificadas y arbitrarias.

En este sentido hay que impulsar de

modo vigoroso la delineación de una doctrina y –especialmente– una jurisprudencia que vaya abriendo caminos en esta materia, en el entendimiento que una sociedad capitalista, regida por la ecuación costos/beneficios, pueda llegar a comprender la inconveniencia de este tipo de medidas en tanto y en cuanto comience a dolerle en el bolsillo.

Las indemnizaciones pecuniarias nunca serán suficientes para reparar los sufrimientos y dolores que traen aparejados los encarcelamientos preventivos, máxime en la medida que éstos hayan sido completamente injustificados. Pero es la mejor medida a la cual puede recurrirse en el combate contra este indiscriminado flagelo.

En este sentido, sugiero la lectura de los siguientes fallos de la CSJN, donde de modo directo o indirecto se ha admitido la posibilidad de reparación por prisiones preventivas injustificadas: “Balda”, “Cejas”, “Cura”, “Garda Ortiz”, “Gerbaudo”, “Lema”, “López”, “Muñoz Fernández”, “Ramayón”, “Rosa” y “Vignoni”.

Pretender que a estas alturas de la cultura jurídica haya operadores que ignoren el contenido de las garantías constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos es una verdadera ingenuidad, por lo que resulta redundante seguir insistiendo sobre su contenido y los derechos de las personas que en un momento determinado de sus vidas deben atravesar la experiencia de un proceso penal, lamentando que tengamos que continuar dilapidando recursos intelectuales en estas cuestiones, los cuales tendrían que ser invertidos en la consolidación y extensión del estado de derecho.

Procurando circunscribir la problemática que entraña el rol del poder judicial en el monumental fenómeno encarcelador, puede afirmarse sin temor a equívocos que una de sus principales aristas es la carencia de independencia por parte de los operadores, muchos de los cuales piensan que se trata de un privilegio destinado a beneficiar a los jueces y no de una garantía cuyo destinatario final es el conjunto de la sociedad.

También se piensa que la garantía de la independencia se abastece con no recibir llamadas telefónicas o visitas de los funcionarios

rios políticos de turno para solicitarles determinados favores en la labor jurisdiccional. Aún siendo relevante la preservación de la división de los poderes de la República, la idea de la independencia judicial no se agota permaneciendo encerrado en los despachos o sin atender el teléfono.

Muy por el contrario, la falta de independencia integral –la subordinación del juez a otros factores que no sean el estricto cumplimiento de la Constitución y las leyes que de la misma se deriven– impacta en forma decidida en las libertades individuales y en los derechos civiles de los ciudadanos, contribuyendo a la deslegitimación de la función jurisdiccional, que de resguardo ante la iniquidad, pasa a convertirse en una variable de ajuste de las coyunturas políticas y sociales.

Los jueces, para cumplir acabadamente con el rol que tienen encomendado desempeñar en la sociedad, deben *luchar por el Derecho* –parafraseando a Ihiering– exigiendo el acatamiento por parte del estado y los ciudadanos, al orden jurídico. Para ello deben internalizar el programa constitucional –carta de navegación de la Nación para los tiempos– y convencirse de la necesidad de su aplicación, o en su defecto, renunciar al cargo y cambiar de trabajo.

El apego a las leyes de emergencia y la paralela desatención a las cláusulas constitucionales es alarmante y desemboca en la configuración de una sociedad en la que se acentúan sus rasgos más autoritarios y perversos, donde el fin justifica la adopción de todo tipo de medios y los individuos son tratados como meros objetos.

Esto es lo que a grandes rasgos ha sucedido en los últimos tiempos en la provincia de Buenos Aires y que debe ser revertido en breve.

Debemos apostar a un rol positivo de la judicatura en general, que lejos de mostrarse complaciente con las ocasionales tendencias discursivas en materia de seguridad, reafirme un programa de respeto, consolidación y extensión de las libertades individuales y los derechos civiles.

El Poder Judicial debe abandonar para siempre su pretendida neutralidad, que lo lleva a suponer que el ejercicio de sus funciones constituye una actividad estrictamente técnica, ascética y despojada de contenido político, definiéndose finalmente por el sostentimiento del estado constitucional de derecho, según es su destino histórico.

Legislaciones prohibicionistas en materia de drogas y daños a los derechos fundamentales

María Lucía Karam



I. Prohibicionismo, criminalización y expansión del poder punitivo

El prohibicionismo en materia de drogas se expresa en las tres Convenciones de la Organización de las Naciones Unidas sobre el tema, vigentes y complementarias: la Convención Única sobre estupefacientes de 1961, que revocó las convenciones anteriores y fue revisada a través de un protocolo de 1972; el Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971; y la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988 (Convención de Viena).

Tales instrumentos internacionales, conteniendo las directrices seguidas por las legislaciones de los más diversos Estados nacionales, pretenden limitar, con fines exclusivamente médicos y científicos, la producción, la distribución (allí incluidos no sólo el comercio, pero cualquier forma de provisión o entrega a terceros) y el consumo de las seleccionadas sustancias y materias primas tornadas ilícitas, por medio de la criminalización de conductas relacionadas a aquellas actividades que se realicen con cualquier otra finalidad.

La primera acción internacional destinada a promover una prohibición coordinada a la producción, a la distribución y al consumo de seleccionadas sustancias psicoactivas y sus materias primas fue sistematizada en la Convención Internacional sobre el Opio, adoptada por la Liga de las Naciones en La Haya el 23 de enero de 1912. En el artículo 20 de aquel instrumento, se recomendaba a los Estados signatarios que examinasen la posibilidad de criminalización de la posesión de opio, morfina, cocaína y sus derivados¹.

La restricción a la producción, distribución y consumo de las sustancias y materias primas tornadas ilícitas para fines exclusivamente médicos y científicos fue explicitada en la Convención para la limitación de la fabricación y regulación de la distribución de drogas narcóticas de 1931 (Convención de Ginebra), que vino a complementar las anteriores Convenciones Internacionales sobre el Opio (la ya mencionada de 1912 y la de 1925). Avanzando en el prohibicionismo, el nuevo instrumento emitido en el ámbito de la Liga de las Naciones no llegaba todavía a imponer la criminalización, como iban a hacerlo las Convenciones vigentes, editadas bajo la égida de la Organización de las Naciones Unidas.

La Convención Única de 1961, con sus cuatro listas ane-

¹ Convención Internacional sobre el Opio, “Artículo 20. Los poderes contratantes deben examinar la posibilidad de editar leyes o reglamentos transformando en ilícito penal la posesión ilegal de opio natural, opio refinado, morfina, cocaína y sus respectivos sales, a no ser que ya existan leyes o reglamentos sobre la materia”.

xas que enumeran las sustancias y materias primas prohibidas, impone la criminalización incluso de actos preparatorios, en las reglas de su artículo 36², cuyo contenido se repite, en líneas generales, en el Convenio de 1971, que trata específicamente de la criminalización en las reglas de su artículo 22.

Las tendencias represoras se profundizan con la Convención de Viena de 1988. El énfasis en la represión se hace sentir desde su mismo título –no más, como en los diplomas precedentes, “sobre estupefacientes” o “sobre sustancias psicotrópicas”, pero, ahora, “contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas”– bien como en la propia colocación de los dispositivos criminalizadores, que surgen casi al comienzo, en su artículo 3.

Tal instrumento internacional refleja la tendencia de expansión del poder punitivo, que se consolida a partir de las últimas décadas del siglo XX. Los desequilibrios provocados por la estructura productiva reformulada del capitalismo en su etapa posindustrial y globalizada, las necesidades de control del creciente número de marginados, excluidos de las propias actividades productivas, los anhelos por seguridad reforzados por las nuevas posibilidades técnicas de la comunicación, favorecedores de una percepción globalizada y aterradora de los riesgos³ encuentran, en la mayor intervención del sistema penal, la uniforme y funcional respuesta, manejada por casi todos los políticos de los más variados matices.

Los funcionales discursos prohibicionistas y criminalizadores, encontrándose globalmente en la política de “guerra a las drogas” –guerra que no es apenas contra las drogas, sino, como en cualquier guerra, contra las personas; en este caso, contra las personas de los productores, distribuidores y consumidores de las sustancias y materias primas prohibidas– aportaron el primer fundamento legitimador de esa tendencia expansionista del poder punitivo. Luego de los atentados del 11 de septiembre de 2001, el terrorismo se convirtió en una nueva y más fácil fuente de legitimación, pero aquel primer fundamento no fue abandonado.

Así legitimado, el control social, ejercido a través del sistema penal, incorpora cada vez más estrategias y tácticas que identifican el anunciado enfrentamiento de conductas criminalizadas con la guerra tornada preventiva o con el combate a disidentes políticos en los Estados totalitarios remanentes. La figura del “enemigo” o de quien tenga conductas vistas como diferentes, “anormales” o extrañas a la moral dominante se confunde en los perfiles del “criminal”, del “terrorista” o del “disidente”.

Legislaciones autoritarias de emergencia o de excepción son producidas sistemáticamente, abandonando principios garantizadores y creando vacíos que progresivamente se amplían, en los cuales es indebidamente despreciado el primado imperativo de las declaraciones universales de derechos y de las Constituciones de los Estados democráticos. A pesar de

² Deben ser especialmente destacados los dispositivos constantes de las reglas del artículo 36, párrafo 1, alinea “a”, y párrafo 2, alinea “a”, ítem “ii” de la Convención Única de 1961: “Artículo 36: Disposiciones Penales 1. a) A reserva de lo dispuesto por su Constitución, cada una de las Partes se obliga a adoptar las medidas necesarias para que el cultivo y la producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, ofertas en general, ofertas de venta, distribución, compra, venta, despacho de cualquier concepto, corretaje, expedición, expedición en tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, no conformes a las disposiciones de esta Convención o cualesquiera otros actos que en opinión de la Parte puedan efectuarse en infracción de las disposiciones de la presente Convención, se consideren como delitos si se cometen intencionalmente y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad. (...) 2. A reserva de lo dispuesto por su Constitución, del régimen jurídico y de la legislación nacional de cada Parte: a) (...) ii. la participación deliberada o la confabulación para cometer cualquiera de esos delitos, así como la tentativa de cometerlos, los actos preparatorios y operaciones financieras, relativos a los delitos de que trata este artículo, se considerarán como delitos, tal como se dispone en el inciso 1; (...).

³ Una referencia en la discusión del riesgo en la actualidad es, seguramente, la obra de Niklas Luhmann y Raffaele De Giorgi. Consultese, por ejemplo, la *Teoria della Società* (Milano: Franco Angeli, 7^a ed., 1995).

mantener las estructuras formales del Estado de derecho, se va reforzando el Estado policial sobreviviente en su interior⁴, se van instituyendo espacios de suspensión de los derechos fundamentales y de sus garantías, terminando por hacer que, en el campo del control social ejercido a través del sistema penal, la diferencia entre democracias y Estados totalitarios se vaya haciendo cada vez más tenue.

II. Las imposiciones criminalizadoras de las Convenciones de la ONU en materia de drogas, las legislaciones de emergencia y la vulneración de principios y normas constantes de las declaraciones universales de derechos y de las constituciones de los Estados democráticos

II. 1. Criminalización anticipada: vulneración del principio de la lesividad

En los instrumentos internacionales en materia de drogas, el abandono de principios y normas constantes de las declaraciones universales de derechos y de las Constituciones de los Estados democráticos aparece, ante todo, en la Convención Única de 1961, con la anticipación del momento criminalizador de la producción y de la distribución de las sustancias y materias primas prohibidas.

La criminalización anticipada se revela tanto en las expresas referencias a la tipificación de meros actos preparatorios o a la “confabulación para cometer” cualquiera de las conductas identificadas al así llamado “tráfico”, cuanto en el alejamiento de las fronteras entre consumación y tentativa, con la tipificación autónoma de conductas como la posesión, el transporte o la expedición de las sustancias y materias primas prohibidas⁵.

La Convención de Viena de 1988 adiciona tipificaciones⁶ y extiende la indebida anticipación del momento criminaliza-

⁴ El tema relacionado a la tensión establecida entre los principios del Estado de derecho y las manifestaciones del Estado policial sobreviviente dentro de él es ampliamente desarrollado por Eugenio Raúl Zaffaroni en *Derecho Penal. Parte General* (Buenos Aires: Ediar, 2000). Destaca Zaffaroni que, como lo demuestra la historia, no existen Estados de derecho reales (históricamente determinados) que sean puros o perfectos, pero solamente Estados de derecho históricamente determinados que controlan y contienen, mejor o peor, aquellas manifestaciones del Estado policial sobrevivientes en su interior.

⁵ Véase la trascipción de dispositivos del artículo 36 de la Convención Única de 1961 en la nota 2.

⁶ Convención de Viena, “Artículo 3: Delitos y Sanciones. 1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:

a) i) La producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquier condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971;
ii) El cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis con objeto de producir estupefactivos en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961 y en la Convención de 1961 en su forma enmendada;

iii) La posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica con objeto de realizar cualquiera de las actividades enumeradas en el precedente apartado i);
iv) La fabricación, el transporte o la distribución de equipos, materiales o de las sustancias enumeradas en el Cuadro I y el Cuadro II, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefactivos o sustancias psicotrópicas o para dichos fines;
v) La organización, la gestión o la financiación de alguno de los delitos enumerados en los precedentes apartados i), ii), iii) o iv);
b) i) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes

proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;
ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;
c) A reserva de sus principios constitucio-

nales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico:

- i) La adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;
- ii) La posesión de equipos o materiales o sustancias enumeradas en el Cuadro I y el Cuadro II, a sabiendas de que se utilizan o se habrán de utilizar en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias psicotrópicas o para tales fines;
- iii) Instigar o inducir públicamente a otros, por cualquier medio, a cometer alguno de los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo o a utilizar ilícitamente estupefacientes o sustancias psicotrópicas;
- iv) La participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos, y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión”.

⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “Artículo 9. 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”.

dor a la fabricación, al transporte y a la distribución, tanto como a la simple posesión de equipos, materiales o sustancias conocidas como precursores que podrían ser utilizados en la producción de las drogas calificadas como ilícitas.

La criminalización anticipada, que, a partir de las directrices dictadas en las convenciones de la ONU, se reproduce en las legislaciones de los más diversos países, viola el principio de la lesividad de la conducta prohibida, según el cual una conducta sólo puede ser objeto de criminalización cuando concreta y significativamente afecte un bien jurídico (relacionado o que se pueda relacionar a derechos individuales concretos). En materia de drogas, el bien jurídico que la criminalización pretende tutelar es la salud pública, cuya afectación sólo sería identificable en actividades directas de producción y distribución, y así mismo apenas en la modalidad de peligro de lesión.

Los dispositivos criminalizadores que violan el principio de lesividad entran en conflicto con la norma del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que consagra la cláusula fundamental del debido proceso legal⁷. El principio de lesividad, además de vincularse al reconocimiento de la dignidad de la persona, es expresión del principio de proporcionalidad extraído del aspecto de garantía material inherente a aquella cláusula fundamental.

II. 2. Criminalización ampliada: vulneración del principio de la proporcionalidad

Al reafirmar la tipificación de la “confabulación para cometer”, la Convención de Viena introduce la figura de la asociación y considera como figuras autónomas a la organización, a la gestión o al financiamiento de cualquiera de los crímenes que, en la enumeración ampliada, se identifican o se relacionan con el así llamado “tráfico”.

La vulneración al principio de la proporcionalidad se repite aquí no sólo con la figura de la asociación que, como la “confabulación” y todos los tradicionales tipos de crímenes de conspiración y otros semejantes, criminalizan meros actos preparatorios, sino también, bajo otro aspecto, en la previsión, como tipos autónomos, de conductas insertadas en el ámbito de un tipo de crimen ya definido, que podrían, cuando mucho, funcionar como circunstancias agravantes de la pena a ese cominada.

Pero la vulneración del principio de la proporcionalidad también se repite en las penas delirantemente elevadas encontradas en diversas legislaciones, en las cuales la indebida consideración como tipos autónomos de crímenes de asociación, de organización, de gestión o de financiamiento referidos al así llamado “tráfico” sirve como supuesta manifestación de la publicitada pero siempre indefinida e indefinible “criminalidad organizada”.

Tómense dos ejemplos en la legislación latinoamericana,

en que el rigor penal se revela en la plenitud de su desproporcionalidad: en Chile, las penas previstas para tales conductas en la ley 20.000, de 2 de febrero de 2005 –presidio mayor en grados medio y máximo (10 a 20 años)– son superiores a las cominadas para el homicidio simple⁸; en Brasil, la nueva ley 11.343, de 23 de agosto de 2006, también indebidamente considera el financiamiento como tipo autónomo, cominándole pena mínima de reclusión de 8 años, al paso que la pena mínima cominada para el homicidio simple es de 6 años⁹.

II. 3. Criminalización ampliada: vulneración de los principios de proporcionalidad y de legalidad

Adicionando tipificaciones, la Convención de Viena aun introduce la figura de una receptación específica o “reciclaje”, origen de las tipificaciones en legislaciones de diversos países del denominado “blanqueo” o “lavado” de dinero, que se volvieron terreno fértil para el exceso punitivo, incluso en la criminalización de hechos posteriores pasibles de absorción por el crimen antecedente.

La Convención de Viena introduce también como figuras autónomas la instigación o la inducción en público, por cualquier medio, al acto de cometer las conductas relacionadas al así llamado “tráfico” o la utilización de las drogas calificadas como ilícitas. Tipificaciones vagas como esas, repetidas en legislaciones de diversos Estados nacionales, equivalen a la indefinición de la conducta típica, lo que entra en conflicto con el principio de la legalidad (en su aspecto taxativo), expresado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁰ y en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos¹¹.

II. 4. Agravamiento de las penas: vulneración de los principios de proporcionalidad y de inadmisibilidad de la doble punición

El rigor penal se expresa desde la recomendación de la aplicación preferencial de la pena privativa de la libertad, que ya aparece en la Convención de 1961. Profundizando la represión, la Convención de Viena de 1988 introduce una extensa lista de circunstancias calificadoras¹² que, adoptadas en las

en cuenta las circunstancias de hecho que den particular gravedad a la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo I del presente artículo, tales como:

- a) La participación en el delito de un grupo delictivo organizado del que el delincuente forme parte;
- b) La participación del delincuente en otras actividades delictivas internacionales organizadas;
- c) La participación del delincuente en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito;

- d) El recurso a la violencia o el empleo de armas por parte del delincuente;
- e) El hecho de que el delincuente ocupe un cargo público y de que el delito guarde relación con ese cargo;
- f) La victimización o utilización de menores de edad;
- g) El hecho de que el delito se haya cometido en establecimientos penitenciarios, en una institución educativa o en un centro asistencial o en sus inmediaciones o en otros lugares a los que escolares y estudiantes acudan para realizar activida-

⁸ Ley 20.000, “Artículo 16. Los que se asocian u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en esta ley serán sancionados, por éste solo hecho, según las normas que siguen: 1- Con presidio mayor en sus grados medio a máximo, al que financie de cualquier forma, ejerza el mando o dirección, o planifique el o los delitos que se propongan...”. El homicidio simple está previsto en el artículo 391 del Código Penal chileno, son cominadas penas de presidio mayor en grados mínimo a medio.

⁹ Lei 11.343/06, “Artigo 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena – reclusão de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa”. Los artículos 33 y 34 mencionados en el dispositivo trascrito se refieren a los tipos de crímenes identificados al “tráfico”. El homicidio simple está previsto en el artículo 121 del Código Penal brasileño.

¹⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos, “Artículo XI. (...) 2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o internacional”.

¹¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “Artículo 15. 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional (...).”

¹² Convención de Viena, “Artículo 3 (...). 5. Las Partes dispondrán lo necesario para que sus tribunales y demás autoridades judiciciales competentes puedan tener

legislaciones internas de los más diversos países, elevan las penas previstas para los tipos básicos de crímenes del así llamado “tráfico”, frecuentemente ya fijadas en cantidades excesivamente altas.

En la previsión de esas causas de aumento de la pena, la Convención de Viena incluye la reincidencia, incompatibilizándose así no sólo con el principio de la culpabilidad por el acto realizado, que se vincula a la afirmación de la dignidad de las personas, sino con la garantía de inadmisibilidad de la doble punición por el mismo hecho, expresada en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos¹³.

II. 5. Rigor penal: vulneración del principio de isonomía

En la Convención de 1988, el rigor penal se expresa aun en las recomendaciones de restricciones al libramiento condicional y adopción de plazos diferenciados para una prescripción que se quiere prolongada¹⁴. Preconizando un tratamiento diferenciado para autores de crímenes relacionados a las drogas calificadas como ilícitas, tan sólo a partir de la consideración de esa especie abstracta de crimen, sin ninguna relación con la finalidad y los fundamentos de los institutos considerados, la Convención de Viena entra en conflicto con el principio de la isonomía, expresado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁵ y en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos¹⁶.

II. 6. Líneas generales del proceso: vulneración del principio de supremacía de la tutela de la libertad

En materia procesal, la Convención de Viena recomienda expresamente que las Partes se esfuerzen para que las facultades legales de sus ordenamientos jurídicos sean volcadas para la investigación y la represión¹⁷.

La función mayor del ordenamiento jurídico en el Estado de derecho democrático es limitar el ejercicio del poder estatal, sometiendo a la ley a aquellos que lo ejercen, con vistas a garantizar la dignidad y, así, la libertad y el bienestar de cada individuo. El ordenamiento jurídico del Estado de derecho democrático, en materia penal y procesal penal no da peso preferencial; por lo tanto, a la investigación y la represión ejercidas para hacer valer el poder punitivo, sino que, por el contrario, hace pesar más la tutela de la libertad como forma de limitación de ese poder estatal.

¹⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos, “Artículo VII. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley (...”).

¹⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “Artículo 14. 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia (...”).

¹⁷ Convención de Viena, “Artículo 3 (...) 6. Las Partes se esforzarán por asegurarse de que cualesquiera facultades legales discrecionales, conforme a su derecho interno, relativas al enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente ar-

des educativas, deportivas y sociales; h) Una declaración de culpabilidad anterior, en particular por delitos análogos, por tribunales extranjeros o del propio país, en la medida en que el derecho interno de cada una de las Partes lo permita”.

¹³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “Artículo 14 (...) 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

¹⁴ Convención de Viena, “Artículo 3 (...) 7. Las Partes velarán porque sus tribunales o demás autoridades competentes tengan en cuenta la gravedad de los delitos enumerados en el párrafo 1 del presente artículo y las circunstancias enumeradas en el párrafo 5 del presente artículo al considerar la posibilidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de alguno de esos delitos”. “8. Cada una de las Partes establecerá, cuando proceda, en su derecho interno un plazo de prescripción prolongado dentro del cual se pueda iniciar el procesamiento por cualquiera de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo. Dicho plazo será mayor cuando el presunto delincuente hubiese eludido la administración de justicia”.

¹⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos, “Artículo VII. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley (...”).

¹⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “Artículo 14. 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia (...”).

La supremacía de la tutela de la libertad sobre el poder punitivo, que está en el origen de todos los principios garantizadores enumerados en las declaraciones universales de derechos y en las Constituciones de los Estados democráticos, es la piedra de toque del ordenamiento procesal penal del Estado de derecho democrático. Pretender usar “facultades legales de ordenamientos jurídicos para la investigación y la represión” significa pura y simplemente invertir las bases del ordenamiento procesal penal del Estado de derecho democrático.

II. 7. Prisiones procesales: vulneración de las garantías del estado de inocencia y del doble grado de jurisdicción (o doble instancia de mérito)

Esa inversión propuesta en la Convención de Viena se explica en legislaciones de diversos Estados nacionales, que desprecian la garantía del estado de inocencia, expresada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁸ y en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos¹⁹, al invertir el principio de la excepcionalidad de la prisión impuesta en el curso del proceso, para tornar la prisión preventiva u otras formas de prisión procesal una regla o una imposición.

En América Latina, tómese el ejemplo de Brasil. Los dispositivos contenidos en las leyes 8.072/90, 9.613/98 y 9.034/95, que integran la legislación de excepción aplicable a las conductas criminalizadas de productores y distribuidores de las drogas calificadas como ilícitas, además de vedar la libertad provisoria, instituyendo así una prisión procesal obligatoria, también transforman en excepción la permanencia en libertad del reo condenado por sentencia recurrible, condicionando, por regla, la admisibilidad del recurso a la efectiva prisión²⁰. Semejante restricción al derecho de recurrir, además de violar la garantía del estado de inocencia, viola también la garantía al doble grado de jurisdicción (o doble instancia de mérito), expresada en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos²¹. La nueva ley brasileña que trata específicamente del tema de las drogas calificadas como ilícitas –la ya mencionada ley 11.343/06– insiste en vedar la libertad provisoria, además de repetir dispositivo del Código de Proceso Penal brasi-

¹⁸ Declaración Universal de los Derechos Humanos, “Artículo XI. 1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

¹⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “Artículo 14. 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

²⁰ Lei 8.072/90, “Art. 2º - Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (...) II- fiança e liberdade provisória. (...) § 2º. Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”. Lei 9.613/98, “Art. 3º Os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”. Lei 9.034/95, “Art. 7º. Não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa”. “Art. 9º. O réu não poderá apelar em liberdade, nos crimes previstos nesta lei”. La ley 8.072/90, que dispone sobre los crímenes dichos “hediondos” y los a ellos equiparados, dentro de los cuales el “tráfico” de drogas calificadas de ilícitas, marca el inicio de la producción de leyes de emergencia o de excepción después de la redemocratización de Brasil. La ley 9.613/98 trata del llamado lavaje (o blanqueo) de capitales. La ley 9.034/95,

inspirada por el pretexto de represión a la “criminalidad organizada”, naturalmente no consiguió definir tal fenómeno ni en su versión original ni con las modificaciones introducidas por la ley 10.217/2001. Los dispositivos legales transcritos están siendo cuestionados ante el Supremo Tribunal Federal, en acciones de *habeas corpus* todavía no juzgadas. Con nueva composición y con cinco votos ya proferidos que reconocen la inconstitucionalidad de tales dispositivos, hay buenas expectativas de reformulación de la posición an-

terior del Tribunal, que, con la divergencia de dos de sus integrantes, burocráticamente no constatará su manifiesta incompatibilidad con principios y normas expresos en la Constitución Federal brasileña.

²¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “Artículo 14. 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

²² Lei 11.343/06, “Artigo 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”. “Artigo 59. Nos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória”. En el Código de Proceso Penal de Brasil esa restricción a la admisibilidad del recurso está prevista en el artículo 594.

²³ Convención de Viena, “Artículo 5. Decomiso. 1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto; b) de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, los materiales y equipos u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en cualquier forma para cometer los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3”.

3. A fin de dar aplicación a las medidas mencionadas en el presente artículo, cada una de las Partes facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes a ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Las Partes no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario”.

²⁴ Convención de Viena, “Artículo 11. Entrega Vigilada. 1. Si lo permiten los principios fundamentales de sus respectivos or-

leño que indebidamente condiciona la admisibilidad del recurso a la prisión, excepto si el reo no fuera reincidente y se le hayan reconocido “buenos antecedentes”²².

II. 8. Medios de búsqueda de prueba: vulneración de la garantía del derecho al silencio

Aun en materia procesal, la Convención de Viena prevé el quiebre del secreto bancario²³ y la “técnica de entrega vigilada”²⁴, medios de búsqueda de prueba invasivos a la persona y contradictorios con la transparencia y la ética exigidas a las actividades estatales en el Estado de derecho democrático.

Legislaciones de los más diversos países amplían el rol de esos insidiosos medios de búsqueda de pruebas, contemplando el quiebre del sigilo de datos personales (donde se incluye el quiebre del secreto bancario), la interceptación de correspondencia y de comunicaciones telefónicas, las escuchas y filmaciones ambientales, la infiltración y la acción controlada o retardada de agentes policiales (donde se incluye la “técnica de entrega vigilada”) y la delación premiada.

Estos nuevos medios de búsqueda de pruebas –expresión de los avances de la revolución científico-tecnológica en el campo del control social– revelan un antiguo objetivo: el de hacer que, a través del propio individuo, se obtenga la verdad sobre sus acciones tornadas criminales.

De esa forma, se viola, directa o indirectamente, la garantía del derecho a no declarar contra sí mismo (derecho al silencio), expresada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁵.

Para obtener, insidiosa e indebidamente, la verdad a través del propio individuo al que se pretende hacer sufrir la pena, el expandido poder punitivo esparce instrumentales de escucha, de interceptación de comunicaciones, cámaras ocultas, intensificando el control y afectando la libertad y la intimidad, no sólo de aquel que está siendo investigado o procesado, sino de todos los individuos.

Para conseguir, insidiosa e indebidamente, la verdad a través del propio individuo al que se pretende hacer sufrir la pena, el expandido poder punitivo, infiltrando sus agentes, instigando, promocionando o retardando la interrupción de conductas consideradas criminales, hace de la obtención de mayores informaciones y pruebas un objetivo obsesivo que,

denamientos jurídicos internos, las Partes adoptarán las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades, para que se pueda utilizar de forma adecuada, en el plano internacional, la técnica de entrega vigilada, de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos tipificados de conformidad con el pá-

rrafo 1 del artículo 3 y de entablar acciones legales contra ellas”.

²⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “Artículo 14. 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) g) a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”.

paradójicamente, incentiva, realiza o prolonga las propias acciones prohibidas que anuncia querer controlar. La irracionalidad inherente al sistema penal llega aquí a su auge.

Para, insidiosa e indebidamente, obtener la verdad, para obtener la colaboración del individuo investigado o procesado, el expandido poder punitivo elogia y premia la delación, deseducando y transmitiendo valores tan o más negativos que los valores de los señalados “criminales” que dice querer enfrentar. En las legislaciones de algunos países, la delación no es sólo premiada: se llega a buscar la colaboración del individuo contra sí mismo o contra sus compañeros en así llamadas “negociaciones” de derechos que no consiguen ocultar su parentesco con el chantaje.

En Chile, por ejemplo, el dispositivo contenido en la ley 20.000²⁶ condiciona a la colaboración el derecho a la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de libertad o a otras medidas alternativas a la privación de la libertad en la hipótesis de condenación anterior por crímenes relacionados a drogas. Así, además del chantaje, también desvaloriza indebidamente la reincidencia.

Los insidiosos, indebidos e ilegítimos medios invasivos de búsqueda de pruebas hacen que el proceso penal retroceda en el tiempo, terminando por reconducir la confesión al trono de reina de las pruebas. Siguiendo una orientación que parece sacada de los manuales de la Inquisición, ese proceso penal de la “posmodernidad” nos hace recordar a las brujas y herejes que, si no persuadidos, deberían someterse a la tortura para, de una o de otra forma, revelar la verdad a través de la confesión. El toque “posmoderno”, más “civilizado”, apenas sustituye la tortura oficial por formas más “científicas” y físicamente indoloras de intervención sobre la persona, pero siempre manteniendo el mismo objetivo de viabilizar la pena a través de revelaciones o de la colaboración de quien la va a sufrir.

II. 9. Inversión de la carga de la prueba: vulneración de la cláusula del debido proceso legal

Aun en materia procesal, la Convención de Viena recomienda la inversión de la carga de la prueba en lo que se refiere al origen de bienes supuestamente obtenidos a través de la práctica de las conductas criminalizadas y, por eso, sujetos a confiscación²⁷. Con tal dispositivo, la Convención de 1988 una vez más entra en conflicto con la cláusula fundamental del debido proceso legal, cuyo contenido garantizador sobrepasa los límites del proceso penal.

En Brasil, por ejemplo, las reglas contenidas en la ley 11.343/06²⁸, repitiendo dispositivos de la ley 9.613/98 (que criminaliza el “lavado” o “blanqueo” de capitales), además de invertir indebidamente la carga de la prueba, aún condicionan la apreciación del pedido de restitución del bien aprehendido a la presencia personal del reo.

²⁶ Ley 20.000, “Artículo 62. No se aplicará ninguna de las medidas alternativas contempladas en la ley N° 18.216 a la persona que haya sido condenada con anterioridad por alguno de los crímenes o simples delitos contemplados en esta ley o en la ley N° 19.366, en virtud de sentencia ejecutoriada, haya cumplido, o no, efectivamente la condena, a menos que le sea reconocida la circunstancia atenuante establecida en el artículo 22”. “Artículo 22. Será circunstancia atenuante de responsabilidad penal la cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley (...). La ley 18.216 establece medidas que indica como alternativas a las penas privativas o restrictivas de la libertad. La ley 19.366 era el anterior diploma en materia de drogas, revocado y así sustituido por la vigente ley 20.000.

²⁷ Convención de Viena, “Artículo 5. Decomiso (...) 7. Cada una de las Partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos”.

²⁸ Lei 11.343/06, “Artigo 60. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Públíco ou mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ouvido o Ministério Públíco, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras

medidas asseguratórias relacionadas aos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos nesta Lei, ou que constituam proveito auferido com sua prática, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. § 1º Decretadas quaisquer das medidas previstas neste artigo, o juiz facultará ao acusado que, no prazo de 5 (cinco) dias, apresente ou requeira a produção de provas acerca da origem lícita do produto, bem ou valor objeto da decisão. § 2º Provada a origem lícita do produto, bem ou valor, o juiz decidirá pela sua liberação. § 3º Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores. § 4º A ordem de apreensão ou seqüestro de bens, direitos ou valores poderá ser suspensa pelo juiz, ouvido o Ministério Públiso, quando a sua execução imediata possa comprometer as investigações".

29 Convención de Viena, "Artículo 3 (...) 2. A reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales conforme a su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente, la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas para el consumo personal en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971".

30 Convención de Viena, "Artículo 3 (...) 4. a) Cada una de las Partes dispondrá

II. 10. Criminalización de la tenencia para el consumo propio: vulneración del principio de lesividad y de los derechos a la libertad, a la intimidad y a la vida privada

A pesar de referirse a la reserva de los principios constitucionales y conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico de cada una de las Partes, la Convención de Viena explicita la imposición de la criminalización de la tenencia para el consumo propio de las sustancias y materias primas calificadas de ilícitas²⁹.

Al tratar de las penas³⁰, admite, como ya lo hacía la Convención de 1961, la aplicación al consumidor de medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación o reinserción social, sustitutivas o complementares a la condenación.

El aparente ablandamiento, que parecería contraponerse al rigor punitivo destinado al así llamado "tráfico", no alcanza a esconder la vulneración del principio de la lesividad. Tampoco esconde el conflicto con las normas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos³¹ y del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos³², que aseguran el respeto a la vida privada. Tales normas se vinculan al enunciado genérico del principio de legalidad expresado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos³³, que somete el ejercicio del poder estatal a determinaciones legales y asegura la libertad individual como regla general, situando prohibiciones y res-

que por la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo se apliquen sanciones proporcionadas a la gravedad de esos delitos, tales como la pena de prisión u otras formas de privación de libertad, las sanciones pecuniarias y el decomiso. b) Las Partes podrán disponer, en los casos de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, que, como complemento de la declaración de culpabilidad o de la condena, el delincuente sea sometido a medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación o reinserción social. c) No obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, en los casos apropiados de infracciones de carácter leve, las Partes podrán sustituir la declaración de culpabilidad o la condena por la aplicación de otras medidas tales como las de educación, rehabilitación o reinserción social, así como, cuando el delincuente sea un toxicómano, de tratamiento y postratamiento. d) Las Partes podrán, ya sea a título sustitutivo de la declaración de culpabilidad o de la condena por un delito tipificado de conformidad con

el párrafo 2 del presente artículo o como complemento de dicha declaración de culpabilidad o de dicha condena, disponer medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación o reinserción social del delincuente"

31 Declaración Universal de los Derechos Humanos, "Artículo XII. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada".

32 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, "Artículo 17. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (...)".

33 Declaración Universal de los Derechos Humanos, "Artículo XXIX. (...) 2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática".

tricciones en el campo de la excepción y condicionándolas a la garantía de libre ejercicio de derechos de terceros.

La simple tenencia para consumo propio de las drogas calificadas como ilícitas, o su consumo en circunstancias que no envuelvan un peligro concreto, directo e inmediato para terceros, son conductas que no afectan ningún bien jurídico ajeno, refiriéndose únicamente al individuo, a su intimidad y a sus opciones personales. Sin estar autorizado a penetrar en el ámbito de la vida privada, el Estado no puede intervenir sobre conductas de tal naturaleza, y menos aún a través de la imposición de una sanción, cualquiera que sea su naturaleza o su dimensión.

La nocividad de una conducta privada podrá ser motivo para ponderaciones o persuasiones, pero nunca para que el supuestamente perjudicado sea obligado a dejar de practicarla. Forma parte de la libertad, de la intimidad y de la vida privada la opción por hacer cosas que parezcan a los otros equivocadas, “feas”, inmorales o nocivas para sí mismo. El reconocimiento de la dignidad de la persona impide su transformación forzada. Mientras no afecte concretamente derechos de terceros, el individuo puede ser y hacer lo que quiera³⁴.

La desautorizada interferencia en la vida privada se manifiesta, por lo tanto, no sólo en legislaciones nacionales que reproducen la imposición criminalizadora de la Convención de Viena, como lo hacen en América Latina la brasileña³⁵ o la legislación argentina³⁶, sino también en legislaciones que, aparentemen-

gas. § 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I- admoestação verbal; II - multa. § 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado”. Lei 6.368/76 – “Art. 16 - Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinqüenta) dias-multa”. Obsérvese que la ley 6.368/76, que fue revocada por la nueva ley 11.343/06, previa pena privativa de la libertad para la indebidamente criminalizada tenencia para consumo propio. Sin embargo, la nueva ley, que mantiene la criminalización, solamente excluyendo la previsión de penas privativas de

la libertad, no cambia casi nada, pues dado el máximo de 2 años previsto en aquella ley anterior, la indebidamente criminalizada tenencia para consumo propio ya se encuadraba en la definición de infracción penal de menor potencial ofensivo, siendo aplicables las reglas contenidas en la ley 9.099/95, que establecen la aplicación anticipada y negociada de penas no privativas de la libertad.

36 Ley 23.737, de 10/10/1989, “Artículo 5º. Será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a quince años y multa de dos millones doscientos cincuenta mil a ciento ochenta y siete millones quinientos mil australes el que sin autorización o con destino ilegítimo: a) Siembre o cultive plantas o guarde semillas utilizables para producir estupefacientes, o materias primas, o elementos destinados a su producción o fabricación; (...) En el caso del inciso a), cuando por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, surja inequívocamente que ella está destinada a obtener estupefacientes

³⁴ En el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de la Francia de 1789, ya se afirmaba que “la libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudica a terceros”.

³⁵ Lei 11.343/06, “Artigo 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I- advertência sobre os efeitos das drogas; II- prestação de serviços à comunidade; III- medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. § 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses. § 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses. § 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de dro-

para consumo personal, la pena será de un mes a dos años de prisión y serán aplicables los artículos 17, 18 y 21" (parágrafo incorporado por ley 24.424, BO 09/1/1995). "Artículo 14. Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de ciento doce mil quinientos a dos millones doscientos cincuenta mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal". "Artículo 17. En el caso del artículo 14, segundo párrafo, si en el juicio se acredite que la tenencia es para uso personal, declarada la culpabilidad del autor y que el mismo depende física o psíquicamente de estupefacientes, el juez podrá dejar en suspenso la aplicación de la pena y someterlo a una medida de seguridad curativa por el tiempo necesario para su desintoxicación y rehabilitación. Acreditado su resultado satisfactorio, se lo eximirá de la aplicación de la pena. Si transcurridos dos años de tratamiento no se ha obtenido un grado aceptable de recuperación, por su falta de colaboración, deberá aplicársele la pena y continuar con la medida de seguridad por el tiempo necesario o solamente esta última". "Artículo 18. En el caso del artículo 14, segundo párrafo, si durante el sumario se acredite por semiplena prueba que la tenencia es para uso personal y existen indicios suficientes a criterio del juez de la responsabilidad del procesado y éste dependiere física o psíquicamente de estupefacientes, con su consentimiento, se le aplicará un tratamiento curativo por el tiempo necesario para su desintoxicación y rehabili-

te más liberales, se valen de la así llamada "despenalización", para a través del derecho administrativo sancionador mantener la prohibición.

La imposición a consumidores de drogas calificadas como ilícitas de penas explícitas o disfrazadas como sanciones administrativas o tratamientos médicos, revelando la concepción que los estigmatiza en la alternativa de que, si es enfermo, no es libre; si es libre, es malo³⁷, siempre estará revelando una desautorizada intervención del Estado en la vida privada.

II. 11. Prohibición del cultivo de plantas tradicionales: vulneración de los derechos de pueblos indígenas.

Al promover la diferenciación artificial entre drogas lícitas e ilícitas, seleccionando algunas de las innumerables sustancias psicoactivas y materias primas para su producción y convirtiéndolas en objeto de prohibición, las Convenciones establecidas bajo la égida de la Organización de las Naciones Unidas incluyen entre las sustancias y materias primas prohibidas a una variedad de plantas tradicionalmente cultivadas y utilizadas por comunidades indígenas, como es el caso, en América Latina, de la hoja de coca en los Andes.

Los permisos extremadamente limitados para su uso lícito y el objetivo de erradicación de las plantaciones, además de

tación y se suspenderá el trámite del sumario. Acreditado su resultado satisfactorio, se dictará sobreseimiento definitivo. Si transcurridos dos años de tratamiento, por falta de colaboración del procesado no se obtuvo un grado aceptable de recuperación, se reanudará el trámite de la causa y, en su caso, podrá aplicársele la pena y continuar el tratamiento por el tiempo necesario, o mantener solamente la medida de seguridad". "Artículo 21. En el caso del artículo 14, segundo párrafo, si el procesado no dependiere física o psíquicamente de estupefacientes por tratarse de un principiante o experimentador, el juez de la causa podrá, por única vez, sustituir la pena por una medida de seguridad educativa en la forma y modo que judicialmente se determine. Tal medida, debe comprender el cumplimiento obligatorio de un programa especializado, relativo al comportamiento responsable frente al uso y tenencia indebida de estupefacientes, que con una duración mínima de tres meses, la autoridad educativa nacional o provincial, implementará a los efectos del mejor cumplimiento de esta ley. La sustitución será comunicada al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria para la supresión de la anotación relativa al uso y tenencia indebida de estupefaciente".

"Artículo 22. Acreditado un resultado satisfactorio de las medidas de recuperación establecidas en los artículos 17, 18 y 21 si después de un lapso de tres años de dicha recuperación, el autor alcanzara una reincisión social plena, familiar, laboral y educativa, el juez previo dictamen de peritos, podrá librarse de oficio al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria para la supresión de la anotación relativa al uso y tenencia indebida de estupefaciente".

37 Esa estigmatizante alternativa fue apuntada por Alessandro Baratta en "Fundamentos ideológicos da atual política criminal sobre drogas", texto publicado en la coletânea *Só SOCIALMENTE...* (Río de Janeiro: Relume Dumará, 1992, org. Odair Dias Gonçalves e Francisco Inácio Bastos).

afectar el ambiente y las condiciones materiales de vida de los integrantes de aquellas comunidades, tienen como resultado la restricción o el impedimento de actividades significativas en el ámbito de sus tradiciones y de su patrimonio cultural.

De esta manera, la prohibición del cultivo y de la utilización de las plantas calificadas como ilícitas entra en conflicto directo con norma del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos³⁸, la cual asegura a las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas el derecho a usufructuar de su propia cultura.

III. La supremacía de las declaraciones universales de derechos y de las Constituciones de los Estados democráticos y el rompimiento con el prohibicionismo

Las Convenciones de la ONU y las legislaciones de emergencia de los Estados nacionales que expresan el prohibicionismo dirigido en contra de las drogas calificadas como ilícitas, alimentando y siendo alimentadas por una engañosa publicidad que presenta especialmente a los productores y distribuidores de las drogas así calificadas como un “enemigo” atrincherado en una indefinida e indefinible “criminalidad organizada”, para cuyo “combate” no bastaría la utilización de medios tradicionales o regulares, se orientan por una excepcionalidad que se traduce, como se ha expuesto, en la sistemática vulneración de principios y normas contenidos en las declaraciones universales de derechos y en las Constituciones de los Estados democráticos, se crean vacíos en que es negada su aplicación, verdaderos espacios de suspensión de derechos fundamentales y de sus garantías.

Así traen el recuerdo de una elocuente advertencia: el mayor peligro de la criminalidad en las sociedades contemporáneas no es el crimen en sí mismo, sino que la represión al crimen termine por conducir todas esas sociedades al totalitarismo³⁹.

En el mismo sentido, se puede afirmar que los mayores daños relacionados con las drogas calificadas como ilícitas provienen del prohibicionismo. Son daños a los derechos fundamentales, que amenazan la propia preservación del modelo del Estado de derecho democrático, demostrando que, en materia de drogas, el peligro no está en su circulación, pero sí en la prohibición, que aproxima las democracias a los Estados totalitarios.

Los principios garantizadores, consignados en las declaraciones universales de derechos y en las Constituciones de los Estados democráticos, son principios universales, que no admiten ninguna excepción, fuesen cuales fueran las coyunturas, fuesen cuales fueran las circunstancias del momento, fuesen cuales fueran los “peligros” reales o imaginarios a ser enfrentados.

Tales principios prevalecen sobre cualquier otra norma de ámbito internacional o interno. Como las Constituciones en el plano interno en relación a las normas infraconstitucio-

³⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “Artículo 27. En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesor y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

³⁹ Ver Nils Christie, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del Holocausto?*, edición en castellano, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, traducción de Sara Costa, p. 24.

nales, normas fundamentales como las declaraciones universales de derechos también se sitúan en un grado superior en relación a otras normas de derecho internacional de menor envergadura, ahí incluidos no solamente los tratados bilaterales, sino también cualquier tratado o convención que, como tratados y convenciones criminalizadores, tratan materias no vinculadas directamente a los objetivos establecidos en la Carta de las Naciones Unidas de promoción y concretización de la protección a la persona, del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales.

De la misma forma que en el ámbito de los Estados nacionales, desde la institución del control de constitucionalidad y de la consecuente efectividad de la supremacía de la Constitución, no hay dificultad en la invalidación o en la retirada de eficacia de leyes que con ella se contradigan, en el ámbito internacional el mismo alcance debe ser dado a las normas fundamentales, afirmándose la invalidez o la ineficacia de cualquier norma de derecho internacional o de derecho interno que con ellas se contradiga, aplicándose las reglas de las Convenciones de las Naciones Unidas sobre Derecho de los Tratados (1969 y 1986), que establecen la invalidez de tratados que entren en conflicto con normas perentorias de derecho internacional general⁴⁰.

Utilizándose las vías plausibles en los planos de la jurisdicción internacional y de las jurisdicciones internas de cada Estado, habrá que buscar la declaración de invalidez (o de ineficacia) –y, por lo tanto, la inaplicabilidad– de todos los dispositivos de las Convenciones de las Naciones Unidas en materia de drogas señalados anteriormente y de todos los innumeros dispositivos contenidos en las legislaciones de los diversos países que directamente entran en conflicto con principios garantizadores establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y en las Constituciones de los respectivos Estados.

Esto es un primer y urgente paso para que, rescatando la supremacía de las declaraciones universales de derechos y de las Constituciones de los Estados democráticos, se alejen las amenazas a la subsistencia del modelo del Estado de derecho democrático y se reduzcan los riesgos y los daños causados por el prohibicionismo en materia de drogas calificadas de ilícitas.

Pero es necesario ir más allá y romper con todos los otros riesgos, daños y engaños del prohibicionismo.

El prohibicionismo sólo se sostiene por el entorpecimiento de la razón.

Solamente una razón entorpecida puede creer que la criminalización de las conductas de productores, distribuidores y consumidores de algunas entre las innumerables sustancias psicoactivas sirva para detener una búsqueda de medios de alteración del psiquismo, que hecha raíces en la propia historia de la humanidad.

⁴⁰ Convención sobre Derecho de los Tratados (23 de mayo de 1969), “Artículo 53. Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. “Artículo 64. Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”. Las correspondientes reglas de la Convención de 1986 contienen iguales disposiciones.

Solamente una razón entorpecida puede admitir que, a cambio de una ilusoria contención de esa búsqueda, el propio Estado fomente la violencia, que sólo se hace presente en las actividades de producción y distribución de las drogas calificadas como ilícitas porque su mercado es ilegal.

Solamente una razón entorpecida puede autorizar que, bajo ese mismo pretexto ilusorio, se impongan restricciones a la libertad de quien, eventualmente, quiera causar un daño a su propia salud.

Ya es hora de recobrar la razón y romper así con el prohibicionismo.

Ya es hora de proponer y efectivizar una amplia reformulación de las Convenciones internacionales y de las legislaciones internas de los Estados nacionales, para legalizar la producción, la distribución y el consumo de todas las sustancias psicoactivas y materias primas para su producción, regulándose tales actividades con la institución de formas de control racionales, verdaderamente comprometidas con la promoción de la salud pública, respetuosas de la dignidad y del bienestar de todos los individuos, libres de la dañosa intervención del sistema penal.

Algunos modelos para la canalización y defensa de los derechos fundamentales de los reclusos

Iñaki Rivera Beiras*



El presente trabajo se basa en las contribuciones que se han presentado en el marco del proyecto europeo AGIS, *Libertà in carcere*, desarrollado durante los años 2005 y 2006, en el cual participaron como socios diversas asociaciones de derechos humanos de Italia y Francia, así como también varias Municipalidades de las principales ciudades italianas (en especial, Il Comune de Roma). Allí se estudiaron y recopilaron numerosos materiales y experiencias encaminadas a la puesta en marcha de distintos tipos de mecanismos de defensa y canalización de demandas de personas privadas de libertad en diversos países europeos.

Con la mente en ellas, se pretende plantear una cuestión que esperamos pueda ser de utilidad para los profesionales del derecho que se desempeñen en el área de la llamada “ejecución penal” y que se puede señalar como sigue:

¿Qué mecanismos pueden proponerse para atender eficazmente a los reclamos de las personas privadas de su libertad y asumir la defensa de sus derechos fundamentales?

Como premisa, puede señalarse que una vez plenamente constatada la imposibilidad estructural de que la cárcel proteja los derechos fundamentales de los reclusos y sea capaz de producir funciones positivas, la cada vez mayor distancia entre la cárcel “legal” y la cárcel “real”, pone de manifiesto el crecimiento de una institución que produce dolor, sufrimiento y daños de diversa índole. Frente a ello, y desde el paradigma de la vigencia de los derechos, deviene cada vez más necesaria la articulación de una *política de reducción de los daños* ocasionados y agravados por la cárcel.

Pretendemos así, mostrar la realidad penitenciaria actual e incidir en algunas proposiciones para el desarrollo de unas políticas públicas auténticamente comprometidas con la necesidad de afrontar la problemática –integral– de los derechos de las personas privadas de libertad. Esta ha sido la finalidad esencial del proyecto europeo de investigación comparada desarrollado y es, asimismo, la idea central de esta contribución, con la necesaria advertencia que la misma es apenas incipiente y necesitada de un mayor trabajo y experimentación. Pero esperamos que sea un punto de partida y que otorgue elementos para el imprescindible debate sobre una cuestión que no puede ser dejada de lado, si no se quieren perder los cimientos de la civilización. Pues, en efecto, el universo concen-

* Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona.

¹ Los Congresos Penitenciarios Internacionales comenzaron a celebrarse, en Europa, en 1846 (en Frankfurt, Alemania). Posteriormente, la idea se extendió en América: en EE.UU. se reunieron los de Baltimore, San Luis, New York, New Port, Cincinnati (que fue el primero de los internacionales celebrado en América). Un año después de haberse celebrado el Congreso Europeo de Frankfurt, se reunió el de Bruselas y, posteriormente, con una periodicidad de cinco años aproximadamente, se fueron celebrando los de Londres, Estocolmo (donde, en 1878, se constituyó la Comisión Penitenciaria Europea), Roma, San Petersburgo, París, Bruselas, Budapest, Berlín. En tales Congresos se comenzó a debatir, a través de las Ponencias que se iban presentando a los mismos, la idea de fijar unos criterios internacionales para el tratamiento de los reclusos (en el contexto del positivismo correccionalista que iba emergiendo), entre otras cuestiones que se debatían en sus sesiones (legislación penal, arquitectura penitenciaria, delincuencia juvenil, etcétera). Por lo que a España se refiere, puede apuntarse que, además de su progresiva participación en estos Congresos Internacionales, se reunió por primera vez en 1909 el Congreso Nacional de Valencia (posteriormente, los de La Coruña en 1914, Barcelona en 1920). También en estas reuniones nacionales se debatió la necesidad de trabajar en aras de una uniformidad de criterios en materia de tratamiento de reclusos (por ejemplo: las Ponencias sobre Trabajo Penitenciario del Congreso de Valencia; o aquéllas que se referían a la potestad disciplinaria de la administración, en el Congreso de La Co-

tracionario de la *Europa fortaleza* unido al cuadro de las migraciones en el actual continente europeo, constituyen dos paradigmáticas situaciones que ponen cada vez más en cuestión los cimientos de un constitucionalismo social (y garantista) de posguerra que parece estar cayendo abruptamente.

Como se ha dicho, por cuanto se refiere al ámbito de la privación de libertad, este estudio indicará algunos mecanismos para la protección de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. Parece necesario realizar algunas reflexiones acerca de qué tipo de mecanismos estamos tratando.

Panorámicamente, y con el ánimo de realizar una rápida mirada comparativa, pueden distinguirse diversos modelos que se corresponden con otros tantos ámbitos de actuación de los poderes públicos y de la sociedad civil que pretenden revalorar los derechos fundamentales de los reclusos. Tal vez sea mejor hablar de modelos de canalización de demandas y peticiones que se encaminan hacia el intento de una satisfacción de sus necesidades y hacia una defensa de sus derechos. Trazando un recorrido histórico y agrupándolos en ciertas categorías políticas, podemos encontrar los siguientes.

I. El ámbito del control administrativo

Desde un punto de vista histórico, el control administrativo de la legalidad penitenciaria constituyó el primer tramo recorrido en este proceso. Sus antecedentes se remontan a las iniciativas que, bajo la organización de los primeros Congresos Penitenciarios Internacionales, se llevaron a cabo desde la segunda mitad del siglo XIX, primero en Europa y posteriormente en los Estados Unidos. Como es bien conocido, los desastres bélicos, primero de la Gran Guerra y posteriormente con la barbarie nazi y la abortada experiencia de la Sociedad de Naciones, impidieron o, mejor, retrasaron, la aprobación de unas primeras Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos. Sólo en 1957, y ya en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, la que fue la primera normativa penitenciaria internacional, pudo al fin ser adoptada. Tal y como señala Bueno Arús, “la idea de elaborar unas reglas internacionales para el tratamiento de las personas privadas de libertad, en el contexto de las corrientes reformistas del siglo pasado y principios del actual, procede de 1925 cuando Maurice Waller, Director de Prisiones de Inglaterra y Gales así lo propuso a la Comisión Penitenciaria Internacional (luego, Comisión Internacional Penal y Penitenciaria)” (1987: 11).

En 1929 esta Comisión aprobó la primera versión de un Conjunto de Reglas para el Tratamiento de los Presos que, a su vez, desarrollaba criterios establecidos en los Congresos Penitenciarios Internacionales¹. Estas Reglas, que tendían a “indicar las condiciones mínimas que desde el punto de vista humanitario y social debe reunir el tratamiento de los reclusos” (Bueno Arús, ibídem), fueron reelaboradas en 1933 y aproba-

das por la XV Asamblea de la Sociedad de las Naciones, el 26 de septiembre de 1934. Aquí ya se establecieron recomendaciones a los Estados miembros con el fin que adaptasen su legislación y prácticas al contenidos de estas Reglas. Tras el final de la Segunda Guerra Mundial, la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria, por un lado, y las Naciones Unidas, por otro, coincidieron en la necesidad de proceder a una revisión de las Reglas, tras veinte años de haberse aprobado las primeras. El 6 de julio de 1951 la Comisión finalizó la redacción del Proyecto de Conjunto de Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. A partir de aquí, se inició una fase de estudio de las mismas que concluyó con la resolución del Primer Congreso de las Naciones Unidas en materia de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ginebra, 30 de agosto de 1955) en la que se pidió que las Reglas Mínimas –que anteriormente había aprobado– se transmitiesen a los gobiernos para que estos las adoptasen. Finalmente, por Resolución 663 C (XXIV) de 31 de julio de 1957, el Consejo Económico y Social de la ONU aprobó las Reglas Mínimas. Desde entonces, tanto los Congresos quinquenales de la ONU sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente como los distintos Grupos regionales, han abordado la oportunidad y necesidad de revisar periódicamente estas Reglas con el fin de adaptarlas a la evolución de los tiempos.

Interesa destacar aquí que en esas Reglas de la ONU se reguló la denominada *Inspección de los Centros y Servicios Penitenciarios*. En tal sentido, los Inspectores debían ser designados por la autoridad competente, y acudir “regularmente” a los establecimientos penitenciarios (R. 55). En particular, se les encomendó la tarea de velar “porque estos establecimientos se administren conforme a las leyes y los reglamentos en vigor y con la finalidad de alcanzar los objetivos de los servicios penitenciarios y correccionales”. Esta “inspección” de los Centros y Servicios Penitenciarios aún está lejos de la función de control jurisdiccional de la ejecución de las penas privativas de libertad que aparecerá en el texto de las Reglas Mínimas elaborado en 1973 por el Consejo de Europa. Precisamente, el texto de 1973 añadió un párrafo (el nº 2) al art. 56 donde estableció el “control” (y no sólo una “inspección”) ejercido por “una autoridad judicial o cualquier otra autoridad legalmente habilitada para visitar a los reclusos *que no pertenezca a la administración penitenciaria*”.

Como se ve, entonces, la aspiración por limitar el poder discrecional de la Administración penitenciaria, en aras a una eficaz protección y validez de la garantía ejecutiva derivada del principio de legalidad, constituye una “tensión” de largo alcance histórico. Pero, desde luego, aunque se ponga de manifiesto la importancia de ésta, también se debe subrayar el alcance limitado de una iniciativa semejante pues, si los controles al Poder Ejecutivo se alojan dentro de estructuras del mismo Poder, es evidente que la independencia en el con-

ruña; o las que aludían a la arquitectura penitenciaria en el de Barcelona). Para un conocimiento más acabado en torno al material presentado y debatido en los mismos, puede consultarse la obra de Fernando Cadalso (1922), *Instituciones Penitenciarias y Similares en España*, ps. 831 y siguientes).

trol no estará garantizada. Pese a ello, los antecedentes señalados ponen de relieve el inicio de un largo proceso que aún hoy estamos recorriendo.

II. El ámbito de la vigilancia parlamentaria

Si en el anterior epígrafe se hizo referencia al control de la legalidad penitenciaria ejercido desde el Poder Ejecutivo y se señalaron la importancia pero también las limitaciones de un tipo de control semejante, ahora debe destacarse aquél que puede y debe ser ejercido desde el Poder Legislativo. Si en algún ámbito del poder debe residir la esencia de un Estado democrático, pocas dudas caben acerca de que él ha de situarse en el terreno parlamentario. Y si a este ámbito le corresponde la potestad legislativa, la aplicación de las normas aprobadas, su verificación y cumplimiento debería constituir una preocupación de los legisladores.

Lamentablemente, sabemos que sólo en ciertos momentos, normalmente cuando ya han sucedido gravísimos hechos en el interior de las instituciones de reclusión, ciertas Comisiones parlamentarias se constituyen y actúan enviando a algunos legisladores a visitar Centros de reclusión para verificar *in situ* determinadas situaciones, entrevistarse con presos y autoridades y recabar una información que suele terminar con una resolución parlamentaria o aprobada en Comisión. Creemos que una mayor involucración de los partidos políticos en el problema carcelario debería constituir una parte central de la agenda política pero, como hemos dicho, y salvo excepciones, ello no es así.

Es verdad que existen algunos ejemplos de instituciones delegadas o surgidas desde el ámbito parlamentario para la atención de los problemas derivados del encarcelamiento. La tradición del *Ombudsman*, como Defensor del Pueblo emanado del Parlamento así lo pone de manifiesto. Pero también es verdad

que, salvo aquellos casos de nombramiento de específicas instituciones dedicadas al ámbito de la privación de libertad (como podría ser el caso de la Procuración Penitenciaria de la República Argentina, entre otros), la inexistencia de figuras con específicas y claras competencias en la materia constituyen la tónica habitual en la materia. Justamente por ello es que, más recientemente, se han intentado potenciar otras figuras que serán más adelante abordadas.

Es por ello que debe hacerse una llamada de atención –o una petición, mejor– a la clase política para que, desde el aludido ámbito parlamentario, esté a la altura de la responsabilidad que de ella se espera. En ello nos va el respeto a los derechos fundamentales de las personas que viven privadas de su libertad y, por consiguiente, también la calidad de nuestros sistemas democráticos.

III. El ámbito de la inspección municipal

Sin duda, este ha sido el ámbito más estrechamente investigado y debatido en el marco del proyecto de investigación AGIS. *Libertà in carcere* ya mencionado antes. Bajo la coordinación de la asociación italiana *Antigone. per i diritti e le garanzie* y del *Comune di Roma* hemos tenido la posibilidad de conocer y de discutir en torno a uno de los más novedosos mecanismos de control –municipal, en este caso– de la legalidad en los centros de reclusión. No se efectuará aquí un pormenorizado examen de la figura italiana del *Defensore Civico Penitenciario*. Tan sólo cabe poner de relieve que la tradición municipalista ha permitido recoger una aspiración que venía siendo demandada por las organizaciones de derechos humanos. En efecto, la ya citada *Antigone*, desde hace años, ha desarrollado una campaña para la creación de la figura municipal del *Garante* que, sólo recientemente, ha comenzado a ser adoptada por algunos Ayuntamientos italianos². Por tanto, creo que lo que debe ponerse de manifiesto es que, así como otros mecanismos de control han encontrado su origen en la sociedad política, digamos, en el presente caso nos hallamos en presencia de un proceso inverso: ha sido desde las organizaciones de la sociedad civil desde donde se ha construido una demanda, articulada en una campaña que,

² Puede consultarse, a fin de conocer la campaña aludida, las diversas publicaciones de *Antigone*, en especial, *Diritti in carcere* (2000a) y *Limiti alla costrizione. Diritti umani e privazione della libertà personale. Meccanismi di tutela e prevenzione* (2000b).

sólo finalmente, ha sido recogida por la administración municipal. No puede perderse de vista el rumbo seguido en el proceso que se comenta, en caso contrario, se desvirtuaría la naturaleza de donde ha partido esta reivindicación: desde la misma lucha por el respeto efectivo a los derechos fundamentales.

Pero algunas conclusiones (y también algunas peticiones), podemos extraer de la experiencia que se comenta. En primer lugar, como acaba de señalarse, representa un claro ejemplo de la articulación de unas demandas que provienen de los sectores sociales y profesionales comprometidos con los derechos de las personas privadas de libertad.

En segundo lugar, es imprescindible resaltar la necesidad de que las administraciones municipales –las más cercanas a la ciudadanía– asuman responsabilidades en la atención de las personas privadas de libertad en sus territorios vecinales. Desde el punto de vista de las instituciones políticas, debe intentarse un acercamiento a la cárcel de aquellas Administraciones que están en contacto más estrecho con los ciudadanos. Y un ejemplo de ello viene dado por los Ayuntamientos y sus delegaciones barriales. Existen experiencias que han demostrado que cuando tales Administraciones locales, recuperando una auténtica tradición republicana municipalista, se han comprometido en la ayuda de “sus” presos, se han alcanzado resultados notables. Y no sólo con “sus” *presos*, sino también con “sus” *familias*: se han canalizado ayudas de medios de transportes para facilitar las comunicaciones entre familias y detenidos; se han potenciado ayudas socioeconómicas a las familias (entorno social al cual volverá el preso cuando salga de la cárcel) en materias tales como vivienda, becas escolares, vestimenta, iniciativas de fomento del autoempleo, etc.; se ha conseguido divulgar en el entorno social de los afectados (el barrio, por ejemplo) las necesidades reales de aquéllos (huyendo de prejuicios o conocimientos vulgares y estereotipados), hasta el punto de lograr la recogida de fondos económicos para la ayuda de las familias. En fin, son innumerables estas posibles acciones, y dependen evidentemente de cada caso en particular; pero todas ellas evidencian los positivos resultados que podrían lograrse si se “acerca la cárcel” a la sociedad y ésta, a su vez, “penetra” en aquélla de la mano de las Administraciones locales.

En este sentido, no podemos dejar de reconocer el esfuerzo que desde la *Regidoria de Drets Civils i de la Dona del Ajuntament de Barcelona* se viene haciendo en esta materia al apoyar las iniciativas que promueve el Observatorio del Sistema penal y los Derechos Humanos de la Universitat de Barcelona en este sentido. Esperamos que, también en el ámbito de esta ciudad, las autoridades municipales sean sensibles a la implantación de mecanismos semejantes.

IV. El ámbito del control jurisdiccional

Otro de los desarrollos históricos que abundan en la larga marcha por dotar de *derecho* a la vida en reclusión, ha venido

constituido por el intento de dotar a la Jurisdicción de estrictas facultades de control de la garantía ejecutiva del principio de legalidad.

Resulta evidente que un programa, una agenda, para el respeto efectivo de los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad, requiere de un marco jurídico inspirado en la tradición del “*constitutionalismo social*”. Se considera imprescindible, en consecuencia, la adopción (cuando no exista) o el mantenimiento (si la legislación ya lo preve) de un marco semejante que, basado en los principios propios del denominado *Garantismo penal* (por todos, Ferrajoli 1990, 1999 y 2004) debe adecuarse, como mínimo, a los siguientes postulados (muchos de los cuales están destinados a “invertir” muchos conceptos –y prácticas– hoy imperantes en el mundo carcelario). A título de ejemplo, pueden citarse los siguientes:

En primer lugar, y para reevaluar la vigencia efectiva y no sólo formal, del principio de legalidad (es decir, para verificar el paso de la *mera* a la *estricta* legalidad), se debe acabar con la actual situación que permite que la inmensa mayoría de incidentes de la ejecución penal se regulen en normas reglamentarias, circulares ministeriales, etc. En efecto, la estricta obser-

vancia de la garantía de ejecución (que deriva del principio de legalidad en la tradición del Derecho Penal liberal), ordena que la forma, el modo, en el cual se debe cumplir una pena privativa de libertad esté regulado en una norma que sólo puede tener rango legal (*ley previa, estricta, escrita*). Así, debe abordarse un proceso legislativo que con ese rango regule toda una serie de cuestiones de la vida carcelaria que, en la actualidad, se encuentran recogidas en su gran mayoría en normas jurídicas que carecen del rango legal indicado.

En segundo lugar, deviene imprescindible la exclusiva adopción de criterios “objetivos” en la determinación del nivel disciplinario y de posible disminución de la pena (Baratta 1993). Para invertir la actual situación, debe erradicarse –tanto de las normas como de las prácticas– la tendencia a conceder o negar el acceso a toda una serie de institutos por criterios subjetivos y/o de peligrosidad, que traducen los postulados más ortodoxos de un positivismo criminológico que ha inundado a las instituciones penitenciarias³. Para hacer efectivo un nuevo concepto de “*reintegración social del condenado*”, deben ser redefinidos los actuales “beneficios” penitenciarios como auténticos derechos subjetivos de los presos, invirtiéndose de ese modo la actual situación.

En íntima relación con lo que acaba de mencionarse, es necesario que el ámbito decisional en materias tales como disciplina, medidas de reducción de la pena, comunicaciones, trasladados, salidas al exterior y muchos otros incidentes propios de la ejecución penal, ha de ser el de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria o de Ejecución Penal (cfr. Baratta op. cit.). Se trata, también aquí, de invertir la actual situación caracterizada por las “proposiciones” que realizan los Equipos Técnicos o Multidisciplinarios, respecto de toda una serie de institutos penitenciarios que condicionan fuertemente la resolución final de los Jueces de Ejecución Penal o Vigilancia Penitenciaria, sin que los reclusos estén en condiciones, efectivas, de contradecir tales propuestas⁴. Además, estos Jueces de Vigilancia Penitenciaria deben personarse –obligatoriamente– en las cárceles, de modo frecuente y sin previo aviso, para velar por los derechos de los detenidos.

³ Por ejemplo: la actual legislación penitenciaria española establece que los reclusos “podrán” disfrutar de permisos de salida si han cumplido parte de su condena, están clasificados en segundo grado y carecen de sanciones disciplinarias. Pese a ello, existe toda una larga lista de variables “subjetivas” (peligrosidad, pertenencia a ambientes marginales, prisiónización, etc.) que pueden impedir que a un recluso se le conceda dicha salida, aún cuando cumpla con los tres requisitos mencionados. Semejante práctica debe ser erradicada y únicamente deben primar criterios de carácter objetivo que no vacíen de contenido el principio de la seguridad y certeza jurídica.

⁴ En efecto, y citando nuevamente el ejemplo de España, son los denominados Equipos de Observación y Tratamiento quienes proponen –favorable o desfavorablemente– a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, los permisos de salida, la posibilidad de progresar en el régimen y tratamiento penitenciario, o el disfrute de libertades condicionales, etc. En una situación semejante, no sólo la resolución judicial posterior está sumamente condicionada por los Informes penitenciarios (elaborados dentro del paradigma de premios y castigos que inspira la legislación penitenciaria, cuando no remiten directamente a las necesidades de gobierno disciplinario de la cárcel), sino que impiden una efectiva contradicción del interno afectado.

Los aludidos Jueces de Vigilancia Penitenciaria deben tener una especial formación en estas materias, rompiéndose con la actual tradición de inexistencia de una especialización en ellas. Esta *jurisdiccionalización carcelaria*, debe realizarse en el marco de un proceso judicial presidido –efectivamente– por los constitucionales principios procesales de publicidad, celeridad, inmediación, contradicción, etc. También en aras a invertir la actual situación, debe ser igualmente regulado en normas de rango legal, el denominado “*derecho procesal penitenciario*”, sin el cual es ilusoria cualquier pretensión de seguridad y certeza jurídicas. Asimismo, debe establecerse la obligatoria intervención del Ministerio Público, no sólo para evacuar trámites procesales ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria (por la vía de “informes”), sino exigiéndole también su presencia obligatoria en el interior de los Centros Penitenciarios para velar por el estricto cumplimiento del principio de legalidad (en su garantía ejecutiva).

Para hacer efectiva la *jurisdiccionalización de la ejecución penal* y, asimismo, acabar de diseñar un proceso ante los Jueces de Vigilancia Penitenciaria con todas las garantías, debe establecerse de modo obligatorio el derecho de defensa y asistencia letrada gratuita, en materias propias del derecho penitenciario, durante toda la fase ejecutiva del proceso penal. Para invertir la actual situación, además del reconocimiento legislativo de este derecho, se deben articular mecanismos y convenios con los Servicios y/o Turnos de Oficio de los Colegios de Abogados, para el establecimiento de los denominados “*Servicios de Orientación Jurídico-Penitenciaria*”.

Como se observa, se está abogando por un auténtico “derecho a la Jurisdicción” que conlleva una consecuencia evidente: el rol, la presencia, de la Jurisdicción no se limita a la existencia del Juez (de Vigilancia o de Ejecución). Ello es necesario, mas no es suficiente. Estamos hablando de algo mucho más relevante como lo es todo lo que concierne al proceso, a la existencia de partes, a la virtualidad del principio de contradicción, a la posibilidad real de la defensa, a la práctica de las pruebas, etc. En síntesis, estamos hablando del “curso” a través del cual, y sólo a través del cual, será legítimo el cumplimiento de una penalidad con arreglo a derecho. Resulta evidente, pues, que la paulatina articulación de una verdadera “cultura de la jurisdicción” (Bergalli 1999), es lo que se está poniendo de manifiesto.

V. El ámbito de la defensa jurídica

En el Estado español, como en otros europeos, no existe la figura del Defensor público oficial conocida en otros ámbitos culturales. Por tanto, el rol de la defensa en el proceso penal, tanto en su fase declarativa cuanto en la ejecutiva, se cubre a través del trabajo desempeñado por abogados ya sean particulares o de oficio. Ahora bien, si no existe duda alguna acerca de la garantía procesal que supone la aludida defensa

en la primera fase del proceso (hasta la sentencia firme), no sucede lo mismo cuando estamos en presencia de la fase ejecutiva. ¿Tiene derecho un preso ya condenado por sentencia firme a la asistencia letrada y a la defensa? Como es sabido, lo más importante de la falta de una normativa clara y obligatoria al respecto, son los efectos que ello provoca: la carencia de profesionales que ejerzan la defensa jurídica, también durante el cumplimiento de una pena. Es obvio señalar que, sin aquélla la jurisdiccionalización de la ejecución penal, de la que se habló en el apartado anterior, carece de virtualidad y de concreción material.

Para paliar las aludidas deficiencias, diversas organizaciones sociales y profesionales comprometidas con la defensa de los derechos de la persona privadas de libertad, en el Estado español, iniciaron hace algo más de dos décadas diversas campañas y movimientos, fundamentalmente en el ámbito de algunos Colegios profesionales de abogados. En efecto, a

mediados de la década de 1980, la conflictividad de la prisión de Basauri (cercana a la ciudad de Bilbao), llegó a un punto tan alarmante que la Comisión de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Bilbao, decidió realizar numerosas visitas a dicho Centro penitenciario tendentes a verificar la realidad de numerosos episodios denunciados por internos, familiares y abogados de la Asociación *Salhaketa*. La constatación de situaciones violatorias de derechos fundamentales, motivó que el equipo de abogados de la citada organización propusiera al entonces Decano del Colegio de Abogados, la creación de un Servicio de Orientación y Asistencia Jurídico-Penitenciaria (SOAJP) que implicara la presencia cotidiana de algunos abogados en dicha cárcel. Tras numerosos problemas ocurridos (por ejemplo, cierta oposición mostrada por el propio Colegio, problemas de financiación económica, resistencia de las autoridades penitenciarias, etc.), este primer SOJP de España comenzó a funcionar en la cárcel de Basauri el día 1 de febrero de 1987. Posteriormente, el SOAJP se instauraría también en la cárcel de Martutene y en la de Nanclares de la Oca (esta última es una prisión destinada al cumplimiento de penas privativas de libertad y, por ello, a diferencia de la de Basauri, que alberga fundamentalmente a presos "preventivos", la actividad del SOJP ha sido mucho mayor en la cárcel alavesa)⁵.

Más allá de estos antecedentes, estos Servicios se fueron extendiendo también por otras corporaciones profesionales de abogados en España, proceso no exento de problemas, resistencias e insuficiencias que revelan la inmensa dificultad en la articulación de un mecanismo procesal que debería ser un pilar de la intervención punitiva de un estado social y democrático de derecho.

Baste aquí, para terminar este apartado de presentación, señalar que gracias al trabajo y al compromiso de muchos de los integrantes de estos Servicios, el Consejo General de la Abogacía de España ha creado una Comisión específica al respecto y desde hace años se vienen celebrando los Encuentros Anuales de estos SOAJP. En estos foros, los profesionales encargados de la defensa y asistencia a presos en todo el Estado discuten y

⁵ Algunas de las notas más importantes de este primer SOJP han sido tradicionalmente las siguientes:

Su financiación ha corrido a cuenta del Gobierno vasco, a través de la Conserjería de Justicia la cual otorga una subvención al Colegio de Abogados de Bilbao para que éste, a su vez, remunere el trabajo profesional desarrollados por los abogados del Servicio. El SOJP ha venido estando presente en la cárcel de Basauri. Los abogados, que van rotando, permanecen allí en distintos horarios disponiendo de un "locutorio" habilitado para poder despachar con los internos que, previamente, se hubiesen apuntado para hablar con el abogado. La tarea de este último no se ha limitado al asesoramiento oral al recluso sino que, en caso necesario, debe realizar los escritos oportunos para garantizar la eficaz defensa del interno, ante cualquier instancia (administrativa o jurisdiccional). Normalmente, las materias que ha cubierto el SOJP se han referido estrictamente al ámbito penitenciario, excluyéndose otras (cuestiones de vivienda, separaciones y divorcios, etcétera). El SOJP ha tenido diversos coordinadores que se renuevan periódicamente.

Cada tanto se celebran conferencias para reclusos en el interior de la cárcel con el fin de que la población encarcelada conozca la existencia y el alcance del SOJP.

Además de los abogados que acuden a la cárcel, el SOJP cuenta con otro equipo de Letrados que se encargan del seguimiento de los recursos ante los Juzgados de Vigilancia.

Para un análisis detallado en torno a estos problemas por los que atravesó y atraviesa la asociación y, asimismo, para conocer las "estrategias institucionales para deslegitimar y anular a los movimientos sociales", puede consultarse el trabajo de Elías Ortega (1993).

proponen muchísimas cuestiones vinculadas con la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad. Para quienes puedan estar interesados en conocer con mayor profundidad cuanto se está señalando pueden visitar la *web site* del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universitat de Barcelona (www.ub.es/ospdh) y allí encontrarán todos los sitios de los servicios mencionados situados en los respectivos Colegios de Abogados de España.

VI. El ámbito de la intervención académica

En cuanto al rol que puedan desempeñar otras Instituciones públicas en el camino de trazar canales de circulación y comunicación entre personas privadas de libertad y la comunidad, puede ser especialmente importante lograr el contacto e introducción de la universidad en la cárcel. Existen también diversas experiencias que acreditan los positivos resultados de esta “intersección de instituciones”: capacitación de la población reclusa permitiendo una diversificación en el reparto del acceso a la cultura; construcción física (además de su significado simbólico) de espacios “libres” en el interior de la cárcel donde pueda ser reproducida la dinámica universitaria (binomio profesor-estudiante) sin la presencia de funcionarios penitenciarios; posibilidad de permitir la salida de reclusos para su presencia, junto a otros estudiantes, en las aulas universitarias; en fin, real aprovechamiento del “tiempo muerto carcelario” para el desarrollo de actividades que no deben ser absorbidas por la lógica punitivo-premial de los clásicos modelos correccionistas.

En efecto, existen diversas experiencias que vienen desarrollándose en los últimos años en el sentido apuntado. En América Latina, cabe especialmente mencionar el caso de la experiencia llevada a cabo por la Universidad de Buenos Aires que, desde hace ya unas dos décadas, logró un acuerdo con el Servicio Penitenciario Federal para la implementación de diversas carreras universitarias en diversas cárceles de la ciudad de Buenos Aires⁶. Para el caso de Europa, puede citarse la articulación en Barcelona, del proyecto denominado “*Abrir la cárcel*” que, elaborado por un grupo de profesores y estudiantes universitarios de la Universidad de Barcelona, miembros de las Asociaciones *Espai de Treball Universitari* y la *Asociación contra la Cultura Punitiva y de Exclusión Social*, fue aprobado por la Administración penitenciaria de Cataluña para el desarrollo de una serie de Seminarios durante el curso académico de 1999-2000.

O, más recientemente, la experiencia impulsada por la Clínica Jurídica de la *Universitat Rovira i Virgili* de Tarragona (con la cárcel de la misma provincia) o el proyecto “*dret al Dret*” de la Facultad de Derecho de la *Universitat de Barcelona*. Este último proyecto contiene dos aspiraciones especialmente

⁶ Para conocer esta experiencia, sus problemas, éxitos y limitaciones, puede acudirse a los trabajos del Centro de Informática Aplicada o del Centro Universitario Devoto, 1992.

válidas: a) de un lado, contribuir a una formación especializada de los estudiantes; b) de otro, cumplir con la función social que, como servicio público, se espera de la Universidad. Este proyecto pretende, por ahora, la elaboración y publicación de una Guía de Recursos Sociales y Jurídicos para las personas privadas de libertad⁷.

Con tales ejemplos, y otros que podrían relatarse, se pretende la intersección institucional entre cárcel y sociedad. Todas las iniciativas sociales, educativas, políticas, etc., que pasen por la “entrada a la cárcel” de diversos sectores sociales, pueden contribuir, en definitiva, a modificar en lo posible la percepción de lejanía y ajenidad con la cual, casi siempre, es transmitida esta realidad.

⁷ Elaborar y publicar la primera Guía catalana en materia de recursos sociales y jurídicos para las personas privadas de libertad constituye, entonces, una importantísima herramienta para la asistencia y defensa de multitud de necesidades que provoca la detención y/o encarcelamiento de una persona, para ésta pero también para su familia y entornos más cercanos. Entre esas necesidades y situaciones se encuentran las de índole estrictamente jurídico penal y penitenciario, tales como: la información de derechos a la persona detenida, la solicitud de abogado (particular o de oficio), la petición de ser visitado por un médico, la ubicación en un centro penitenciario, o de menores, o de inmigrantes extranjeros, las normas de conocimiento de esos centros, el régimen disciplinario de los mismos, las clasificaciones penitenciarias en grados, los llamados beneficios penitenciarios, las diversas formas de acceso a órganos administrativos y jurisdiccionales, etc. Pero, además de estrictas cuestiones jurídicas, la privación de libertad puede acarrear muchos otros problemas diversos para lo que se prevé, en la confección de esta Guía, la canalización de tales necesidades (hacia las Administraciones competentes y organizaciones sociales) en materia de, por ejemplo: problemáticas laborales y de seguridad social (contratos, despidos, prestaciones, etc.), conflictos de vivienda (desahucios y otros), problemas de transportes (muchas veces ocasionados por las distancias a recorrer hacia los centros donde está la persona recluida), cuestiones relativas a la educación de los hijos de la familia de la persona detenida, bajas de comedores escolares, etc. La Guía que se propone puede en este sentido convertirse en una herramienta de tra-

VII. El ámbito del control y de la participación de la sociedad civil

Por cuanto se refiere al Estado español, puede señalarse que, en la última década, numerosos pasos se han ido dando en aras a una coordinación estatal de las acciones de los movimientos sociales y profesionales comprometidos con los derechos de las privadas de libertad. De modo muy sintético y descriptivo pueden enumerarse algunas.

– La publicación de la revista Panóptico que agrupó a muchos de los colectivos sociales con el fin de tener una publicación que canalice y divulgue las campañas, estrategias y problemas de éstos⁸.

– Asimismo, debe señalarse la creación de la *Coordinadora de Solidaridad con las Personas Presas*, Federación en la que vienen participando muchas de las organizaciones antes mencionadas y que ha desarrollado una importante tarea en los últimos años, principalmente en la denuncia de las más graves violaciones de los derechos fundamentales de los reclusos (muertes, torturas, malos tratos, etc.), lo cual le ha costado en diversas ocasiones duras descalificaciones y denuncias.

– Puede así afirmarse que, recientemente y de manera creciente, los movimientos sociales que desde hace años trabajan en el ámbito de la defensa de los derechos de los presos/as, junto al impulso dado por algunos Equipos de In-

jo, defensa y atención de necesidades no sólo para la persona privada de su libertad. También será especialmente útil para su familia y, asimismo, para toda la red de operadores jurídicos y sociales comprometidos con la situación: abogados defensores (particulares y de oficio), trabajadores sociales, educadores, juristas criminólogos, psicólogos, integrantes de Equipos Técnicos diversos, etc. De ese modo, la atención a la protección de los derechos civiles en su sentido más amplio, constituye la aspiración central de

esta primera producción que se elaborará y publicará desde la Clínica Jurídico Penitenciaria citada.

⁸ En las dos épocas en que la revista Panóptico ha sido publicada (los primeros números se confeccionaban por la Asociación *Salhaketa* en Euskadi y los últimos desde el Observatorio del Sistema penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona), ésta se convirtió, a veces más *de facto* que de otro modo, en un importante referente del “movimiento”.

vestigación de Universidades del Estado y, asimismo, de Comisiones de Colegios de Abogados que trabajan en el mismo terreno, se han logrado algunos importantes objetivos que ponen de manifiesto el grado de articulación y consolidación de estos organismos y colectivos. Y ello se ha verificado tanto en la tarea de la denuncia de vulneraciones de derechos fundamentales de los/as presos/as, como también en la presentación de proposiciones y recomendaciones concretas para la erradicación de semejante práctica.

El tema de los malos tratos y torturas en los institutos de privación de libertad (cárcel, centros de menores, comisarías de policía, centros de internamiento de extranjeros y establecimientos militares, fundamentalmente), ha sido últimamente el núcleo aglutinador de numerosas acciones y estrategias concretas. Entre ellas, y sin ánimo de realizar una enumeración exhaustiva, cabría agruparlas del modo siguiente:

– La campaña iniciada para lograr la firma y ratificación por parte del Estado español del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanas o degradantes de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Como se sabe, dicho Protocolo instituye una novedad sin precedentes en la lucha contra la tortura: la posibilidad que organismos nacionales –independientes de los tres Poderes del Estado– trabajen bajo el amparo de la ONU, con facultades para entrar en los centros de privación de libertad antes citados y desvelar las posibles vulneraciones que constaten de la Convención contra la Tortura. Esta campaña, que viene siendo promovida por *Esculca* desde Galicia ha logrado reunir una importante cantidad de adhesiones de colectivos, instituciones, corporaciones profesionales, etc.; y está haciendo sentir su voz de manera cada vez más creciente (puede consultarse el listado organismos que suscriben la propuesta). Dicho Protocolo ha sido finalmente firmado, ratificado y publicado por el Gobierno español y, en la actualidad, comienza el proceso de su implementación, frente al cual las organizaciones sociales permanecerán vigilantes.

– El proyecto de investigación titulado *Privación de libertad y derechos humanos* que se viene desarrollando bajo la coordinación del *Observatorio del Sistema penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona*, enmarcado en el Proyecto Europeo “Challenge” (del VI Programa Marco de la Unión Europea). Este Proyecto Europeo, que reúne a veintidós prestigiosas universidades europeas, está cumpliendo la función de servir como “caja de resonancia” y difusión internacional de todas las iniciativas comentadas. En la versión que éste desarrolla en el Estado español, la “Declaración de Barcelona”, suscrita por veinte entidades del Estado el mes de octubre de 2004, apunta en la misma dirección y promoverá una investigación cuantitativa y cualitativa sobre el fenómeno de la tortura en España (desde el año 2001, en adelante), que espera ser concluida a finales de 2006.

– La reciente publicación del Dossier “*Muertes bajo Custodia (2001-2004)*” promovida por la *Coordinadora de Solidaridad con las Personas Presas*, recientemente presentada en Madrid y que arroja unos resultados cuantitativos sobre las muertes en los institutos de privación de libertad antes señalados que ya no podrán ser ignorados. Se alude con ello, a las 237 muertes de presos que se produjeron en el año 2004; ello arroja una media de un muerto cada 37 horas.

– La presentación, el 27 de abril de 2005, de la Interpelación Parlamentaria promovida desde el Grupo parlamentario de Esquerra Republicana de Catalunya al Ministro del Interior, acompañada de la consecuente Moción por la cual se materializan, en el Congreso de los Diputados del Estado español, las Propuestas políticas, jurídicas y sociales para la prevención y lucha contra el fenómeno de la tortura en los centros de detención (presentándose una documentación que pone de manifiesto la existencia de casi 800 denuncias por malos tratos y torturas, entre los años 2001 y 2004, en las cárceles del Estado español). Esta importante iniciativa, viene a encuadrar y a sintetizar todas las iniciativas citadas en los puntos anteriores y revela por sí misma, el grado de articulación –estatal– que todas las iniciativas antes comentadas están adquiriendo en la actualidad.

Además de todo ello, claro está, habría que señalar la cantidad de acciones (periodísticas, judiciales y de divulgación sociopolítica en general) que numerosos Colectivos, Equipos de investigación universitarios y Comisiones de Colegios de Abogados, vienen llevando a cabo en su respectivo ámbito local-autonómico. Las campañas y acciones que se han señalado, ponen de manifiesto, a criterio de los miembros de los organismos citados, la necesidad de establecer una estructura de coordinación de carácter estatal que pueda ser, por un lado, interlocutora con los Poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y, por otro lado, se encargue de la difusión y debate interno en cada Comunidad Autónoma y/o nación del Estado español.

Se piensa así que ha llegado el momento de avanzar decididamente en la propuesta de implementación paulatina de los mecanis-

mos previstos en el Protocolo Facultativo de la ONU antes reseñado. En concreto, se alude a la paulatina implementación del Subcomité allí previsto, el cual debería estar integrado por los colectivos, entidades y corporaciones antes mencionados, debido a la legitimidad y credibilidad que los años de trabajo en esta área les han otorgado. De otro modo, o bien la puesta en marcha de los mecanismos de denuncia, prevención y sanción de la tortura se puede demorar indefinidamente, o bien se corre el riesgo que en el futuro tales mecanismos sean implementados por otros organismos o personas carentes de la legitimidad indicada.

VIII. El ámbito del control y de la denuncia internacional

Finalmente, en este recorrido panorámico sobre los distintos mecanismos para la canalización de las demandas de las personas privadas de libertad, cabe hacer alguna mención al ámbito internacional, el cual, en el presente caso, se limita al continente europeo (sin entrar a analizar, por tanto, mecanismos similares en el ámbito americano o de la misma ONU). Ahora bien, conviene precisar mejor los conceptos: ¿de qué privación de la libertad estamos hablando? Para responder a este crucial interrogante, podemos recordar las palabras de alguien con una especial autoridad en la materia. Aludo a Mauro Palma, actual Vicepresidente del *Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes* (en adelante, CPT), quien nos recuerda que

“El área de la privación de la libertad es más extensa de cuanto se piensa. Ella comprende sobretodo la cárcel, que es el lugar al cual nos lleva inmediatamente la idea misma de privación de libertad; un lugar todavía y adondequiera escasamente transparente, a pesar que muchos ordenamientos nacionales contemplen la posibilidad de acceso a él de personas que desempeñen un rol institucional. Pero el área de la privación de libertad no se restringe solo a la cárcel. Ella incluye las muchas y variadas celdas de las comisarías y de los cuarteles de las diversas policías que los ordenamientos nacionales prevén; incluye los

lugares de interrogación, sean formalmente cualificados o no. Incluye los centros de detención para inmigrantes irregularmente presentes en el territorio –en muchos casos eufemísticamente llamados “de acogida”– en espera de identificación o de ejecución de medidas de expulsión; incluye los lugares de frontera (también en estaciones o en aeropuertos) donde las personas declaradas inadmisibles esperan ser repatriadas al país de procedencia. Incluye los lugares de tratamiento sanitario obligatorio y, aún en la casi totalidad de los países europeos, los hospitales psiquiátricos o de cualquier modo los lugares de recuperación involuntaria o para menores abandonados” (cfr. 2006).

Como se observa con toda claridad, el “universo concetracionario” europeo es verdaderamente amplio. También es generalizada la vulneración de los derechos fundamentales de las personas recluidas. Sigamos con el citado trabajo del Vicepresidente del CPT:

“En particular, la cárcel europea se ha convertido cada vez más en un lugar donde los derechos elementales de subsistencia frecuentemente no son garantizados y donde un conjunto de concusas –desde el hacinamiento a la mayor debilidad social de los detenidos, a la ruina de las estructuras, a las condiciones de trabajo de los que trabajan con una inadecuada y frecuente perversa preparación profesional– acaba de hecho con la configuración de un tratamiento inhumano y degradante de las personas detenidas, en clara violación del artículo 3 de la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre de 1950. Porque, a diferencia de la tortura, que se manifiesta en actos singulares y voluntarios, un tratamiento inhumano o degradante puede bien ser el resultado de tantas acciones y circunstancias, bien la concreción de los comportamientos más variados de numerosas personas sin que haya una explícita voluntad de infringir sufrimiento. Esté ha sido el eje de discusión de una relativamente reciente (2003) sentencia de la Corte de Strasburg en relación con la Federación Rusa. La Corte ha reconocido que *las condiciones de detención en las cuales había sido detenido el recurrente, con el alto hacinamiento y con condiciones higiénicas y sanitarias inaceptables constituyan de por si una violación del artículo 3, independientemente de cualquier voluntad específica por parte de las autoridades de infingirle sufrimiento, sino solo en virtud de su incapacidad de garantizar condiciones mínimamente respetuosas de su dignidad personal*” (cfr. ibídem).

A la vista de estas apreciaciones, parece evidente que la *cárcel ilegal* se ha generalizado, aunque al mismo tiempo se haya banalizado (en términos de aceptación y naturalización) semejante quiebre de uno de los principios básicos del constitucionalismo social europeo. Por todo ello, y siguiendo con el

análisis que Mauro Palma efectúa sobre el “espacio de los derechos” en Europa, puede con él recordarse que la estructura de la tutela de los derechos en Europa se basa sobre dos pilares:

– Uno de naturaleza *jurisdiccional* y relativo a la totalidad de los derechos afirmados en la Convención y a la totalidad de sujetos, libres o recluidos. Este pilar se afirma en la Corte Europea de Derechos Humanos.

“A la Corte de Estrasburgo se le confía el deber de verificar las eventuales violaciones y consecuentemente de imponer una condena al Estado responsable. Esta actúa como juez supranacional, sobre la base del recurso de un ciudadano de uno de los Estados firmantes que alegue haber sido privado de uno de los derechos que la Convención tutela y que haya inútilmente recorrido las vías legales nacionales para obtener remedio sobre lo sucedido. Es un órgano de naturaleza jurisdiccional que actúa no a iniciativa propia, sino después de una denuncia, después que el procedimiento previsto de recurso de la normativa nacional ha terminado y, en consecuencia, no con la inmediatez de los hechos sino después de un inevitable periodo” (Mauro Palma, ibídem).

– El otro, de naturaleza *preventiva* y de *monitoreo*, se vincula específicamente con el área de la privación de la libertad. Este segundo pilar viene constituido por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes.

“Desde los primeros años ochenta se ha pensado en integrar el sistema de control previsto por la Convención con un ulterior organismo no jurisdiccional, sino de carácter preventivo para evitar situaciones de maltrato o tortura. Un organismo que pudiera actuar por si mismo, también en ausencia de denuncia personal, que tuviese bajo constante observación todos los lugares de privación de la libertad. Esta previsión ha sido la base de una nueva Convención Europea, centrada en el artículo 3 de la precedente y con la finalidad de su realización, que ha sido abierta a la firma de los Estados el 27 noviembre de 1987: la Con-

vención para la Prevención de la Tortura y de los Tratos y de las Penas Inhumanas y Degradantes. Ratificada por los Estados en su ingreso en el Consejo de Europa, ésta prevé la constitución de un Comité, integrado por un miembro de cada Estado, elegidos por el Comité de Ministros con un mandato cuatrienal, que visita los Estados adheridos, ya sea con visitas ordinarias, ya sea con visitas ‘ad hoc’ cuando sea requerido por una particular situación crítica. El Comité tiene libertad de acceso a personas y informaciones; no es un órgano que juzga, sino que elabora un Informe para las autoridades nacionales en el cual hace una lista de las Recomendaciones y vigila la aplicación de las mismas en el curso del diálogo continuo con las autoridades nacionales” (Mauro Palma, ibídem).

Mas, pese a los mecanismos *a priori* y *a posteriori* que se están describiendo, el propio Vicepresidente del CPT citado admite que la tutela es insuficiente que, en no pocas ocasiones, el sistema de visitas es lento, que falta voluntad de los Estados miembros por cumplir las obligaciones internacionalmente asumidas y, por todo ello, acaba recomendando la adopción del Protocolo Facultativo a la Convención de la ONU contra la Tortura. Ese vedoso instrumento, que ya fue comentado anteriormente, es el que puede otorgar –en el nivel interno de cada estado– la rapidez y la legitimidad formal a las organizaciones sociales para la prevención y la denuncia de las vulneraciones de los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad.

Bibliografía

- Antigone (2000a), *Diritti in carcere*, Roma, Quaderni di Antigone,
- Antigone (2000b), *Limiti alla costrizione. Diritti umani e privazione della libertà personale. Meccanismi di tutela e prevenzione*, Roma, Quaderni di Antigone (a cura di Susana Marietti).
- Baratta, A. (1993), *Resocialización o Control Social. Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado*, República Federal de Alemania, Universidad del Saarland.
- Bergalli, R. (1999), *Hacia una Cultura de la Jurisdicción: Ideología de Jueces y Fiscales. Argentina, Colombia, España, Italia*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc.

- Bergalli, R.; Rivera Beiras, I. (2005), *La política criminal de la guerra*, Desafío(s) nº 1, Antrhopos, Barcelona.
- Bergalli, R./Rivera Beiras, I. (2006), *Torturas y abuso de poder*, Desafío(s) núm. 2, Anthopos, Barcelona.
- Bueno Arús, F. (1987), Las reglas penitenciarias europeas. En *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 238, Madrid, Ministerio de Justicia (ps. 11-18).
- Cadalso, F. (1922), *Instituciones Penitenciarias y similares en España*, Madrid, José Góngora Impresor (Biblioteca del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona).
- Cancio Meliá; Jakobs, G. (2006), *El derecho penal del enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires.
- Centro Universitario Devoto (1992), Proyecto CINAP y Proyecto CUD. En *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, nº 1.
- Coordinadora de Solidaridad con las Personas Presas (2005), *Muertes bajo custodia en el Estado español, 2001-2004*.
- Coordinadora para la Prevención de la Tortura (2005), La tortura en el Estado español, 2004 (www.prevenciontortura.org).
- Elías Ortega, J. (1993), *Movimientos sociales implicados: experiencias, situación actual y propuestas de actuación* (Salhaketa-Bizkaia), ponencia presentada al Encuentro sobre Nuevas Propuestas de los Movimientos Sociales (Vitoria-Gasteiz, 20 a 23 de mayo).
- Ferrajoli, L. (1990), *Diritto e Ragione. Teoría del Garantismo Penale*. Roma-Bari: Editori Laterza. Versión en castellano: (1995), *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Ed. Trotta (trad.: P. Andrés Ibáñez y otros).
- Ferrajoli, L. (1999), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Ed. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2004), *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Ed. Fontamara (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, dirigida por E. Garzón Valdés y R. Vázquez).
- Foucault, M. (1979), *Microfísica del poder*, La Piqueta, Madrid.
- Foucault, M. (1992), *Genealogía del racismo*, La Piqueta, Madrid.
- Ferrajoli, L. (1995), *Derecho y razón*, Trotta, Madrid.
- Habermas, J. (1992), *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid.
- Palma, M. (2006), "Objetivos y funcionamiento del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura". En Bergalli; Rivera (coords.): *Torturas y abuso de poder* (op. cit.).
- Rivera Beiras, I.; Silveira Gorski, H. (2006), "La biopolítica contemporánea ante los flujos migratorios y el universo carcelario. Una reflexión sobre el regreso de los 'campos' en Europa" (en prensa).
- Rivera Beiras, I. (2006), *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política(s) penitenciaria(s)*, Editores del Puerto, Buenos Aires.

Reflexiones acerca de la Acordada N° 4/2007 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Mariana Grasso**



El reglamento que motiva el presente comentario se dictó el pasado 16 de marzo y está destinado a regir una vez finalizada la feria judicial de invierno del presente año.

En particular, se propone un análisis de la cuestión desde la perspectiva que ofrecen los casos penales, no sólo por las características del vínculo procesal –siempre forzoso– que nace en el marco del ejercicio del *ius puniendi*, y por las consecuencias que podría acarrear sobre los sujetos pasivos de esa relación jurídica sino también por la eventual responsabilidad que podría derivar frente a la comunidad internacional allí donde los requisitos regulados pudieran obstar al último control jurisdiccional previsto en el ámbito interno en materia de debido proceso en sentido amplio.

Es importante aclarar, preliminarmente, que las observaciones que siguen se presentan a la luz de la experiencia de trabajo recogida en el ámbito de la Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de modo que se circunscriben a la consideración de los requisitos exigidos en torno al recurso de queja por denegación del recurso extraordinario federal.

I. Lineamientos generales de la Acordada N° 4/2007

Nos detendremos en el estudio de las disposiciones que han innovado en la materia.

Entre los recaudos formales introducidos se cuentan la extensión de los escritos; la necesidad de presentación de una carátula con constancia del objeto de la presentación, la enunciación precisa de la carátula del expediente, el nombre de quien suscribe el escrito y, en su caso, de sus representados, el domicilio constituido en la ciudad Buenos Aires, parte a la que representa, mención del organismo, juzgado o tribunal que dictó la resolución recurrida, fecha de notificación del pronunciamiento, mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal, con cita de las normas involucradas y de los precedentes de la Corte sobre el tema, amén de una presentación sintética de cuál es la declaración sobre el punto debatido que el recurrente busca obtener y finalmente, la cita de las normas legales que confieren jurisdicción a la Corte para intervenir en el caso.

De acuerdo con lo dispuesto en el inciso k del artículo 2

* El texto completo puede consultarse en la página oficial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: www.csjn.gov.ar.

** Secretaria Letrada. Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

no se considerará ninguna cuestión que no haya sido introducida en la hoja inicial.

Ya en la presentación propiamente dicha se exige la exposición en “capítulos sucesivos y sin incurrir en reiteraciones innecesarias” de la indicación de que la decisión proviene del Tribunal superior de la causa y que es definitiva o equiparable a tal; el relato claro y preciso de las circunstancias relevantes del caso que estén relacionadas con las cuestiones federales invocadas, con indicación del momento en el que se presentaron por primera vez (introducción y mantenimiento de la Cuestión Federal), invocación del gravamen actual, refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas y la demostración de la existencia de relación directa.

Las reglas para la interposición de la queja por denegación del recurso extraordinario incluyen una extensión no mayor a las *diez páginas*, con igual cantidad de renglones y tamaño de letra.

También se exige una carátula en hoja aparte en la que deben consignarse los datos previstos en el artículo 2, incisos a, b, c, d y e, y la mención del organismo, juez o tribunal que denegó el recurso extraordinario federal, la fecha de notificación, la aclaración de si se ha hecho uso de la ampliación del plazo (art. 158, CPCCN) y, asimismo, la exención del depósito legal.

El artículo 6 establece que el recurrente deberá refutar, en forma concreta y razonada, todos y cada uno de los fundamentos independientes que dan sustento a la resolución denegatoria y agrega: “El escrito tendrá esa única finalidad y no podrán introducirse en él cuestiones que no hayan sido planteadas en el recurso extraordinario”.

La queja debe ir acompañada de copias simples y legibles de la decisión recurrida mediante el recurso extraordinario federal, el escrito de interposición de ese recurso, el escrito de contestación del traslado en los términos del artículo 257, CPCCN, y la resolución denegatoria del recurso extraordinario federal (art. 7). La disposición culmina señalando que “Con el agregado de las copias a que se refiere este artículo no podrán suplirse los defectos de fundamentación en que hubiera incurrido elapelante al interponer el recurso extraordinario”.

Entre las observaciones generales (arts. 8 al 12) se cuentan la necesidad de transcribir el texto de toda norma que no esté publicada en el Boletín Oficial; se señala que la fundamentación del recurso extraordinario federal no puede suplirse mediante remisión a lo expuesto en actuaciones anteriores ni con una enunciación genérica y esquemática que no permita la cabal comprensión del caso.

Con arreglo al artículo 11, “En el caso de que el apelante no haya satisfecho alguno o algunos de los recaudos para la

interposición del recurso extraordinario federal y/o de la queja, o que lo haya hecho de modo deficiente, la Corte desestimará la apelación mediante la sola mención de la norma reglamentaria pertinente, salvo que, según su sana discreción, el incumplimiento no constituya un obstáculo insalvable para la admisibilidad de la pretensión recursiva. Cuando la Corte desestime esas pretensiones por tal causa, las actuaciones respectivas se reputarán inoficiosas. Del mismo modo deberán proceder los jueces o tribunales cuando denieguen la concesión de recursos extraordinarios por no haber sido satisfechos los recaudos impuestos por esta reglamentación”.

El artículo 12 establece que el régimen establecido en el reglamento no se aplica a recursos *in pauperis*.

II. Problemática de base. Responsabilidad internacional del estado en materia de garantías constitucionales y convencionales en el proceso penal. La competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación luego de la reforma constitucional del año 1994

Dado que la inobservancia de los requisitos acarrea la desestimación de los recursos involucrados, se coloca al defensor en una posición dilemática.

O bien renuncia a arbitrar agravios (recordemos que de acuerdo con la reglamentación comentada el recurso de queja por extraordinario denegado no puede introducir cuestiones que no hayan sido planteadas en el recurso extraordinario), con la consiguiente responsabilidad funcional, o bien los interpone con el consiguiente riesgo de que rechacen su recurso.

En el primer caso, se produce la paradoja de que no podría utilizar el remedio inter-

nacional, en la medida en que no agotó la vía interna¹. Esto pone al desnudo la inconstitucionalidad abstracta o genérica del instrumento, a la par de generar tensiones con la propia Ley de Ministerio Público –ley federal– (art. 60, LOMP) y, en función de ello, el artículo 120 de la Constitución Nacional.

En el segundo caso, la articulación de los agravios podría acarrear –claramente– un rechazo *in limine* del recurso, elemento que de algún modo u otro podría habilitar la eventual declaración de responsabilidad del Estado argentino por deficiencias en el ejercicio de la defensa.

Esta dinámica se asocia a la constitucionalización del grupo de tratados de derechos humanos incorporados a la norma de reenvío del artículo 75, inc. 22, y con el impacto que dicha reforma tuvo y tiene sobre la competencia del máximo Tribunal de justicia.

El reconocimiento de la jurisdicción internacional en materia de interpretación y aplicación de los tratados de derechos humanos que hoy cuentan con rango constitucional sumó un componente de control que es consustancial con el principio de subsidiariedad acuñado en los artículos 46.1.a, y 47.a de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Esta idea de una competencia ampliada es conseciente además con la obligación asumida por el Estado Argentino en el artículo 2 de la Convención Americana, en referencia a la adopción de “medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Si el rol de “último guardián de las garantías constitucionales” ya formaba parte del acervo competencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el nuevo paradigma la evitación de la instancia internacional deviene virtualmente inexcusable.

De hecho, en la práctica, el máximo Tribunal llegó incluso a alterar su competencia constitucional a la luz de esta dinámica.

Así, en el Expte. CSJN G.326.XLII, “Georqy, Todua” del 4/4/2006 la Corte se apartó de la disposición del 117 CN y, en aras de garantizar al justiciable su derecho al doble conforme, resignó la competencia originaria, constitucionalmente asignada.

¹ En este sentido, en el Informe 67/99, caso 11.738 del 4 de mayo de 1999, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos asentó: “El principio de subsidiariedad de la protección que otorga la Convención requiere que toda petición haya sido conocida previamente, en substancia, ante las instancias internas” (conf. Par. 34).

Si, prescindiendo de toda especulación sobre los alcances del control interno abrevamos en las fuentes de los organismos internacionales con competencia para establecer la eventual responsabilidad del Estado, encontraremos un patrón similar al propuesto en estas líneas.

Así, refiriéndose al principio de subsidiariedad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo: “el previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional” (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 61.)

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas reconoce la responsabilidad de los Estados no sólo por ineeficacia de la defensa oficial sino también en aquellos casos en que hubiera intervenido un defensor contratado privatamente por el justiciable o sus familiares, pues, aunque en estos supuestos no está en juego la actuación de funcionarios estatales, sí lo está la obligación de control que compete al juez de la causa (en este sentido: Henry y Douglas, 6.5; P. Taylor, 6.4; U. Lewis, 6.6; Werenbeck, 9.8; McLeod, 6.1; Daley, 7.3; Edwards, 5.2, citados por Rolando E. Gialdino en “Los Derechos Civiles y Políticos ante el Comité de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1995-2002”, publicación de la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina, N° 1, año 2002, p. 210).

Es por ello que, al condicionar los contenidos del recurso de queja por extraordinario federal, la Acordada podría obstaculizar el ejercicio de derechos humanos básicos, pues tanto por acción como por omisión podría redundar en la responsabilidad internacional del estado.

III. Conflictos normativos

Como ya se apuntó, cabe resaltar que la imposibilidad de introducir nuevos agravios en el contexto del recurso de queja por extraordinario denegado genera conflictos normativos específicos con ciertas disposiciones del bloque de constitucionalidad federal.

Así pues, la circunstancia apuntada implica que ciertas violaciones constitucionales no podrán ser articuladas si previamente no fueron introducidas por las defensas preactuantes en el recurso extraordinario federal. De este modo, se privilegian vallas rituales por sobre el concreto ejercicio de la defensa en juicio (art. 18, CN; art. 8, CADH).

En este sentido y de modo indirecto, también se violarían palmariamente las disposiciones cuya afectación no puede ser denunciada en el marco de la queja por extraordinario denegado así como el principio básico acuñado en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Si bien es cierto que el artículo 11 de la Acordada deja a

salvo el criterio general cuestionado y habilita una suerte de instancia de excepción, ésta no se relaciona más que con un criterio de “sana discreción” del Tribunal, ajeno a todo control de las partes.

III. La reforma desde la órbita de la jurisprudencia ancestral de la Corte en materia de inviolabilidad de la defensa en juicio y de gravedad institucional

La limitación impuesta y sobre la cual ya se hiciera referencia, es inconciliable –salvo que no se la aplique en el contexto que ocupa este comentario– con la jurisprudencia histórica del Tribunal en materia de inviolabilidad de la defensa en juicio (a modo de ejemplo, cf. Fallos, 5:549 del año 1868).

Así las cosas, también genera contradicción con el criterio político enarbolido en los casos de “Martínez, José Agustín” (Fallos, 310:2078) y “Núñez, Ricardo Alberto” (Fallos, 327:5095).

En este sentido, la Acordada entra en crisis con la obligación del letrado de sustentar toda manifestación de defensa material del justiciable que resulte mínimamente viable.

Razones elementales de equidad deberían jugar ampliando el principio general de Martínez pues resultaría inconcebible que el letrado deba sustentar pretensiones expresadas por el encausado y no pueda hablar en nombre de otros justiciables con menores conocimientos de sus derechos o de sus posibilidades estratégicas.

Pero, independientemente de lo apuntando, lo cierto es que la Corte Suprema reconoce la existencia de gravedad institucional allí donde pudiera derivar la responsabilidad del Estado ante la comunidad internacional.

Entre los precedentes más representativos se cuenta el caso “Riopar S.R.L.” (Fallos, 319:2411), Monges c/U.B.A. (Fallos, 319: 3148), o el precedente de Fallos, 322:875 y 327:5095, entre otros.

De acuerdo con esta doctrina de la Corte Suprema “reviste gravedad institucional la posibilidad de que se origine la responsabili-

dad del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales”.

No está de más señalar aquí que la doctrina de la gravedad institucional ha sido concebida, invariablemente, como causal de relajamiento de recaudos formales. De hecho, la doctrina se refiere al instituto como “válvula de escape” o como “llave” y hasta “ganzúa” procesal para la apertura del recurso².

En la misma línea se expidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en múltiples precedentes (acaso uno de los fallos más destacados en esta materia sea el sentado en el caso Mozzatti, Fallos, 300:111), llegando incluso a aducir la existencia de gravedad institucional pese a no ser expresamente invocada por el recurrente (en este sentido v. sentencia publicada en LL, 80-703, Cons. 7, citado por Sagués, Néstor Pedro, op. cit., p. 281, nota 14.).

De este modo, y más allá de los alcances concretos que pudieran otorgarse al reglamento que comentamos, lo cierto es que algunas de sus disposiciones podrían eventualmente entrar en contradicción con toda una tradición jurisprudencial en materia de garantías constitucionales básicas.

IV. Consideraciones de orden práctico

La experiencia de la Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación da cuenta de que los casos en los que eventualmente podría cumplirse con la totalidad de los recaudos previstos en la Acordada representan no sólo una minoría, sino además, un esquema de trabajo en el que se garantizó mínimamente el debido proceso y el acceso a la justicia.

Las mayores y más graves violaciones constitucionales advertidas desde este Ministerio se asocian, generalmente, a esquemas procesales que no podrían sortear las vallas impuestas en la Acordada.

Por caso, en un proceso en el que tres justiciables fueron víctimas del pase de corriente eléctrica sobre sus cuerpos, la gravitación de la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles Inhumanos y Degradantes así como del derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo no formó parte de los planteos introducidos en el recurso extraordinario federal.

² Cf. Sagués, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, t. 2, Ed. Astrea, 4º ed. Actual. y ampl., 1º reimpr., Buenos Aires, 2002, p. 280, y nota 4 con cita de Barrancos y Vedia.

Esta imposibilidad, como se apuntó, pone al descubierto la colisión de la Acordada con la vigencia de derechos convencionales que integran el bloque constitucional.

La extensión reservada para los recursos de queja equivale a anular la posibilidad de articulación de supuestos de arbitrariedad de sentencias no advertidos en instancias previas. Un ejemplo emblemático de este grupo de casos es el de Fallos, 327:3087 (caso de Luis Miguel Agüero y otros) en el que, el debate de hecho y prueba demandó de una extensión considerable, amén del desdoblamiento de recursos habida cuenta de la detección de intereses contrapuestos. Es importante destacar que la división de defensas recién tuvo lugar en la instancia de queja por extraordinario denegado, situación que no parece encontrar solución en el contexto de la Acordada.

En esta misma revista se ha publicado un dictamen presentado por la Dra. Stella Maris Martínez cuando todavía se desempeñaba como Defensora Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Alcaraz, en el que puede apreciarse que, lejos de encontrar un impedimento de procedencia del recurso, la falta de articulación del agravio relacionado con la violación al *ne bis in idem* en el recurso extraordinario federal llevó al Sr. Procurador General (en dictamen al que remitiera a la postre la Corte) a afirmar la existencia de un supuesto de vulneración a la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio.

Y es claro que, incluso prescindiendo de cualquier dato anecdótico, la presentación de la problemática constitucional en un caso de esas características nunca pudo cumplimentarse en las escasas diez páginas estipuladas en la Acordada pronta a regir.

En otro plano, la exigencia en punto a acompañar la “demostración de que el recurrente está exento de efectuar el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación” (cf. art. 5.i de la Acordada, que sólo podría obtenerse a partir de la resolución que concede el beneficio de litigar sin gastos) incorpora una carga adicional que, con la sola excepción de personas con alto poder adquisitivo, podría acarrear la pérdida del derecho al recurso pues la resolución que concede el beneficio de litigar sin gastos no suele dictarse en plazos procesales tan exiguos.

Como conclusión preliminar, al menos hasta que se conozcan los alcances prácticos de la reforma, podemos señalar que, en materia penal, el instituto del *certiorari* constituía una herramienta adecuada a los fines de la racionalización del trabajo.

En particular, la información estadística publicada en la página de la Corte Suprema da cuenta de que la incidencia de casos penales no representa más que el 3% del total de casos tramitados ante el Tribunal hacia el año 2005, incidencia que se reduce dramáticamente si se incluyen en el cómputo los casos previsionales.

La defensa del derecho a la identidad El rol facilitador de la Justicia. Consideraciones en torno a un caso

Carolina Paladini*



El derecho de acceso a la verdad sobre el propio origen, a más de transitar un camino común con gran parte de la legislación comparada que poco a poco permitió su avance sobre otros derechos, cobra en la historia de nuestro país un vigor particular. Es que la mejor defensa de un bien jurídico muchas veces nace en el dolor de su atropello.

El derecho a la identidad, fue reconocido por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño¹ (art. 8) y reafirmado en nuestro ordenamiento interno por la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes², en su artículo 11.

Al compás de las reformas legislativas, el rol de los administradores de Justicia ha sido fundamental en los avances habidos en materia de protección del derecho a la identidad. El excesivo rigorismo ritual, la rigidez de ciertos principios formales, deben flexibilizarse e incluso ceder cuando resulta necesario, ante el legítimo reclamo de quien accede a la jurisdicción para desentrañar la verdad sobre su origen.

Si bien frente a la procedencia de determinadas medidas, se puede alegar en contra que ponen en riesgo la seguridad jurídica, debe remarcarse en palabras del prestigioso procesalista Roland Arazi que “pueden existir valores de jerarquía superior a la misma seguridad. El principal problema del jurista actual es determinar entre diferentes valores, todos respetables, cuales deben prevalecer”³, para lo cual se hace entonces necesario en cada caso particular efectuar una prudente ponderación, sopesando los distintos valores y derechos en cuestión, priorizando aquellos que en la situación concreta merecen un mayor protección judicial.

En definitiva, debe privilegiarse una tutela integral, eficaz y oportuna de los derechos fundamentales de modo que sea posible prevenir daños mayores e irreparables. Es que prevenir el daño o su agravamiento, constituye una de las funciones más elevadas del derecho, para cuya concreción es menester contar con un procedimiento ágil, adaptable a la urgencia inherente al caso.

En esta inteligencia, cabe recordar como lo tiene dicho nuestro más Alto Tribunal: “Las formas a que deben ajustarse los procesos han de ser sopesadas en relación con el fin último al que estos se enderezan, o sea, contribuir a la más efectiva realización del derecho”⁴.

* Defensora Pública de Menores e Incapaces, titular de la Defensoría N° 7.

¹ Incorporada a la normativa argentina por la ley 23.849 y elevada a rango constitucional en la nueva Constitución argentina de 1994 (art. 75, inc. 22).

² Sancionada el 28 de septiembre de 2005. Promulgada de hecho el 21 de octubre de 2005. Publicada en el Boletín Oficial 30.767 del 26/10/2005.

³ Roland Arazi, *Derecho procesal civil y comercial*, t. II, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 173.

⁴ CSJN Fallos 312:623.

Ejemplo cabal de la necesidad de flexibilidad en la defensa del derecho a la identidad –donde más de una vez resulta complejo, cuando no imposible, acreditar la verosimilitud del derecho–, se constata en el caso traído a estudio, pues el Tribunal partió de una postura rígida con el rechazo de las medidas cautelares requeridas, que luego mutó parcialmente, para acceder finalmente a la medida de prueba anticipada de ADN.

Se trata de un joven de diecisiete años de edad, que al poco tiempo de fallecer su progenitora, se enteró que “su padre no era su padre”⁵. En el lapso de un mes, L. no sólo perdió a su madre, sino que se enfrentó al interrogante sobre su filiación paterna y sumado a ello, supo que su presunto progenitor biológico también había fallecido recientemente.

Pese al estado de shock y a la indudable commoción emocional, el adolescente siempre sostuvo su deseo de “saber quién es, cuál es su origen, su identidad”. En las reiteradas entrevistas mantenidas con L. en sede de la Defensoría Pública de Menores, resultó patente su necesidad y deseo, más allá del costo emocional, de conocer su verdadero origen. La real conciencia, en medio del dolor, de la importancia de reconstruir la historia personal, muchas veces tomó la forma de un profundo miedo: “si creman el cuerpo nunca voy a saber quién soy”. Con 17 años, el joven insistió en conocer sus raíces, pues sólo de este modo podría desarrollar su personalidad y seguir adelante. Y en esta búsqueda fue acompañado en todo momento por aquél a quien sigue llamando papá.

La noticia fue dada por la abuela materna, que rompió el pacto de silencio acordado hasta los 18 años del joven, pues con más de 80 años de vida, temió que tras la muerte de su hija el “secreto familiar nunca saliera a la luz”.

La expresión secreto familiar aparece repetidamente en el relato de abuela y nieto, y toma la forma de velada excusa o justificativo para mantener la verdad oculta tantos años: se sostuvo el engaño para proteger al matrimonio, a la familia, e incluso al niño mismo.

Lo cierto es que tanto el joven como su padre, aun en proceso de duelo, decidieron presentarse ante la Justicia en búsqueda de la verdad. Frente a ello, dadas las circunstancias fácticas, se planteaban diversas vallas procesales: si bien en principio el padre podía en representación del hijo promover la acción sobre filiación, difícilmente podía aceptarse su actuación en calidad de actor y demandado en la acción de impugnación de paternidad que forzosamente debía iniciarse en forma simultánea.

Las dificultades del caso se acrecientan en tanto el cuerpo del padre alegado se encontraba en la Morgue Judicial a disposición de un Juzgado de Instrucción por investigación de muerte dudosa, sin que hasta aquél momento se hubiera iniciado juicio sucesorio ni se encontraran identificados los posibles herederos. Es decir, no se había individualizado un potencial demandado en la filiación.

⁵ Las expresiones entrecerrilladas surgen de actas donde se han transcripto los relatos del joven y de su abuela.

Así las cosas, el Sr. R.I.S. promovió en representación de su hijo L.S., actuaciones sobre filiación sujetas a la identificación de los eventuales demandados y las actuaciones “S., R.I. s/Medidas Precautorias”, en trámite por ante un Juzgado Nacional en lo Civil de la Capital Federal. Allí solicitó, ante el riesgo de cremación del cuerpo del presunto progenitor biológico, la urgente realización de los estudios genéticos necesarios para determinar o descartar el vínculo de paternidad entre el menor de edad L.S. y el Sr. S.

Corrida vista a la Defensoría Pública de Menores interviniante y dadas las particularidades del caso, se dictaminó previa entrevista con el adolescente y su padre legal, acotando el requerimiento a la extracción e identificación de material orgánico del cuerpo del difunto suficiente e idóneo para asegurar la futura producción de la prueba genética de ADN en el marco procesal adecuado.

El Tribunal denegó las medidas peticionadas por considerar que no se encontraba acreditada la verosimilitud del derecho, sosteniendo la magistrada actuante que los hechos denunciados en el inicio “constituyen meras manifestaciones del presentante”.

Se reproduce a continuación el dictamen de la Defensoría Pública de Menores en el que se interpuso –con éxito– recurso de revocatoria contra dicho decisorio⁶:

“Señor Juez:

I. Acompaño copia certificada de acta labrada en esta Defensoría en el marco de las actuaciones conexas sobre filiación en las que cité a mi representado e informe.

II. En virtud de la vista conferida, me notifico de lo dispuesto por V.S. a fs. 27, e interpongo a su respecto, en los términos del art. 238 del Código Procesal, recurso de revocatoria.

Cabe señalar que ‘el recurso de revocatoria constituye el remedio procesal tendiente a obtener que, en la misma instancia donde una resolución fue emitida, se subsa-

nen, por contrario imperio, los agravios que aquella pudo haber inferido. El mismo se halla instituido en miras a la enmienda de los errores de que pueden adolecer las resoluciones, que dentro de la categoría de las ordenatorias, son las que menor trascendencia revisten durante el curso del proceso y para cuya reconsideración resulta excluida la necesidad de un trámite complejo y la intervención de órganos superiores’ (conf. Palacio, Lino Enrique, ‘Derecho Procesal Civil’, T V, págs. 52 y sgts., N° 530 a 532, Fenochietto - Arazi, ‘Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Concordado’, T 1º, pág. 7).

III. Fundo el recurso interpuesto en la defensa del derecho a la identidad de mi representado, constitucionalmente consagrado en el art. 8.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño: ‘Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas’.

Note V.S. que las presentes medidas precautorias se promueven con la finalidad de asegurar y conservar el medio de prueba que permitirá a L. hacer efectiva dicha garantía constitucional en lo futuro y en el marco de las acciones de fondo correspondientes (impugnación de paternidad y filiación).

La suscripta no ha requerido como medida cautelar la realización de la prueba biológica de tipificación del ADN, sino únicamente la conservación del material orgánico que posibilitará oportunamente la producción de la prueba y la eventual constatación del vínculo de filiación entre mi representado y el Sr. S. La urgencia está dada por el fallecimiento de éste último y por el riesgo de que su cremación imposibilite las pruebas biológicas de la paternidad. El cuerpo permanece a la fecha en la morgue judicial, no ya en razón de la muerte por causa dudosa que motivara la prosecución de actuaciones judiciales ante el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 27, sino a la espera de una resolución judicial en las presentes (ver informe acompañado).

⁶ Si bien inicialmente se dispuso únicamente con carácter de medida cautelar “decretar prohibición de cremación de quien en vida fue R. S.”, el 19 de febrero de 2007 el Tribunal resolvió ordenar la realización de la prueba inmunogenética (ADN).

a) El derecho a la identidad de L.

Con sujeción al derecho del joven a obtener la correcta determinación de su filiación y, consecuentemente, el emplazamiento jurídico de la misma, es que se promueven las presentes medidas precautorias.

Se postula así la protección de un aspecto del derecho a la identidad en sentido estricto, el cual comprende ‘el que no sea perturbada, el hacerlo valer erga omnes y, como principio y punto de partida, el derecho a conocerla y a que sea determinada legalmente’ (María Josefa Méndez Costa, ‘Encuadre legal del derecho a la identidad’, Estudios en honor de Pedro J. Frías, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1994).

En efecto, la pretendida obtención y conservación de material orgánico del progenitor alegado tiene por única finalidad permitir a mi representado hacer efectivo el goce de su derecho a la identidad. Porque para que este derecho supere el nivel de la predicción y sea tangible, debe facilitarse el acceso a la verdad que L. busca y que sólo será asequible si se cuenta con los medios de prueba que lo permitan.

En punto al derecho a la identidad se ha dicho que ‘conlleva y exige, en desarrollada conexión inescindible y para evitar su reducción a letra meramente declamada y por ende muerta, la admisibilidad, en los procesos que lo tienen por objeto, de aquellos medios de prueba tendientes a la ya señalada correcta determinación de la filiación y de su consecuente emplazamiento de entre los cuales ha de asignársele especialísima trascendencia a las genéticas –especie de las biológicas– por el actual nivel de su seguridad diagnóstica’. (Julio Luis Gómez, ‘Compromiso del derecho a la identidad del demandado en la producción de la prueba biológica –en la especie genética– ofrecida por el actor en proceso por su filiación’, en Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia, Abeledo-Perrot, Nro. 11, pág. 63/64).

Si bien no se discute aquí la admisibilidad de la prueba sino la conservación con carácter cautelar de material orgánico para su posterior realización, no asegurar su producción futura en el marco de las acciones de fondo se traduciría en idéntica reducción a letra muerta del derecho a la identidad de mi representado.

En este sentido, entre los principios generales del proceso de familia, la doctrina ha sostenido la aplicación del ‘favor probaciones’, el cual implica un criterio amplio a favor de la producción, admisión y eficacia de las pruebas.

‘Así, si se repara en las dificultades que apareja, por ejemplo, la demostración del adulterio, la filiación, la impotencia, etcétera, fácilmente se concluye que el Derecho y en particular el derecho procesal familiar, ha debido encontrar nuevas técnicas para permitir y favorecer la reconstrucción de hechos que, como los mencionados, no suceden a la luz del día ni a la vista de terceros y se rodean, antes bien, de

recaudos que deliberadamente apuntan a impedir su prueba o a tornarla muy dificultosa, sin perder de vista que alguno de ellos sólo podrán ser reconstruidos mediante el empleo de complejas técnicas, ajenas, por lo general, al saber común del magistrado y al científico o técnico de los peritos (v.gr., determinación de la paternidad pro el sistema de ADN) que colaboran con aquél'. (Jorge L. Kielmanovich, 'Procesos de Familia', Abeledo-Perrot, pág. 21).

L., con 17 años, ha manifestado en el ámbito de esta Defensoría la gran conmoción, la comprensible turbación emocional, que le provocó, apenas transcurridos días desde la muerte de su madre, tomar conocimiento a través de las manifestaciones tanto de gente de su entorno familiar –abuela y tía maternas–, como de allegados del Sr. S., que su progenitor biológico no era quien toda su vida fue tenido por tal sino otro. Sin embargo, ha expresado asimismo que desea saber la verdad y seguir adelante con las actuaciones judiciales que así lo permitan.

'Poder conocer la propia génesis, su procedencia, es una aspiración connatural al ser humano, que incluyendo lo biológico, lo trasciende. La búsqueda de sus raíces da razón de ser al presente a través del reencuentro con una historia individual y grupal irrepetible, resultando esencial en las etapas de la vida en las cuales la personalidad debe consolidarse y estructurarse'.

'El normal y armónico desarrollo psicofísico exige respuesta a los interrogantes vitales que se plantean. En la verdad biológica personal está en juego la dignidad de la persona y esto tiene que ver con la posibilidad de elegir libremente un proyecto de vida. Dignidad y libertad son dos cuestiones fundamentales que resultan comprometidas cuando el acceso a la verdad es obstruido de una u otra forma'. Teniendo en cuenta que es precisamente a través de la determinación de la filiación, como categoría jurídica, que podrá asegurarse a mi representado su derecho a la identidad personal en referencia a la realidad biológica y que para ello debe posibilitarse la producción de la pertinente prueba biológica, conforme lo establece el art. 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, deben

adoptarse todas las medidas posibles para dar efectividad a los derechos allí reconocidos.

En tal sentido son las resoluciones judiciales, los instrumentos idóneos para velar por el correcto cumplimiento y real efectividad de las garantías constitucionales que se encuentran en juego en las presentes actuaciones (arts. 7 y 8 de la citada Convención).

b) El derecho contrapuesto a la paz e intimidad familiares

Ya ha sido ampliamente admitida la disposición de pruebas biológicas, particularmente la de tipificación del ADN, respecto de personas fallecidas a través de la obtención de muestras del cadáver del presunto padre.

En estos casos, 'se ha confrontado el interés del actor que, al promover la investigación de la paternidad, pretende establecer su identidad, con el interés por salvaguardar la paz e intimidad familiares que exigen el respeto por el cadáver. En la confrontación se ha considerado que si bien el interés de los familiares se traduce en el derecho personalísimo a disponer de los restos mortales y a preservar la memoria del difunto, tal derecho no sufre mengua ni avasallamiento en razón de que se disponga obtener muestras del cadáver para posibilitar la realización de la prueba de tipificación del ADN' (Eduardo A. Zannoni, Derecho de familia, Astrea, 2002, Tomo 2, págs. 505/506).

Aun en el supuesto en que se requiere la exhumación del cadáver –innecesaria en este caso–, ha prevalecido el interés del actor en el juicio de reclamación de la filiación, pues se basa en el derecho de jerarquía constitucional de preservar su identidad (CNCiv., Sala A, 28/2/94, LL, 1995-A-378).

Si bien hasta la fecha se desconoce la postura de los potenciales afectados, de quienes aún no se ha logrado la identificación, es importante destacar que aun frente a una negativa explícita de los mismos prevalecería el derecho a la identidad de mi defendido.

c) Objeto de la medida cautelar

Tal como surge de autos, a fs. 14 este Ministerio Público limitó la pretensión inicial de producir anticipadamente la prueba genética a fin de determinar la existencia de

filiación biológica entre L. y el Sr. S., a la identificación y conservación del material que resulte idóneo para eventuales pruebas de ADN en lo futuro.

No escapa a la suscripta que el procedimiento cautelar sirve para garantizar el buen fin de otro proceso. En el caso de autos, el joven ha sido oído en la Defensoría y manifestado expresamente su deseo de conocer su origen y determinar su identidad biológica, derecho que en palabras del Doctor Petracchi es una aspiración connatural al ser humano en la que está involucrada la dignidad de la persona (CSJN, 13/11/90, DE, 141-263). Es decir que la accesорiedad de la medida está dada ni más ni menos que respecto de acciones tendientes a determinar la filiación de L. Ya han sido iniciadas acciones sobre filiación en las que resultan demandados los herederos del Sr. S., y aunque no fueron promovidas previa o simultáneamente las de impugnación a tenor de lo normado por el art. 252 del Código Civil, este Ministerio Público instará las mismas en representación de L.

Por lo tanto, las presentes medidas precautorias tienen por objeto conservar un medio de prueba crucial en el marco de las acciones de fondo, pues su pérdida implicaría la imposibilidad de constatar la paternidad alegada, máxime teniendo en cuenta lo expuesto en el escrito de inicio en cuanto a la ausencia de otros parientes vivos que permitan realizar los estudios genéticos (ni abuelos ni tíos).

d) Verosimilitud del derecho

Este presupuesto básico que exige el dictado de una medida cautelar, no se trata de la certeza absoluta ni requiere la prueba terminante y plena del mismo, sino la posibilidad razonable de que ese derecho exista (CNCiv, sala B, 4/7/91, DE, 146-177). En efecto, así lo ha señalado V.S. en la resolución cuya revocación se pretende.

Las manifestaciones del presentante en el escrito de inicio y las que en sentido coincidente efectuó personalmente mi representado (ver acta acompañada) dan cuenta de cantidad de expresiones contestes, tanto dentro del contexto familiar del joven como del entorno del Sr. S. No se cuenta en este caso con la posibilidad de un relato de los hechos materno, ni tampoco del padre alegado, ambos fallecidos, pero aunque se contara con los mismos seguiríamos sujetos a ‘meras manifestaciones’.

¿De qué modo podría mi representado acreditar la verosimilitud del derecho más que con el relato de los hechos? ¿Qué más puede hacer que exponer las circunstancias en que se enteró de que ‘su padre no era su padre’ y dar los nombre de aquéllos que se lo dijeron? Él sólo cuenta con la referencia al ‘secreto familiar’ que le fue ocultado durante años, y con el apoyo del Sr. R.I.S., aquél que fue legalmente emplazado como padre y lo sigue siendo a la fecha.

Es que precisamente las presentes actuaciones tienen

por finalidad la obtención del material que permitirá la producción de la prueba misma de la paternidad. Sin este material, la prosecución de acciones tendientes a determinar la filiación de L. carecerán de sentido práctico, pues sabido es que en la actualidad son las pruebas de HLA y de tipificación de ADN las que permiten afirmar la existencia de paternidad o maternidad con un elevado grado de certeza y se han constituido así en pruebas prácticamente irreemplazables, máxime en un caso como el presente donde la progenitora y el presunto progenitor biológico han fallecido.

e) Peligro en la demora y ausencia de perjuicio

El requisito básico de peligro en la demora se da en este caso por el riesgo de que el cuerpo del Sr. S. sea entregado a sus familiares y éstos, en total uso de su libertad, opten por la cremación del mismo.

Como bien ha señalado la doctrina, el peligro puede resultar de la propia cosa a cautelar, ‘cuya guarda o conservación de requiere para asegurar el resultado de la sentencia definitiva’ (Roland Arazi, *Medidas Cautelares*, Astrea, 1999, pág. 8). Resulta innecesario sobreabundar en la necesidad de conservar material orgánico del cadáver del padre alegado para asegurar –ya no el cumplimiento de la sentencia– sino la misma posibilidad de arribar a ella.

Por otra parte, es frecuente la consideración del perjuicio que la adopción de la medida cautelar conlleva, restringiendo su dictado a mayor daño y flexibilizándolo cuando es menor. En las presentes, siquiera se pretende la producción de la prueba anticipada, sino que apenas se peticiona la conservación de la muestra de ADN que puede obtenerse con cualquier materia orgánica (piel, cabellos, etc.).

Bastará la correcta identificación y puesta a resguardo de un ‘cabello’ del demandado para asegurar a L. la posibilidad de acceder a la verdad sobre su origen y no quedar sumergido en la incertidumbre con el consecuente daño para su psiquismo que ello puede provocar.

IV. Por los fundamentos expuestos, este Ministerio Público solicita que V.S revoque por contrario imperio la resolución de fs. 27 y haga lugar a lo solicitado por la suscripta a fs. 14 y por la parte a fs. 16, punto IV y V (conf. art 238 del CPCC).

En subsidio, para el caso de no prosperar el recurso de revocatoria interpuesto, apelo”.

El pronunciamiento judicial al que se arribó como consecuencia de los planteos formulados desde la Defensoría con fundamento en el derecho de L. de conocer su realidad biológica reafirma una vez más la importancia de considerar el carácter operativo de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales suscriptos por nuestro país como Estado parte.

En este sentido, el rol de los operadores del Sistema Judicial y fundamentalmente de la Defensa, resulta decisivo para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que el Estado ha asumido, pues de otro modo los principios consagrados por la Convención sobre los Derechos del Niño corren el riesgo de convertirse en meras declamaciones.

No puede dejar de soslayarse la trascendencia del fallo en cuestión, que no sólo significó un logro en la defensa del derecho a la identidad, sino que fue una verdadera respuesta a los deseos y necesidades que el mismo L. pudo transmitir en las entrevistas mantenidas en la Defensoría, en la que se le brindó el espacio que él necesitaba para expresarse libremente.

El rol del defensor de menores e incapaces en lo Civil, en la protección del patrimonio

María Teresa Porcile de Veltri*



La sanción de la ley 24.946 aseguró a la sociedad la posibilidad cierta de acceder a un genuino derecho de defensa gratuito, eficaz y constante. De esta manera, la Defensa Pública, se convirtió en un paladín de la justicia, asegurando la custodia de los derechos de todos los ciudadanos, sin distinción de nacionalidad, credos ni razas. La figura del Defensor Oficial, presente en infinidad de juicios orales y procesos penales, de los cuales dan cuenta constantemente distintos medios periodísticos, fue ganando popularidad y, a la vez, confianza y credibilidad por el profesionalismo puesto de manifiesto por cada uno de ellos en el diario desarrollo de su Ministerio. Desde este enfoque, y para el común denominador del pueblo lego, Defensa Pública es sinónimo de defensa penal.

No obstante, también cabe destacar la labor que desarrollamos a diario, ante la justicia civil que comprende los fueros patrimonial y de familia, como así también en lo comercial y laboral, los Defensores Públicos de Menores e Incapaces en virtud de lo preceptuado por el artículo 54 de la misma ley 24.946 y el artículo 59 del Código Civil.

En este breve artículo, dedicado exclusivamente a los temas de contenido patrimonial, sólo presentaré ejemplos concretos del accionar del Ministerio Público de la Defensa, demostrativos de la importancia de dicha intervención pupilar, ya sea promiscua o directa, en las actuaciones en las cuales los menores de edad y los incapaces (presuntos o declarados) son parte o se encuentran afectados directa o indirectamente.

El abanico de posibilidades de defensa que se presenta a diario a la única Defensora Pública de Menores e Incapaces que actúa ante las Excmas. Cámaras de Apelaciones en lo Civil, en lo Comercial y del Trabajo, y a los siete Defensores Públicos de Menores e Incapaces de Primera Instancia de idénticos fueros son infinitas, cada vez más complicadas y para la cuales se requieren soluciones que contemplen los intereses encontrados de los distintos bienes a tutelar.

Debe ponderarse que los mencionados magistrados intervenimos en todos los expedientes donde un menor o incapaz sea parte, y que tramitan ante los 24 Juzgados Civiles de Familia; 86 Juzgados Civiles Patrimoniales; 26 Juzgados Comerciales y los 80 del Trabajo, más las audiencias previstas por la ley 24.270, que tramitan ante los 14 Juzgados en

* Defensora Pública de Menores e Incapaces, titular de la Defensoría de Menores e Incapaces número 5.

lo Correccional, amén de las innumerables intervenciones extrajudiciales que por diversos motivos llegan a conocimiento de la Defensa Pública, y que muchas veces evitan la judicialización del conflicto.

Cierto es que desde la sanción de la ley 26.061 disminuyeron sensiblemente las actuaciones en las otras “protecciones de personas”, actualmente *ab initio* bajo la órbita administrativa del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA). No obstante, en la mayoría de los casos, concluyen de todos modos por pedido del órgano de aplicación, como acciones judiciales tendientes a decidir la legalidad de las medidas adoptadas en la mencionada sede gubernamental. De esa manera, surge nuevamente la necesidad de intervención en el expediente por parte del Ministerio Pupilar.

Resultaría tedioso incluir en este escueto ensayo una reseña completa y acabada del accionar del Defensor de Menores e Incapaces en cada fuero y en cada tema específico en que debe dictaminar. Por ello utilizaré una metodología vinculada con el objeto de defensa, dividiendo los intereses de nuestros representados en patrimoniales y no patrimoniales, como ocurre con los Juzgados Civiles, que desde hace muchos años adoptaron esa especificidad como una forma de optimizar el servicio de justicia.

Señalo que, desde lo personal, siempre pensé que esa división debía aplicarse también a las Defensorías, aún sin crear nuevas y utilizando algunas de las siete ya existentes para actuar ante los Juzgados Civiles de Familia, y consecuentemente en las audiencias previstas por la ley 24.270 ante los Juzgados Correccionales, y las restantes para los Juzgados Civiles Patrimoniales, Comerciales y Laborales.

Los temas a tratar, en ambos casos, revisten la misma importancia, pues en unos están en juego los afectos, las relaciones intrafamiliares o la capacidad del individuo, es decir aspectos estrictamente relacionados con lo personal. Algunos temas de los juzgados de familia contienen elementos del patrimonio (entre ellos alimentos o bienes de los insanos), mientras que en otros, se preserva el patrimonio de un menor o incapaz.

Ante la diversidad de situaciones puestas de manifiesto opto, en esta oportunidad, por el tratamiento de las causas con contenido estrictamente patrimonial, en las que ese interés a tutelar por el Ministerio Público lo es sin perjuicio de la previa intervención de sus representantes legales –padre, madre, tutor o curador– con el correspondiente asesoramiento y patrocinio letrado que, en la mayoría de los casos, concuerda con el interés superior de nuestros pupilos, pero en muchas otras no ocurre así, o se utilizan criterios facilistas que solucionan el problema en el momento sin prever el futuro del niño o del incapaz.

Haré algunas reflexiones, meramente enunciativas y

desde la práctica diaria, para avalar mis opiniones y generar inquietudes que permitan el debate positivo y fecundo en beneficio de la Defensa Pública.

Es público y notorio que, en los últimos tiempos, han proliferado notablemente las demandas por daños y perjuicios, que obedecen a un sin número de causas. Por ejemplo:

a) Accidentes de tránsito en los que el menor o incapaz es perjudicado directo y, consecuentemente, soporta el daño y sus secuelas; o bien otros en los cuales la víctima es su padre o madre, por lo que surge el resarcimiento a su favor como derechohabiente, pérdida de chance o cualquier otra forma de origen de responsabilidad.

b) Reclamos originados en mala praxis médica, puede ser durante el nacimiento, que por lo general inhabilita al niño de por vida y obliga a sus padres a afrontar importantes gastos para proporcionarle a su hijo una módica calidad de vida que, en muchas ocasiones, no pueden ser afrontados. En estos casos, es frecuente encontrarse con acuerdos –celebrados entre los padres y las compañías de seguros o los demandados, con asistencia letrada– cuya homologación se insta en sede judicial, con la necesaria intervención del Defensor de Menores e Incapaces. Si se tomaron todas las precauciones desde lo técnico, de modo de saber cuáles son los daños, las secuelas o los posibles tratamientos para establecer un resarcimiento acorde, sólo resta ponderar la equidad de los honorarios profesionales y, en todo caso, oponerse a su homologación o plantear la nulidad si correspondiere.

Pero ocurre con frecuencia que los montos indemnizatorios acordados por los representantes legales, no coinciden con las necesidades futuras de nuestros pupilos. Los aceptan, por lo general, apremiados por la imposibilidad de contar con dinero en el momento del infortunio. Es allí donde el Ministerio debe extremar los recaudos con el objetivo de que la necesidad económica acuciante, no conspire contra la posibilidad de disfrute futuro.

Así se dispone la realización de informes ambientales –a cargo del servicio social de la defensoría– o se requiere la intervención de expertos oficiales (médicos, psicólogos, contadores ambientalistas, químicos o cualquier otro profesional especialista en las distintas disciplinas), para que emitan su dictamen y contar con elementos ciertos para evaluar así la conveniencia de prestar o no conformidad con el monto acordado. Es práctica usual, también, mantener entrevistas en la Defensoría con los representantes legales, sus abogados y la obligada al pago, a fin de mejorar las propuestas para que éste se cumplimente, y a la vez adecuar los honorarios profesionales, metas que prácticamente siempre se cumplen.

En otras tantas ocasiones, la audiencia referida se realiza en el Juzgado, de modo de acelerar la resolución. Recuerdo un caso puntual en el que la propuesta de homologación de convenio, venida en vista en un expediente en trámite por ante un

Juzgado Civil, se refería a una incapacidad parcial motora sufrida por un joven en un accidente de trenes, y consistía en el pago de \$15.000, que se transformaron en \$90.000 al finalizar la audiencia en el Juzgado y luego de evaluar diversas contingencias procesales.

c) Otro tema que, últimamente, requiere mayor intervención del Defensor Público, sin perjuicio del de representación necesaria legal, es el vinculado con la ejecución por falta de pago de expensas. Cuando un menor o incapaz es titular de dominio o condómino de la unidad en litigio, dado el carácter ejecutivo de este proceso, cuando se confiere la vista, frecuentemente, éste ya se encuentra en vías de ser subastado. Allí, entonces, en caso que corresponda, se plantea la nulidad de lo actuado sin la intervención promiscua del Ministerio Pupilar, o se esgrimen las defensas que hubiere lugar. Se cuestionan, por ejemplo, los intereses por lo general mal calculados o que exceden las tasas en vigencia, pero fundamentalmente se intenta, y por lo general se logra, un acuerdo con la Administración del Consorcio, a fin de disminuir la deuda, obtener un pago en cuotas, vender la unidad para adquirir una más pequeña, o de menor valor, o se procuran distintas soluciones en beneficio del representado, según los casos y las circunstancias que le permitan asegurar su habitación. En situaciones extremas se solicita también la intervención del GCBA, con la intención de que a través de sus distintos programas solucione –mediante créditos, subsidios u otros recursos– la emergencia habitacional del menor o incapaz.

d) En otra oportunidad –y también vinculado con el aspecto habitacional –se logró, con idéntica intervención del GCBA, la remodelación de una vivienda cuya propietaria, condómina con un hijo menor de edad, había sido demandada por oposición a la ejecución de reparaciones urgentes (art. 623 ter, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), luego de un arduo trabajo en el que intervino la Secretaría de la Defensoría, quien realizó diversas gestiones ante el Consorcio y distintos organismos, logrando finalmente la reparación y asegurando así la vivienda del menor de edad y su madre.

e) También es frecuente asumir la repre-

sentación promiscua de menores de edad o incapaces en las ejecuciones hipotecarias, o en las cancelaciones de hipotecas a fin de evitar la subasta de inmuebles. En estos casos, es habitual que la representación necesaria no haya agotado todos los recursos defensivos o las negociaciones para evitar males mayores, no se hubieran agotado. Con audiencias en la defensoría, interviniendo las partes interesadas y el Ministerio, por lo general, se arriban a acuerdos que permiten, a través de quitas, esperas o ventas extrajudiciales –sujetas a aprobación judicial – salvaguardar el patrimonio del representado. Lo mismo ocurre en los juicios sucesorios, en los que deben realizarse los bienes para efectuar la división hereditaria entre condóminos o simplemente porque es necesaria la venta del bien relicto por diversos motivos. En estos supuestos se defiende fundamentalmente el precio y las condiciones de venta, se fiscalizan los gastos y honorarios –por venta o escrituración– que deba afrontar el menor o incapaz y se controla, muy especialmente, que el posible remanente dinerario a su favor, sea depositado en Banco Nación, a nombre de los autos y a la orden del Juzgado, en plazo fijo en dólares, renovable automáticamente a su vencimiento –por lo general a 30 días– hasta que su representante legal propone otra inversión más conveniente a los intereses tutelados que, en ese momento, será evaluada nuevamente por el Ministerio Pupilar.

f) Vinculado con las inversiones, destaco el trabajo de la Defensa Pública en el tristemente célebre tema “corralito”. En ese momento, y hasta la actualidad, intervenimos oponiendo la defensa de la intangibilidad de los depósitos en dólares cuando la cuenta está a disposición de un juez, a fin de obtener una orden judicial que permita mantener los depósitos “intactos”, oponiéndonos a la pesificación propuesta por las entidades bancarias. Aunque parezca de perogrullo, en muchos casos, los representantes legales no esgrimen la defensa en el mismo expediente en el que se encuentra el depósito, sino que efectúan presentaciones mediante la vía de amparo –o simplemente no lo plantean– quedando, entonces, a cargo del Ministerio Pupi-

lar, con su dictamen, solicitar la aplicación de la normativa vigente para los depósitos judiciales, con lo que se logra la preservación del patrimonio en su valor real de origen, es decir en dólares billetes, que tienen una cotización de mercado mayor al que se le acuerda judicialmente y que, obviamente, redundaría en beneficio del patrimonio tutelado.

g) Los procesos falenciales (quiebras o concursos) también llegan en vista a las Defensorías, cuando algún menor o incapaz se encuentra involucrado. En estos casos, por lo general, la intervención se debe a que nuestro representado es acreedor, deudor, cesionario, heredero, legatario, donatario o titular de bienes integrantes de la masa de la quiebra o concurso de modo que la intervención resulta insoslayable y cobra vital importancia en los avenimientos o en los incidentes de realización de bienes. Cuando se llega a la situación límite de enfrentar estos juicios universales, las expectativas de cobro o recupero del patrimonio se vislumbran como imposibles y, en consecuencia, los representantes legales no luchan con la misma fuerza. Es en esas ocasiones cuando la Defensa Pública debe intervenir esgrimiendo la protección promiscua del patrimonio del menor o incapaz.

Independientemente del tipo de proceso universal antes descripto, la justicia comercial abarca un abanico de acciones que involucran a nuestros representados, cuyos derechos debemos resguardar con nuestras intervenciones. En oportunidades hemos acompañado la gestión letrada de los representantes legales, interponiendo excepciones que no se habían esgrimido oportunamente, planteando nulidades, reconveniones y otros recursos, a fin de retrotraer la instancia y colocar a nuestro tutelado en mejores condiciones de negociación. También hemos participado de asambleas de sociedades anónimas y Consorcios, a fin de defender *in situ* el legítimo interés que debemos proteger.

h) Este fenómeno de la necesidad de la participación activa del Ministerio Público se produce muy frecuentemente en las sucesiones, en las cuales es necesario acudir a la partición del acervo hereditario, y también en las audiencias de conciliación en los juicios ante la justicia del Trabajo. En ambos casos se discute la forma en que el menor o incapaz se encuentre con su patrimonio. Por lo general, los juzgados recurren al sistema de audiencia a la que somos convocados. Parecería que la presencia del Defensor en estos casos, en los términos del artículo 59 del Código Civil, coadyuva a lograr, en el mismo momento, un acuerdo compatible con los intereses que representamos que, de otro modo, se verían sometidos a una larga disputa judicial.

i) En los últimos tiempos apareció un nuevo fenómeno que motiva la interposición de amparos, o medidas cautelares por los representantes legales, a fin de preparar la vía de un resarcimiento económico y hacer cesar actitudes que alteren derechos personalísimos del menor o incapaz. Me refiero

al derecho a la intimidad, frecuentemente avasallado por los medios de difusión. En estos días debimos intervenir en una demanda contra varias revistas de actualidad a fin que se abstengan de publicar fotografías de dos niños –hijos de un famoso músico de los años 80 acosado por la prensa en virtud de su noviazgo con una mujer mucho más joven que aparecieron insistentemente fotografiados en la playa con su padre y su novia. De similares características, tramitan otros expedientes donde el bien jurídico protegido también es el derecho a la intimidad, avasallado por una productora de televisión que utilizó la condición de pobreza de un grupo de niños, para transmitir un programa donde aparecían como abandonados por su familia y en estado de franco riesgo. En ambos casos, la indemnización ulterior, pasará a integrar el patrimonio de los niños.

j) Otra forma resarcitoria actual es la derivada de desastres ambientales. Relataré este caso dado que lo considero importante por su trascendencia social, debido fundamentalmente a que involucra alrededor de 700 niños presentados –con sus representantes legales– en otros tantos expedientes, todos en trámite ante el mismo Juzgado Civil.

Se produjo un incendio en un depósito propiedad de una conocida empresa de productos de limpieza. Como consecuencia de este hecho, ocurrió un derrame de líquidos altamente contaminantes que motivó la inmediata intervención de la justicia penal provincial bonaerense, por ser allí el asiento de la explotación industrial. Sin concluir la causa, la compañía de seguros, por cuyo domicilio resultó competente el juez de esta Ciudad para el reclamo indemnizatorio civil, los apoderados de la empresa y los damnificados con representación letrada, comenzaron a celebrar acuerdos para cobrar la indemnización. En los que se involucraba a menores, intervino este Ministerio.

Al evaluar la conveniencia de cada uno, se observó que para fijar el monto y como parámetro para la medición del daño, se había tomado en cuenta la mayor o menor cercanía de las viviendas con respecto al centro fabril donde se produjo el derrame, sin

tener en cuenta el alcance del perjuicio sufrido, las secuelas futuras, ni ningún otro elemento subjetivo que resarciera en forma justa el daño sufrido.

Además, los acuerdos, con total imprecisión, sólo traducían los daños como “inconvenientes y molestias”, variables según la distancia con respecto al incendio. Por otro lado, los montos eran exigüos en razón de la cantidad de personas afectadas (entre mayores y menores son miles), lo que implicaba para la empresa una gran erogación; los montos indemnizatorios oscilaban entre los \$400 y \$7.000.

Esta Defensa consideró injusta tanto la forma de resarcimiento como los montos acordados con los representantes legales de los niños quienes, en la mayoría de los casos, aceptaban apremiados por la situación económica, sin evaluar que el magro monto que recibirían se diluiría antes de experimentar cuál fue el daño real causado a sus hijos por el infortunio ambiental. Salvando las distancias –y espero que los efectos– al dictaminar, rememoramos el tristemente célebre desastre de Chernobyl, del que aún hoy se conocen secuelas.

En esta inteligencia se dictaminó:

“(...) el concepto integral que la reparación del daño debe tener según los artículos 1.069, 1.078 y ctes. del Código Civil, resulta al menos dudoso el criterio cuantificador antedicho.

A todo ello se agrega el carácter esencialmente tutitivo del derecho de los menores, cuya protección, en nuestro país, tiene jerarquía constitucional, conforme a lo dispuesto por el artículo 75, inc. 22, de nuestra Ley Fundamental y la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Es criterio internacionalmente reconocido, tanto del derecho público como del privado el de la responsabilidad objetiva frente al daño generado a terceros por una actividad riesgosa.

Y precisamente el caso que nos ocupa apunta a la actividad empresarial probable, si no segura, causante del daño. Otro aspecto, no menor, es el causante de la responsabilidad.

Esta, en el supuesto que ... fuese una

sucursal (y aún siendo filial) de ... internacional, alcanzaría, incluso, a la casa matriz, ítem sobre el que nada se dice. Al respecto puede verse "Empresas Trasnacionales. Inversiones y Arbitrajes" de Balestra Ricardo R., pág. 23 y sgtes., Abeledo Perrot, 1995, estudio elaborado en la Harvard Law School, al analizar el caso de la Unión Carbide Corporation, a través de su filial en Bophal, India, con motivo del derrame de un gas pesticida y la responsabilidad consecuente que debió afrontar la casa matriz.

De todo lo dicho, surge V.S. que la homologación del presente acuerdo parece necesitar mayores informes y precisiones acerca de los daños producidos, conforme a los criterios jurídicos que anteceden,

Caso contrario, se podría configurar, eventualmente, una situación abusiva que descalifican los artículos 953, 954 y 1.071 de nuestro Código Civil, como asimismo, el derecho comparado, en general.

Por lo expuesto, previo a dictaminar, requiero se acrediten en autos:

a) características del incendio producido, detallando productos que hayan intervenido en la combustión y la implicancia de ellos, tanto presente como futuros, en relación al daño ambiental y las consecuencias de éste en la salud de quienes estuvieron expuestos.

b) daños sufridos por los menores que represento o que puedan presentarse en el futuro, tanto en el aspecto psíquico, psicológico, neurológico, físico y sus posibles secuelas. En todos los casos deberán expedirse acerca de la necesidad de realizar tratamientos y en caso afirmativo cuáles y su costo. Las constancias deberán emanar, respectivamente, de expertos en daño ambiental y de médicos especialistas en consecuencias sufridas por los niños a raíz de este tipo de catástrofes. Propongo que dichos estudios se realicen a través de la Facultad de Farmacia, Bioquímica y la Facultad de Medicina y la Facultad de Agronomía y Veterinaria (área de Derecho Ambiental), todos de la UBA, y por intermedio de los respectivos departamentos especializados.

c) la existencia de causa penal, y en caso afirmativo, constancia de la misma que permita evaluar las circunstancias antes descriptas.

d) solicito se oficie a ... a fin que, conforme sus objetivos, remitan conclusiones de los estudios realizados en orden a la determinación de los daños, secuelas y toda incidencia en la salud de la población como consecuencia de los riesgos de los accidentes industriales mayores, como el que motiva estos actuados. Requiero, también, que se precise si los daños a la salud tienen relación con la distancia existente entre el domicilio de los habitantes y la planta donde se produjo el siniestro. Requiero que dicha asociación precise, concretamente, las consecuencias para la salud, mediatas e inmediatas del siniestro ocurrido en el depósito de ... el 24 de febrero de

2004, atento la posible existencia de elementos contaminantes (Benceno, tolueno, etc.).

Siendo esta mi primera intervención, y a fin de no convalidar con el silencio pretensiones de cobro de honorarios de abogados, mediadores, peritos, y/o cualquier otro profesional que hubiera intervenido en el caso objeto de autos, me opongo al pago por parte de mis representados, dejando planteada la nulidad de cualquier convenio o pacto de cuota litis que se hubiera celebrado sin la intervención de este Ministerio Pupilar, la que resulta insoslayable a la luz de lo preceptuado por los artículos 59 y 494 del Código Civil. En este sentido debo destacar que no se ha acompañado el contrato, pero, no obstante ello, a la luz de las claras previsiones contenidas en los artículos 297, 299, 1.042, 1.049, 1.164 y los mencionados más arriba, el acto de disposición que impugno, no es oponible a mis representados. Agrego también que por la naturaleza de las sumas indemnizatorias, cuyos montos, como dije, no los consiento, violaría la prohibición contenida en el artículo 4 de la ley 21.839.

Solicito de V.S. disponga la suspensión del plazo para dictaminar hasta tanto cuente con mayores elementos, conforme lo manifestado 'supra'. Observo que no se acreditó la personería invocada por quienes representan a [la empresa y la aseguradora]...".

El dictamen transcripto, que se efectuó en un expediente puntual, se reprodujo en cada uno de los que venían en vista a la defensoría hasta que finalmente se generalizó, a pedido de los mismos letrados patrocinantes, que vieron avaladas con creces sus pretensiones, a veces tímidas, como consecuencia del temor al fracaso.

Esa fuerza, que se logró por la unión de intereses comunes nucleados por el Ministerio Público, se exteriorizó en diversas audiencias celebradas en el Juzgado –por supuesto con presencia de la Defensoría en todas ellas– y devino en importantes beneficios para nuestros representados, tales como el aumento de los montos indemnizatorios; la exención del pago de costas y honorarios y, lo que todavía es más relevante, la posibilidad próxima de suscribir un nuevo acuerdo en el que se suspenderían los plazos de prescripción,

'sine die', para el caso que en lo sucesivo algún representado sufriera alguna enfermedad por causa del siniestro que nos ocupa.

Debo mencionar que todos los beneficios se aplican, por supuesto, a la totalidad de los menores o incapaces, los haya solicitado o no su representante legal. Destaco que para obtener las mejoras descriptas y las que están pendientes de concreción, además de las audiencias en el Juzgado se celebraron innumerables en la Defensoría, y además participamos de diligencias 'de visu' en el establecimiento fabril, conjuntamente con la juez interviniente, de forma de constatar las condiciones y a la vez analizar las pericias efectuadas por expertos ambientalistas, las habilitaciones, certificaciones de bomberos y demás circunstancias de modo de contar con un convencimiento pleno que los acuerdos que estamos proponiendo para nuestros representados reflejan una realidad fáctica, con aval científico serio. Para eso, además se certificó que las constancias fueran verdaderas, tal como invocabía la representación de la empresa, a fin de celebrar los acuerdos sin producir la prueba requerida por la Defensa Pública en su dictamen, lo que aceleraría los términos de percepción.

k) En relación a las indemnizaciones a percibir por los menores e incapaces, así como con las autorizaciones de venta o de compra de diversos bienes que integran su patrimonio, la Defensa Pública cumple también una ardua función en la evaluación del precio de venta o de compra, así como en el destino final de ellos. En efecto, es frecuente evaluar que los representantes legales equivocan la valuación, abonan comisiones u honorarios de más o pretenden destinar el producido de las ventas o indemnizaciones de modo no conveniente al patrimonio tutelado.

Es estos casos, por lo general, luego de celebrar entrevistas se logran acuerdos con los representantes legales, quienes finalmente admiten que el consejo del Ministerio Público se efectúa siempre teniendo en cuenta el interés superior del representado y que, si en alguna ocasión no se convalida, por ejemplo, una inversión propuesta, es porque se analizó su conveniencia y se consideró que

no es lo que más apropiado para el patrimonio del menor de edad.

Podría continuar enumerando casos y circunstancias en las que hemos intervenido en acciones de neto corte patrimonial, siempre en beneficio de los intereses de menores e incapaces, a partir del artículo 59 del Código Civil. Éstas, prácticamente se convierten en intervenciones directas, merced a la ineffectuación o ineffectividad de la representación legal. Pero no es ese el fin de este ensayo, que pretendió solamente reivindicar el accionar del Ministerio Público, en áreas donde en realidad la actuación principal corresponde a padres, tutores o curadores, con la debida asistencia técnica.

Opino que la problemática de la sociedad actual, que desconoce principios elementales de solidaridad y equidad, impone un exhaustivo control, por parte de la Defensa Pública en resguardo de los intereses que nos han sido encomendados en custodia, por imperativo de ley.

Debemos preservar la posibilidad de elección de oportunidades, sin condicionamientos económicos, pero para ello es necesario que se den a conocer las distintas posibilidades y recursos con que cuenta el ciudadano que debe sentirse respaldado y cuidado por las instituciones.

Asimismo, debemos evitar que la imposibilidad de satisfacer las necesidades en lo inmediato, atente contra el disfrute futuro. Tengamos presente que el patrimonio es uno de los atributos de la personalidad, consagrado por la ley, y que el derecho de propiedad, reconoce raigambre constitucional.

En consecuencia, preservarlo es también una forma de defensa de los derechos con que cuenta todo ser humano, pero que, por lo general, no se conoce, pues carece del sensationalismo que alimenta las noticias que a diario se difunden con relación a nuestros representados.

Funda recurso de hecho por denegatoria de extraordinario federal. Amplía fundamentos*

Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación:

Stella Maris Martínez, Defensora Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el Expte. CSJN Letra "A", N° 379, Libro XXXVII, año 2001, caratulado: "RECURSO DE HECHO deducido por Hugo D. Amoedo, Gustavo O. Ramírez, Jorge Rino Ruarte, José María Teruel y Héctor Daniel López en autos Alcaraz, Oscar Antonio s/P.S.A. de Robo calificado - causa N° 30/2000", con domicilio constituido en Av. Roque Sáenz Peña 1190, 3º piso, Of. 30 y 33, Ciudad de Buenos Aires, ante V.E. me presento y respetuosamente digo:

I. Objeto

Que conforme a lo prescripto en los Art. 282, 283 y 285 CPCCN, en función de los Art. 14 y 15 de la Ley 48 y 6º de la Ley 4055, vengo a fundar legal y técnicamente la presentación realizada por Hugo D. AMOEDO, Gustavo O. RAMÍREZ, Jorge Rino RUARTE, José María TERUEL y Héctor Daniel LÓPEZ, contra la Resolución N° 195, de fecha 14 de mayo de 2001, del registro del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, que declaró formalmente inadmisibles los recursos extraordinarios deducidos por los nombrados.

II. Admisibilidad del recurso de hecho

II. 1. Requisitos comunes y formales (leyes 48 y 4055)

Que, en mi carácter de Defensora Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, legitimada activamente en virtud de la delegación de funciones efectuada por el Sr. Defensor General de la Nación, Dr. MIGUEL ANGEL ROMERO, quien cuenta entre sus deberes y atribuciones ejercer ante V.E. en los casos que corresponda, de acuerdo con lo establecido en los artículos 51, incs. "a" y "b" y 53, inc. "a" de la Ley Orgánica del Ministerio Público (24.946), vengo a fundar la voluntad recursiva de Hugo D. AMOEDO, Gustavo O. RAMÍREZ, Jorge Rino RUARTE, José María TERUEL y Héctor Daniel López que corre agregada a fs. 15/18 de las presentes actuaciones.

De esta forma y toda vez que en la jurisprudencia de V.E. "... los reclamos de quienes se encuentran privados de su libertad, más allá de los reparos formales que pudieran mere-

* La sentencia de la CSJN puede consultarse en la página www.csjn.gov.ar. El expte. es el letra a, n° 370/01 "Alcaraz, Oscar Antonio s/psa de robo calificado. Causa n° 30/2000", sentencia del 20 de marzo de 2007.

cer, deben ser considerados como una manifestación de voluntad de interponer los recursos de ley..." (Fallos: 311:2502, "Magui Agüero, Ciriaco s/contrabando", rta. 1/12/88), la presentación directa deducida por los justiciables, debe entenderse como un recurso de queja "in forma pauperis" por recurso extraordinario federal denegado. Por ello, deben "obviar(se) requisitos formales referentes a la admisibilidad; de lo contrario (se) lesionaría el derecho constitucional a ser oído" (Fallos: 310:492).

En el mismo sentido, ha sostenido V.E.: "8º Que [esta Corte] también ha señalado, desde los inicios de su actividad, que era de equidad, y aún de justicia, apartarse del rigor de derecho para reparar los efectos de la ignorancia de las leyes por parte del acusado o del descuido de su defensor. Conforme a este criterio debe considerarse que la petición informal (...) constituye un recurso extraordinario *in forma pauperis*, y no deben extremarse los reparos formales para que esta Corte pueda tomar conocimiento de la queja... Rechazar la impugnación en estas condiciones, por carecer de ciertos requisitos formales respecto de cuyo cumplimiento se ha previsto expresamente el patrocinio letrado, constituiría una lesión al derecho constitucional a ser oído de acuerdo con las formas previstas en la ley." (R. J. Vallin, Fallos:314:1909).

La decisión impugnada proviene de un órgano jurisdiccional, se vincula a un juicio criminal e involucra materia justiciable que causa a mi parte un gravamen irreparable.

La presentación directa es temporánea por cuanto la resolución denegatoria del recurso extraordinario federal fue notificada a las defensas de RAMÍREZ, RUARTE, LÓPEZ y TERUEL el día 17 de mayo de 2001 (v. fs. 49/vta.; 51/vta. y 52/vta. del Expte. letra "A", N° 30, del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba que corre por cuerda), y el 23 de mayo a la defensa de AMOEDO (v. fs. 56, ídem), en tanto que el recurso *in pauperis* ingresó el 22 de mayo de 2001, es decir, dentro del plazo legal.

Tal como se informara en los Exptes. (C.S.J.N.) letra "A", N° 578, libro XXXVII, año 2001; *LETRA "A", n° 89, Libro XXXVII, año 2001*; letra "D", N° 317, libro XXXVIII, año 2002; letra "R", N° 807, libro XXXVI, año 2000, entre otros, esta defensa no se encuentra en condiciones de lograr la sustanciación del beneficio de litigar sin gastos ante la justicia local. Como oportunamente se hiciera saber a V.E., la suscripta procuró la obtención del beneficio a través de tres vías, ninguna de las cuales satisfizo la pretensión, de manera que, por razones de economía procesal, diferirá el trámite respectivo hasta tanto V.E. se expida sobre el punto.

Toda vez que la presente se eleva a consideración de V.E. conjuntamente con los autos principales que corren por cuerda, queda exceptuada la previsión del Art. 283 CPCCN.

En cumplimiento de las Acordadas N° 13/90 y 35/90, inc. "c"; dejo debida constancia que Gustavo O. RAMÍREZ es

argentino, soltero, nacido en la ciudad de Córdoba el día 24 de enero de 1964, hijo de Dalmiro y Margarita Ramona Pérez, con instrucción primaria, de ocupación vidriero, domiciliado en la calle Falucho N° 117 del B° Las Palmas de esa ciudad, identificado con D.N.I. n° 16.742.118 y actualmente alojado en el Establecimiento Penitenciario “Padre Lucchesse” –Bower– Pcia. de Córdoba.

Jorge Rino RUARTE es argentino, nacido en la ciudad de Córdoba el 21 de enero de 1958, hijo de Rafael y Cecilia Gómez, de estado civil divorciado, con instrucción primaria, de ocupación comerciante, domiciliado en la calle Esperanto N° 750 de B° Alberti de esa ciudad, identificado con D.N.I. N° 12.510.099, actualmente alojado en el Establecimiento Penitenciario “Padre Lucchesse” –Bower– Pcia. de Córdoba.

José María TERUEL es argentino, nacido en la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, el día 19 de julio de 1955, hijo de Antonio y de Isabel Martínez, de estado civil casado, con instrucción, de ocupación comerciante, domiciliado en la calle Cayetano Silva N° 839 de B° Alberdi de la Ciudad de Córdoba, identificado con D.N.I. N° 12.244.602, actualmente alojado en el Establecimiento Penitenciario “Padre Lucchesse” –Bower– Pcia. de Córdoba.

Héctor Daniel LÓPEZ es argentino de 30 años de edad, nacido en la ciudad de Córdoba el día 10 de junio de 1968, hijo de Atilio Alberto y de Esther Tapia, de estado civil soltero, con instrucción primaria, de ocupación albañil, con domicilio en Solares 1881, Barrio San Vicente, de esa ciudad, identificado con Prio. 332060, Secc. AG, actualmente alojado en el Establecimiento Penitenciario “Padre Lucchesse” –Bower– Pcia. de Córdoba.

Hugo Daniel AMOEDO es argentino, nacido en la ciudad de Córdoba el día 12 de junio de 1967, hijo de José Erasmo y de Judith Gratacchia, de estado civil soltero, con instrucción, de ocupación carpintero, identificado con D.N.I. n° 17.978.001, con domicilio en Pje. 11 s/n de Villa El Libertador de esta ciudad, actualmente alojado en el Establecimiento Penitenciario “Padre Lucchesse” – Bower–, Pcia. de Córdoba.

II. 2. Requisitos propios

El fallo que aquí se cuestiona emana del Tribunal Superior de la causa según el ordenamiento adjetivo vigente, versa sobre una sentencia definitiva y, en caso de confirmarse, pondrá fin al proceso, asumiendo el carácter de cosa juzgada.

La desestimación del recurso extraordinario, causa a mis representados un agravio sólo susceptible de ser reparado en los términos del Art. 285 C.P.C.C.N.

Con esta presentación se persigue el pronunciamiento de una sentencia que ratifique la supremacía de la Constitución Nacional, resolviendo la cuestión federal de la manera que por este medio se presenta.

Entiendo que, dadas las especiales características del caso, el requisito de trascendencia aparece debidamente acreditado. En efecto, la flagrante violación a la garantía del ne bis in idem así como a la defensa en juicio y debido proceso tornan a estas actuaciones nulas y urgidas del remedio federal que se reclama.

III. Antecedentes

III. 1. Consideraciones preliminares

Los antecedentes de la causa serán expuestos de modo suficiente como para cumplir con el recaudo de la misma índole. No obstante es preciso advertir que serán relevados sólo aquellos que se relacionen directamente con el presente planteo, por su naturaleza eminentemente técnica.

Es importante señalar, de cara al desarrollo que sigue, que el supuesto de hecho que diera lugar a la condena impuesta en esta sede, fue asimismo objeto de juzgamiento por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1.

El hecho histórico desmembrado –indefidamente, como se verá– en las justicias de excepción y local, consistió en el intento de robo de la sede del Banco Nación sita en la localidad de Laguna Larga.

Según se sostuvo en las sentencias dictadas en ambas jurisdicciones –bien que con algunas discrepancias, que serán objeto de análisis posterior–, los aquí justiciables, junto a otros consortes de causa, organizaron su plan de tal forma que parte del grupo neutra-

lizaría a los efectivos de la Subcomisaría zonal, procurando la obtención de la llave de la caja fuerte de la sede del Banco Nación, sita a doscientos metros, aproximadamente, de la primera, mientras los restantes perpetraban el robo del banco.

Cabe observar que la presente causa se inició con la declaración testimonial de Raúl Ángel Javier Aranda, Oficial Ayudante de la policía local –Distrito Pilar– manifestando a la prevención que el día de los hechos había recibido un llamado anónimo en el que se lo anotició del copamiento de la Comisaría de Laguna Larga.

A raíz de ello, personal de la Comisaría se dirigió a las sedes de la Comisaría y del banco, logrando la aprehensión de RAMÍREZ, TERUEL, LÓPEZ, VILLADA, AMOEDO y RUARTE.

De hecho, el expediente tramitado ante la justicia federal, se conforma, en sus primeras doscientas dieciocho fojas, con fotocopias certificadas de las actuaciones labradas ante la justicia local.

Una vez que el titular del Juzgado Federal recibió esos antecedentes (v. fs. 219 del Expte. “Villada, Roberto Omar y otros p.ss.aa. infr. Arts. 142 inc. 1º, 142 bis 1º párr., 166, inc. 2º, 45 y 55 C.P.P., registrado en instrucción como Expte. N° 7-V-97, que corre por cuerda), dispuso dar inicio a actuaciones sumariales *“por el hecho caratulado a prima facie ‘Encubrimiento, Privación Ilegítima de la Libertad, Robo Calificado, Tenencia y Portación de Armas, Municiones y Explosivos de Guerra’, hecho ocurrido en esta localidad el día 05-05-97, del cual tomara participación el tribunal de marras en forma conjunta con el Juzgado de Instrucción, Menores y Faltas de la ciudad de Río Segundo, Secretaría a cargo del Dr. STRASORIER, hecho del que resultaran damnificados el Banco de la Nación Argentina, Sucursal Laguna Larga y la Sub Comisaría local, juntamente con el personal de ambas instituciones; habiéndose procedido a la detención de los ciudadanos ROBERTO OMAR VILLADA, GUSTAVO OSVALDO RAMÍREZ, HUGO DANIEL AMOEDO, HÉCTOR DANIEL LÓPEZ, OSCAR ANTONIO ALCARAZ, JOSÉ MARÍA TERUEL y JORGE RINO RUARTE,...”*.

A fs. 226, íb. el Dr. Ricardo Bustos Fierro tuvo por promovida la acción penal (el requerimiento respectivo se encuentra agregado a fs. 221/224vta.), en tanto que a fs. 234/328 se agregaron nuevas fotocopias certificadas de la causa tramitada ante la justicia local, para, acto seguido, correr vista al Sr. Fiscal federal, a fin de que se manifestara sobre la competencia.

El Sr. Procurador Fiscal Federal N° 1, Dr. Carlos Alberto Torres, se expidió affirmando la conexidad entre los episodios acontecidos en sede de la Comisaría y los que tuvieran lugar en el Banco Nación. Sin embargo, y en la inteligencia de que *“...no surge al menos por el momento que la conexidad objetiva implique la construcción de ‘un hecho’ que obligaría a la*

unificación del proceso bajo la jurisdicción material de excepción", estimó que no correspondía formular pedido de inhibitoria, sin perjuicio "... de lo que nuevos elementos puedan traer sobre el particular." (v. fs. 330, íd.).

El proceso seguido ante la justicia de excepción prosiguió así su trámite, arribándose a la sentencia –hoy firme– de condena, dictada el 1º de diciembre de 1998 (v. fs. 857/902 del Expte. letra "V", N° 46 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Córdoba, que corre por cuerda).

En su reconstrucción histórica del episodio (v. fs. 738vta./740) los miembros del Tribunal Federal partieron de la premisa de que los justiciables tomaron la Subcomisaría de Laguna Larga, procediendo a sustraer la llave del tesoro del Banco de la Nación Argentina que llevaba consigo personal jerárquico de la institución, previamente reducido en el destacamento policial, con miras a concretar el robo de la entidad bancaria "... para lo que, previamente, debían asegurarse la obtención de la llave de su tesoro; que el imputado Héctor Daniel López pudiera presentarse en el Banco simulando ser policía que haría ese día la custodia del mismo; y finalmente asegurarse que los policías privados de su libertad no pudieran prestar ningún tipo de asistencia a la entidad bancaria. Logrado este objetivo, uno de los inculpados llevó la llave del tesoro hasta la entidad bancaria, para lo cual utilizó el propio patrullero de la Sub-comisaría, a la par que otro de ellos que tampoco tenemos individualizado trasladó el Renault 18 hasta la puerta, estacionándolo frente a la puerta del banco. Por otra parte, el imputado Héctor Daniel López efectivamente se constituyó en el acceso del local bancario, presentándose vestido de policía, ante el empleado Omar Abel Foressi, ordenanza encargado de la apertura de su puerta de acceso, como quien ese día efectuaría la tarea de custodia. Una vez ingresado López y mientras Foressi realizaba sus tareas habituales, procedió a abrirle la puerta al imputado Roberto Omar Villada quien también estaba vestido con uniforme policial. Fue este último quien impuso del asalto que iba a realizarse al Gerente Eduardo Germán Gómez y al Contador Enrique Eliseo Varesco quienes fueron los dos primeros en arribar, para lo cual

Villada exhibió un arma de fuego obligándolo al gerente a que se quedara sentado en su oficina. Inmediatamente después López le franquea el acceso al imputado Gustavo Osvaldo Ramírez, quien vestido de civil se aproxima al escritorio de Varesco y, mostrándole una pistola le ordena que se quedara quieto, que simulara trabajar y que se iba a efectuar el robo del banco. Posteriormente, y a medida que iban entrando los empleados Gabriel Fernando Dell Acqua, Norberto Miguel Ferreyra, Italo Ricardo Tilli, Eduardo José Machiavelli, Susana Raquel Quinteros y Gustavo Omar Buffoni, fueron obligándolos a adoptar igual actitud, anoticiándolos de que se produciría un asalto a la entidad bancaria. Lograda la reducción de todo el personal y una vez que recibieron la llave del tesoro, los imputados Ramírez y Villada obligaron, bajo las amenazas proferidas, al contador Varesco y al Tesorero Del Aqcua (sic) que activaran las claves que junto con el accionamiento de la llave permitía abrir el llamado tesoro de reserva en el cual guardaba el grueso del dinero que el Banco mantenía en sus arcas. Mientras esperaban que la puerta del mismo se abriera, pues posee un mecanismo de retardo de aproximadamente 15' para la apertura, el imputado Ramírez tras abrir la caja de metal que se encontraba dentro de la caja fuerte del tesoro en la que se guardaban los billetes de baja denominación, sustrajo de la misma la cantidad de dieciséis mil catorce pesos y diecisés mil setecientos noventa y cuatro dólares estadounidenses, cantidades éstas que colocó en un bolsa de nylon color oscuro que sacó de entre sus ropas. Oídos disparos lejanos y ante la confirmación de los empleados bancarios de que se trataba de un tiroteo, el imputado Ramírez se dirige apresuradamente hacia la puerta del Banco llevando en sus manos la mencionada bolsa con el dinero, y precedido por el imputado López, traspone la puerta de la cortina metálica, momento en el cual se producen una gran cantidad de disparos efectuados por el personal policial, al tiempo que se proferían voces de alto, lo que motiva que ambos imputados se tiraran inmediatamente al piso dejando caer sus armas y la bolsa con el dinero que portaba Ramírez, la cual, a partir de ese momento desaparece sin que haya sido posible determinar en la audiencia de debate

cual ha sido el destino final de la misma. Sí quedó acreditado con la certeza que nos es requerida en esta instancia, que el mismo no tuvo posibilidad material alguna de entregar el producido del robo a ningún supuesto cómplice".

Siguiendo este análisis, los sentenciados condenaron a Gustavo Osvaldo RAMÍREZ y a Héctor Daniel LÓPEZ como coautores responsables de los delitos de robo calificado en grado de tentativa y de privación ilegítima de la libertad calificada (nueve hechos) y partícipes necesarios en el delito de privación ilegítima de la libertad calificada (once hechos), todo en concurso real, a las penas de nueve años y seis meses, y nueve años de prisión, respectivamente.

TERUEL, RUARTE y AMOEDO, por su parte, fueron condenados como coautores del delito de privación ilegítima de la libertad calificada (once hechos), y como partícipes necesarios de los delitos de robo calificado por el uso de armas en grado de tentativa y privación ilegítima de la libertad calificada (nueve hechos), en concurso real, a sendas penas de diez años, nueve años y seis meses, y nueve años y seis meses de prisión.

En abono de este encuadre, sostuvieron "*la pretensión de los inculpados era el desarrollo de un plan delictivo cuyo objetivo único y específico, era el robo del dinero contenido en el tesoro del Banco Nación de Laguna Larga. Por consiguiente, la privación de la libertad que infringen tanto a los policías de la comisaría como a los empleados bancarios, carece por completo de propósitos extorsivos, pues lo que les aseguraba, era solamente la impunidad y la facilitación de la tarea delictiva. Estamos entonces ante otro tipo de dolo, caracterizado por la voluntad de los autores de restringir la libertad ambulatoria de sus víctimas, tanto produciendo su encerramiento como privándolos de la libertad de desplazarse de un lado a otro. Se trata, como acertadamente lo define Soler, de privar de libertad de movimientos (Derecho Penal Argentino, T. 4º, pag. 35). Eso es precisamente lo que los imputados necesitaban de sus víctimas, para poder concretar el robo pretendido. Ahora bien, tal propósito fue conseguido por los inculpados utilizando una forma específica de la violencia, cual es la amenaza con armas de fuego o anuncios de males graves e inminentes a sufrir por quienes fueron privados de su libertad. El encuadramiento penal que corresponde a la conducta de los imputados José María Teruel, Jorge Rino Ruarte, (Oscar Antonio Alcaraz) y Hugo Daniel Amoedo, al privar de su libertad a los empleados policiales Carlos Víctor Méndez, Héctor Ramón Sálas (sic), Juan Manuel Villalba, Juan Noel Crispín, Marcelo Brandán, Oscar Omar Plano, Miguel Guerrero y Jorge Eduardo Cravero, como así también de los tres civiles que redujeron, Héctor Julio Robbiano, Ubaldo Omar Soprani y Raúl Alberto Massuh, (once hechos) es el de coautores de privación ilegítima de la libertad calificada por haber cometido con violencia o amenazas, en los términos del art. 142, inc. 1º del C.P. El mismo deli-*

to les es atribuible a los imputados Gustavo Osvaldo Ramírez, Héctor Daniel López y Roberto Omar Villada, por esos mismos hechos, en el carácter que partícipes necesarios (art. 45 C.P.). Por otra parte, a estos tres últimos imputados les cabe, en relación a la privación ilegítima de la libertad de los empleados del banco (...) (nueve hechos), las mismas consideraciones que en relación a los que estaban en la comisaría, por lo que su conducta debe también encuadrarse en la figura del art. 142, inc. 1º C.P. Igual calificación debe aplicarse, por estos hechos, a los inculpados Teruel, Ruarte, Alcaraz y Amoedo, pero como partícipes necesarios (art. 45 del C.P.), ello en razón, reitero, de la unidad de propósito delictivo que a todos los inculpados animaba".

Las penas consignadas fueron mensuradas atendiendo a "...la naturaleza y características del hecho que dio origen a esta causa".

Al individualizar el reproche de cada uno de los justiciables, se asentó idéntica pauta de agravación, concretamente, "...las características del hecho, en especial, las connotaciones fácticas en que se desarrolló el mismo y la especialmente activa participación que le cupo en ellos" (caso de RAMÍREZ); "...las condiciones fácticas especiales en que se desarrolló el hecho que se le atribuye" (casos de RUARTE y LÓPEZ); y "...las condiciones fácticas especiales que rodearon el hecho que se le atribuye" (casos de AMOEDO y TERUEL).

III. 2. La sentencia condenatoria en la presente causa

Según reza la plataforma fáctica soberanamente fijada por los miembros de la Cámara en lo Criminal de 8^a. Nominación en su sentencia del 23 de agosto de 1999 "... con fecha cinco de mayo de mil novecientos noventa y siete, aproximadamente a las seis horas diez minutos (06:10 hs.) de la mañana, los co-prevenidos OSCAR ANTONIO ALCARAZ, HUGO DANIEL AMOEDO, HECTOR DANIEL LÓPEZ, GUSTAVO OSVALDO RAMÍREZ, JORGE RINO RUARTE y JOSE MARÍA TERUEL ...contando con la cooperación del prevenido OSCAR ATILIO AGUIRRE,...se hicieron presentes en el local de la Sub-comisaría de Distrito de Laguna Larga -

Departamento Río Segundo, de esta provincia de Córdoba, sito en la calle Belgrano s/nº de esta localidad, quienes mediante la utilización de armas de fuego que esgrimían procedieron a ingresar a la misma y, luego de haber reducido al personal de guardia de dicha dependencia, al señor Secretario de Hacienda del Gobierno Municipal, Sr. Osvaldo Soprenzi, al Inspector Municipal Julio Robiano y un empleado del Banco de la Nación Argentina – señor Julio Massuh, los condujeron hasta una de las dependencias internas y allí los dejaron encerrados con llave, previo a atarles sus pies y manos con alambres de fardo."

Tras relatar el apoderamiento del uniforme de un Sargento reducido previamente, así como de las armas reglamentarias que portaba el personal policial, y de un móvil, reseñaron la fuga de los "co-prevenidos" y su posterior aprehensión.

En el marco de la reconstrucción del episodio materia de debate, se dispuso la incorporación por lectura de las actas y sentencia dictadas ante la justicia federal (v. fs. 935), transcribiendo asimismo distintos pasajes del pronunciamiento de mención.

Tras referirse a las defensas materiales de los justiciables, los sentenciantes reconstruyeron lo que dieron en llamar "plan de acción", siguiendo lineamientos sustancialmente idénticos a los relevados en la sentencia dictada en sede federal. Señalaban: "corresponde en primer término tener presente que los imputados se fijaron un plan de acción a los fines de asaltar el Banco de la Nación Argentina Sucursal Laguna Larga, que dentro de este plan, quedaban comprendidas distintas actividades delictivas consistentes en: La recepción de vehículos de origen delictivo, proveerse de armas y municiones de guerra, simular la identidad de los automotores y tomar la sub-comisaría de la referida localidad a los fines de poder concretar sus propósitos consistentes en el asalto del Banco de la Nación Argentina. Esta consideración previa, adquiere relevancia para demostrar la convergencia intencional de los imputados en la comisión de los distintos hechos delictivos en los que tuvieron una participación activa por parte de los mismos. (...)" (fs. 980/vta.).

Refiriéndose a los policías reducidos en

el interior de la Comisaría, apuntaron: “estas fueron las víctimas de los desapoderamientos y las personas que fueron reducidas en el local policial, quienes además de manifestar el empleo de armas de fuego por parte de los asaltantes expusieron sobre la comunicación que estos tenían con las personas que estaban en el Banco de la Nación Argentina”.

El Tribunal calificó el hecho antes descrito como constitutivo del delito de robo calificado reiterado –nueve hechos– en concurso real que reprochó a los imputados a título de coautoría (fs. 1001 vta).

En abono de ese encuadre señalaron que “*mediante el empleo de armas de fuego, desapoderaron, en forma ilegítima, al personal que redujeron en la Sub-comisaría de Laguna Larga, de las armas y uniformes policiales, como así también los desapoderaron del vehículo marca R-12 afectado como móvil a dicha repartición policial. No cabe duda que sabían de la independencia de los desapoderamientos porque sustrajeron las armas y los uniformes que portaban, es decir que tenían perfectamente individualizadas la tenencia de los objetos sustraídos, además, dichas conductas se consuman con el simple desapoderamiento toda vez que el ámbito de custodia de las mismas está referido a la portación de ellas, por lo que no adquiere trascendencia, para la calificación legal, de que varias de las armas sustraídas hayan quedado en los fondos de la Sub-comisaría. La convergencia intencional con respecto a este hecho por parte de los encartados ha quedado plenamente acreditada, no sólo, por la presencia activa de los mismos en el local policial, sino también, por el contacto que tenían los asaltantes que habían tomado la Sub-comisaría y los que estaban en el Banco de la Nación Argentina*”.

En el ámbito de la mensuración de la pena, los miembros de la Cámara relevaron “...la reiteración delictiva y la forma de la comisión de los hechos que... demuestran una peligrosidad por la envergadura de los mismos” (situación de AMOEDO); la reiteración delictiva, la naturaleza y modo de comisión de los hechos imputados” (situación de RUARTE y LÓPEZ; “la reiteración delictiva, la forma y comisión de los hechos” (caso de RAMÍREZ) y la “naturaleza y forma de comisión de los hechos” (situación de TERUEL) (conf. fs. 1006/vta. de los autos principales).

En virtud de ello condenaron a Hugo Daniel AMOEDO a la pena de siete años de prisión, a Héctor Daniel LÓPEZ a la pena de siete años de prisión, a Gustavo Osvaldo RAMÍREZ, a la pena de seis años y seis meses de prisión, a José María TERUEL, a la pena de ocho años de prisión, con declaración de reincidencia y a RUARTE a la pena de siete años de prisión. En todos los casos se impusieron adicionales de ley y costas.

Puestos a analizar la nulidad propiciada durante el debate, concretamente en cuanto se opusiera que los justiciables habían sido ya condenados por el mismo supuesto de hecho

ante la justicia de excepción, sostuvieron los sentenciantes: “*Adelanto desde ya una opinión contraria al planteo formulado por los defensores. Ello es así, toda vez que uno de los requisitos esenciales en que se fundamenta el principio del non bis in idem, es que “nadie puede ser juzgado por el mismo hecho más de una vez”, es decir que los objetos procesales deben ser los mismos cosa que no sucede en autos ya que los encartados en esta oportunidad han sido juzgados por la receptación dolosa o culposa de los automóviles que emplearon para cometer los hechos delictivos; por la tenencia de armas y municiones de guerra, por la sustracción de las armas y de un automóvil al personal policial que se encontraba en la Sub-comisaría de Laguna Larga; por la resistencia utilizada inmediatamente después de cometerse los hechos al ser reprimidos por la autoridad policial y el desapoderamiento de un vehículo por parte de uno de los imputados cuando huía después de cometer los hechos que se investigan. Esto es demostrativo de que se trata de hechos diferentes por los que fueron juzgados por el Tribunal Oral Federal, lo que permite ya rechazar el planteo formulado por los defensores sin perjuicio de advertir de que se trata de hechos conexos supuestamente cometidos por las mismas personas y en su consecuencia estaríamos en lo previsto por el art. 47 inc. 2 del C.P.P. es decir frente a la conexión material cuya violación no importa transgredir la garantía constitucional mencionada precedentemente”* (fs. 975vta./976vta.”).

IV. Trámite recursivo

IV. 1. Del Recurso de Casación

Con fecha 7 de septiembre de 1999 fue presentado un recurso de casación por TERUEL, AMOEDO y RUARTE. (fs. 1025/1027vta.) Lo propio hicieron LÓPEZ y RAMÍREZ (fs. 1028/1031). En todos los casos, los justiciables adhirieron a las líneas argumentales introducidas por los restantes imputados en autos (incluido Alcaraz).

Por disposición del Tribunal, a fs. 1050 se ordenó correr vista a los defensores de los justiciables.

A fs. 1060 el Dr. Barrionuevo ratificó la presentación de RAMÍREZ, en tanto que a fs. 1064/1074, el Dr. Cabrera Paulí, representan-

te legal de José María TERUEL y Jorge Rino RUARTE fundó las voluntades impugnativas de sus asistidos.

A fs. 1076/1078vta. y por auto interlocutorio N° 114 la Cámara Octava del Crimen manifestó que atento a “*los recursos de casación interpuestos a fs. 1025/1027vta. por los imputados José María TERUEL –Jorge Rino RUARTE, ratificado por el Sr. Asesor Letrado Dr. Raúl Cabrera Paulí a fs. 1064/1074; y de Hugo Daniel AMOEDO, cuya vista debidamente corrida –fs. 1055– no fuera contestada por su defensor el Dr. Marcelo Brito. Los interpuestos a fs. 1028/1031 por Héctor Daniel LÓPEZ cuyo defensor el Dr. Ricardo Moreno no contestara la vista debidamente notificada a fs. 1054; y Gustavo Osvaldo RAMÍREZ, ratificada por su defensor Dr. Eduardo Barrionuevo a fs. 1060 (...) contra la sentencia Número Veintisiete, de fecha 23 de agosto de 1999 (...).* y considerando que los recursos interpuestos reúnen los requisitos de admisibilidad previstos por los Art. 455-474 del C.P.P. (...). resuelve conceder los recursos...”

Con fecha 5 de mayo de 2000, por auto interlocutorio N° 113 (fs. 1094/1108), el Tribunal Superior de Justicia resolvió “declarar formalmente inadmisibles los recursos de Casación deducidos por los imputados Héctor Daniel LÓPEZ y Gustavo Osvaldo RAMÍREZ (mantenido por su defensor particular Dr. Barrionuevo) y por el imputado Oscar Antonio Alcaraz (mantenido por su defensor particular Dr. Ignacio Martín Allende) (fs. 1108).

En esta oportunidad señaló que “*antes de entrar al estudio del escrito casatorio presentado conjuntamente por los imputados Héctor Daniel LÓPEZ y Gustavo Osvaldo RAMÍREZ, corresponde hacer una aclaración, si bien no compareció el defensor del primero de los encartados, no obstante las reiteradas notificaciones para que lo haga, si lo hizo el Dr. Barrionuevo (en su carácter de representante de RAMÍREZ), manteniendo en un todo el escrito deducido con idénticos motivos y en conjunto por los dos imputados, el cual fue concedido por la Cámara de Sentencia (fs. 1076/1078vta.).*

Sin embargo, es curioso advertir que inmediatamente después de este señalamien-

to, el *a quo* manifiesta, en respuesta al agravio deducido por el Dr. Barrionuevo, en función de la falta de fundamentación de la sentencia, que “*el recurso intentado en este agravio resulta formalmente inadmisible toda vez que no respetan los requisitos legales de una debida fundamentación que permita a este tribunal el correcto examen de su pretensión*”.

Idéntico criterio asume con el argumento deducido como errónea aplicación de la ley sustantiva.

Es decir que el *a quo* entiende sorteada la falta de sustento jurídico del recurso de LÓPEZ en virtud de la actuación del defensor de RAMÍREZ, cuya eficacia, sin embargo, descarta por motivos formales.

Finalmente, vale aclarar que el defensor del imputado Alcaraz planteó como motivo de casación la violación al principio del “*non bis in idem*”. Este agravio fue rechazado por remisión a los argumentos expuestos por la Cámara sentenciante.

En la misma fecha, pero por Auto N° 114, el Tribunal Superior de Justicia resolvió “*declarar formalmente inadmisible el recurso de casación deducido por los imputados Hugo Daniel Amoedo, Jorge Rino Ruarte y José María Teruel, fundados por el Sr. Asesor Letrado del 19º Turno*” (fs. 1109/1123).

También en esta oportunidad hace una salvedad: “*Antes de entrar al estudio del escrito presentado por los imputados Ruarte, Teruel y Amoedo, fundamentado jurídicamente por el Asesor Letrado, corresponde hacer una aclaración, ella es que si bien los imputados solicitan se dé participación a sus representantes legales para que funden el escrito casatorio presentado en forma conjunta, cosa que así lo hizo el tribunal a quo a fs. 1051vta. y 1055, no compareciendo el defensor del imputado Hugo Daniel Amoedo, y luego éste Tribunal Superior reiteró la notificación a dicho letrado (fs. 1092), sin que éste se presente. Si lo hizo el Asesor Letrado (en su carácter de representante de los imputados Jorge Rino Ruarte y José María Teruel). Por ello y atento el efecto extensivo asignado por la ley (C.P.P. 452), corresponde se examine la procedencia formal del recurso de casación sostenido y fundado por el defensor oficial, pues de prosperar beneficiaría también al imputado Amoedo*”.

IV. 2. Del Recurso Extraordinario in pauperis

En el Expediente Letra “A”, N° 30 del registro del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba que corre por cuerda, Hugo D. AMOEDO, Jorge Rino RUARTE, José María TERUEL, Héctor Daniel LÓPEZ y Gustavo O. RAMÍREZ, presentaron, por sí, un escrito interponiendo recurso extraordinario federal (fs. 4/10vta.).

Por Secretaría, RAMÍREZ, AMOEDO y LÓPEZ ratificaron su voluntad de continuar siendo asistidos, respectivamente, por los Dres. Barrionuevo, Brito y Moreno (conf. fs. 12) razón por la cual el Sr. Presidente de la Sala Penal ordenó librar cédula de notificación a esos letrados a fin de hacer-

les conocer el contenido del escrito presentando por los imputados para su fundamentación jurídica (ver fs. 13).

Las cédulas de notificación se agregaron, diligenciadas, a fs. 14/16 y a fs. 17 se ordenó dar intervención al Sr. Asesor Letrado en lo Penal, Dr. Cabrera Paulí, quien presentó Recurso Extraordinario Federal en representación de TERUEL y RUARTE, que se agregó a fs. 19/25.

En esas condiciones, sin que ninguno de los tres abogados particulares cumpliera con la intimación cursada por el Tribunal y diera fundamentación legal al recurso, y luego de que se expediera el Sr. Fiscal de Cámara de Acusación (fs. 27/31vta.), el Tribunal Superior declaró que los recursos extraordinarios deducidos eran formalmente inadmisibles (conf. Auto N° 195 del 14 de mayo de 2001, obrante a fs. 34/40vta.).

En el apartado I. 6, señalaba el *a quo*: “*Cabe señalar que los abogados particulares de los encartados Amoedo, López y Ramírez, fueron notificados de todos los pasos procesales. Aún cuando no sustentaron jurídicamente los agravios deducidos por cuenta de sus defendidos, quienes continuaron con dicho patrocinio por propia voluntad; la supuesta indefensión resultante de dicha circunstancia, carece de toda trascendencia, desde que la Sala se avocó al tratamiento de los recursos fundados por los Dres. Ignacio Martín Allende y Raúl Cabrera Paulí, que de prosperar favorecerían también a los mencionados, atento el efecto extensivo que la ley asigna a los recursos (art. 452 C.P.P.)*”.

En torno a los agravios presentados, sostuvo el Tribunal Superior: “*Al analizar los agravios expresados en los criterios de interposición de los recurso extraordinarios –y, considerando los motivos para declarar la improcedencia formal de los recursos de casación–, se advierte claramente que éstos carecen de la autosuficiencia exigida por el artículo 15 de la ley 48, pues no rebaten ninguno de los argumentos desarrollados por la Sala. Dicho defecto concurre en razón que, al estructurar el agravio de arbitrariedad que adjudican a las resoluciones, no critican en forma prolífica, concreta y razonada los fundamentos proporcionados por la Sala en relación a la inadmisibili*

bility de los reproches que dirigieran en contra de la sentencia del tribunal de mérito, además de soslayar los mismos. Para aceptar los escritos como debidamente fundados, los recurrentes debieron demostrar acabadamente, conforme la causal extraordinaria invocada, que los argumentos denegatorios desarrollados por la Sala, son producto de un excesivo rigor formal, único supuesto que permitiría la revisión pretendida, toda vez que quien denuncia la existencia de un “exceso de rigor formal”, debe extremar los recaudos para demostrar la existencia de dicho vicio. Por otra parte, finca la arbitrariedad sorpresiva en que los fundamentos de la denegatoria reiteran los de la sentencia, cuestionando que no se ingresó al análisis del fondo de la cuestión, importa soslayar por completo las razones de improcedencia formal expuestas en la resolución atacada, sin que se haya procurado demostrar el gravamen que se invoca. Por último, lo referido a la supuesta vulneración de garantías constitucionales, al no haber expresado las razones que le asisten, formulan juicios meramente dogmáticos, que evidencian su disconformidad con la solución de la Sala y en consecuencia, no exponen un agravio federal bastante en relación a sus fundamentos, los que permanecen incólumes debido a la falta de embate hábil. En consecuencia, corresponde declarar que los recursos extraordinarios deducidos en autos son formalmente inadmisibles”.

El 15 de mayo de 2001 la Sra. Presidenta del Tribunal intimó a Hugo Daniel AMOEDO a que, en el término de 72 hs. designara nuevo abogado de confianza, en virtud de que quien viniera asistiendo, Dr. Marceo Brito, había asumido el cargo de Fiscal General de la Provincia.

V. Fundamentos de esta queja

V. 1. Crítica de la denegatoria

Contra lo afirmado en la resolución en crisis, el recurso extraordinario federal debió tener acogida favorable.

La resolución del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba se torna nula en la medida en que sumó una nueva conculcación al derecho de defensa, y consecuente violación a la garantía del debido proceso en materia penal (consagrados en el Art.

18 CN), tal como lo denunciaran mis asistidos al presentar el recurso extraordinario y su queja. Cabe apuntar aquí que recobran toda su vigencia los agravios planteados en ocasión de deducir –de manera autónoma– la nulidad de lo actuado, en función de la alegada ausencia de la asistencia técnica.

A ello se adiciona la flagrante violación al principio “non bis in idem” receptado constitucionalmente en art. 8º, párrafo cuarto, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14, inc. 7, del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos (art. 75, inc. 22, de la C.N.), cuyas implicancias serán abordadas en el apartado correspondiente.

Ambos agravios constitucionales, por su trascendencia institucional sólo son susceptibles de ser remediables en esta instancia.

El presente recurso de queja por denegatoria del recurso extraordinario se dirige a demostrar la vulneración de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso, surgidas en el trámite impreso ante la Cámara Octava del Crimen –en lo que hace a la presentación de los recursos de Casación respectivos– y ante el Superior Tribunal de Justicia –en cuanto confirmó lo resuelto por la Cámara en la etapa casatoria y profundizó la violación en la instancia Extraordinaria.

Al desconocer la grave vulneración al derecho de defensa y cohonestar la violación a la cosa juzgada y al principio de non bis in idem, principios cuestionados expresamente en la presentación realizada (observo V.E., que los justiciables adhirieron oportunamente al recurso de Alcaraz), el *a quo* agregó un eslabón más a esta cadena de quebrantamientos del debido proceso.

Ello por cuanto, no sólo desestimó los agravios, sino que pretendió subsanar la falta de letrado y de asistencia técnica efectiva con la doctrina de la aplicación extensiva de los recursos y atribuir, en última instancia, a detenidos legos la responsabilidad estatal de asegurar el debido proceso.

Recuerde V.E. las palabras del Tribunal, cuya elocuencia no merece alterarse: “*Cabe señalar que los abogados particulares de los encartados Amoedo, López y Ramírez, fueron notificados de todos los pasos procesales. Aún cuando no sustentaron jurídicamente los agravios deducidos por cuenta de sus defendidos, quienes continuaron con dicho patrocinio por propia voluntad; la supuesta indefensión resultante de dicha circunstancia, carece de toda trascendencia, desde que la Sala se avocó al tratamiento de los recursos fundados por los Dres. Ignacio Martín Allende y Raúl Cabrera Paulí, que de prosperar favorecerían también a los mencionados, atento el efecto extensivo que la ley asigna a los recursos (art. 452 C.P.P.)*”.

Debo descartar de plano ambos argumentos.

En primer término es el Tribunal, como órgano jurisdiccional, quien cuenta con el deber-facultad de imponer defensor técnico y como contracara de ello controlar, desde el

punto de vista constitucional, el ejercicio de la defensa que se materializa.

El Tribunal Superior omitió ambos deberes, toda vez que ante la manifiesta indefensión de LÓPEZ, AMOEDO y RAMÍREZ debió proveer a la defensa efectiva nombrando, en cualquier caso, un letrado oficial.

Sin embargo, desvió el camino que se adecuaba a los preceptos constitucionales y lo hizo, aplicando criterios analógicos *in malam partem*.

Ello por cuanto la doctrina que prevé el efecto extensivo del recurso a imputados que se encuentran en la misma situación procesal –y que a pesar de ello, hubieran omitido realizar la presentación, o ella adoleciera de defectos formales que, en principio, la tornaran improcedente– tiene base en el principio de equidad que, naturalmente, opera en la práctica, a favor del sometido a proceso.

Así se ha expedido V.E.: “*El efecto extensivo del recurso deducido por uno de los condenados favoreció también a los demás, y aquel tiende a ponerlos en igual situación procesal, aunque su recurso extraordinario provincial hubiera sido declarado inadmisible por inobservancia de las condiciones exigidas para su interposición (doctrina de los art. 22 y 693 del Código de Procesamiento de Materia Penal; y legislación procesal provincial dominante); fórmula que protege por tanto el supuesto de reformatio in pejus como la extensión de los recursos, que representan una clara interpretación constitucional del art. 18 de la Carta Magna, y que resulta aplicable por tratarse de analogía in bonam partem*”. (Voto del Dr. José Severo Caballero. “Lanci, Oscar Rafael y otros” Fallos 307:2036).

Con similar criterio se expidió V.E. en Fallos 316:1330, reafirmando su doctrina en el principio de equidad.

En esta inteligencia, nunca podría un Tribunal conculcar válidamente el derecho de defensa en juicio so pretexto de extender al imputado indefenso los recursos que hubiera presentado un asesor letrado extraño a su esfera jurídica. Antes bien todo lo contrario, toda vez que primero debió proteger la correcta asistencia letrada y, ante defectos o planteos insustanciales, aplicar el principio invocado.

La trascendencia del planteo deviene irrefutable, tanto más cuanto “*la defensa en juicio siempre es una cuestión federal trascendente a los fines del recurso extraordinario*” (MORELLO, Augusto; E.D., Tomo 165, p. 949-950). En tal sentido debe recordarse que el derecho penal de raigambre liberal consagra los derechos en forma individual y su inviolable ejercicio no queda suplido por el ejercicio de otro, más cuando las situaciones procesales no son las mismas, ni fue idéntica la defensa material que oportunamente ejercieron los aquí implicados.

V. 2. Nulidad de lo actuado. Violación de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio

Conforme surge de la reseña del trámite recursivo que precedió a estas actuaciones, los recursos de casación presentados por derecho propio por LÓPEZ y AMOEDO no contaron con la sustentación jurídica de sus letrados particulares, a quienes se corriera vista a ese fin.

Idéntica situación se advierte respecto de RAMÍREZ durante la sustanciación de los recursos extraordinarios federales que éstos articularan por sí, una vez notificados del rechazo del recurso de casación oportunamente presentado.

La reseña del trámite impreso es suficientemente demostrativa de los vicios que confluyen a invalidar estas actuaciones, respecto de AMOEDO y LÓPEZ, a partir del diligenciamiento de las cédulas de notificación agregadas a fs. 1054/1055 vta. y respecto de los nombrados y de RAMÍREZ, luego del diligenciamiento de las cédulas agregadas a fs. 14/16 del Expte TSJ Letra “A” N° 30.

Analizando lo actuado desde el punto de vista estrictamente lógico-procesal, la respuesta jurisdiccional que coartó la instancia casatoria respecto de LÓPEZ y AMOEDO (y la extraordinaria en el caso de RAMÍREZ), tuvo lugar en ausencia de un recaudo indispensable a los fines de satisfacer la garantía de inviolabilidad de defensa en juicio, en tanto los justiciables se encontraban en estado de indefensión.

Los vicios apuntados no sólo son violatorios del Art. 18 CN, sino también del art. 8, 2.

“e” de la Convención Americana de Derechos humanos y 14, 3, “d” del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En las condiciones señaladas las resoluciones que rechazaron sucesivamente los recursos de casación y extraordinario importaron un inadmisible menoscabo a la garantía de la defensa en juicio de los encausados.

En efecto, esta postura es la que compatibiliza con la doctrina de la Corte elaborada en derredor de la garantía de la defensa en juicio según la cual *“...los tribunales deben evitar en la esfera penal situaciones de indefensión, como por ejemplo si el defensor no hizo uso de los medios impugnativos ni agotó las instancias a favor de su defendido”* (Fallos 310:1794), como así también que *“...los reclamos de quienes se encuentran privados de su libertad, más allá de los reparos formales que pudieran merecer, deben ser considerados como una manifestación de voluntad de interponer los recurso de ley, siendo obligación de los tribunales suministrar la debida asistencia técnica letrada que permita ejercer la defensa sustancial que corresponda”* (L. L. Suplemento de Jurisprudencia Penal del 28/2/97, pág 3/6, Fallos 308:1386; 310: 492 y 1934, entre otros) (el resaltado me pertenece).

En este horizonte de ideas, y siguiendo la línea del fallo Nápoli del 5/3/96 citado por Nelson R. Pessoa en “La nulidad en el proceso penal”, p. 71 y tratándose de un supuesto similar al que nos ocupa, V.E. estableció que: *“...esta Corte tiene dicho que en materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa. La tutela de dicha garantía ha sido preocupación del Tribunal desde sus orígenes, en los que se señaló que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal que asegure la realidad sustancial de la defensa en juicio”* (Fallos 5:459; 192:152; 237.158; 255:91, entre otros).

Destaco que en el caso de autos no se ha cumplido con la exigencia constitucional de brindar a los justiciables el adecuado asesoramiento legal, toda vez que el Tribunal Superior rechazó el recurso de casación y el extraordinario federal, sin satisfacer el reclamo de asistencia letrada.

Ello configura una nulidad de carácter absoluto dado que afecta la intervención, asistencia y representación de los imputados en el proceso, y por ende vulnera la garantía constitucional de la defensa en juicio, ocasionando a mis representados un perjuicio cierto e irreparable que no puede ser subsanado sino con el acogimiento de la sanción de nulidad propugnada, conforme lo preceptuado en las normas procesales de aplicación.

Por otra parte, se produce el evidente contrasentido de que V.E. –como Máximo Tribunal de protección de garantías de la república– otorga vista a esta defensa oficial para can-

lizar las pretensiones de quienes recurren a Vuestros Estrados, pretendiendo la aplicación de normas de que se trate, protegiendo el derecho fundamental a la asistencia jurídica efectiva en sede penal, mientras que un Tribunal inferior considera agotada esa instancia en virtud de una errónea interpretación de las circunstancias en que debe considerarse habilitado el trámite de la solicitud efectuada.

Así se expidió la Corte en el caso V.2.XXXVII, P.V.A. "Verdugo, Nelson s/ su solicitud" resuelta el 16/10/2001) al sostener: "*5º) Que con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal, el cumplimiento de un adecuado servicio de justicia le impone el deber de no circunscribir su intervención al examen del procedimiento seguido en la sustanciación de la apelación extraordinaria. En ese sentido ha dicho que cuando en el trámite ante la alzada ha mediado un menoscabo a la garantía constitucional de defensa en juicio del acusado –más allá de cualquier imperfección en la habilitación de la competencia de la Corte para conocer en el caso– que afecta la validez misma del proceso, esa circunstancia debe ser atendida y resuelta con antelación a cualquier otra cuestión que se hubiese planteado (Fallos: 319:192)".*

Los principios anteriores han sido reafirmados en la jurisprudencia sentada en el Expte. V N° 388/01 "Valor, Luis Alberto y otros s/ asociación ilícita, robo calificado por abuso de armas reiterado", resuelta el 23 de septiembre del corriente año, tanto desde la perspectiva de la indefensión del justiciable (v. Considerando 5º del voto de los Sres. Ministros, Dres. Belluscio, Moliné O'Connor, López y Vázquez) como del principio de defensa sustancial (v. Considerando 5º del voto concurrente de los Sres. Ministros Dres. Fayt, Petracchi y Boggiano).

Los vicios señalados afectan de manera directa e inmediata, la vigencia de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio de modo que, como lo reconociera V.E. en precedentes similares, corresponde declarar la nulidad de lo actuado a partir del trámite previo a la resolución que rechazara el recurso de casación.

V. 3. Violación del principio *ne bis in idem*

Sin perjuicio de lo apuntado en el párrafo precedente, corresponde analizar la vulneración del principio *ne bis in idem*, materializada en la sentencia de mérito y cohonestada hasta esta instancia.

Interesa destacar, particularmente, que los defectos de habilitación de instancia apuntados en el apartado anterior, impiden, entre otras cosas, establecer los alcances propios de las impugnaciones deducidas *in forma pauperis* por los justiciables.

Sin embargo y puesto que, como se señala, mis asistidos adhirieron oportunamente al recurso deducido a favor de Alcaraz –en el que se cuestionó la vulneración constitucional que aquí se analiza–, entiendo que se encuentra habilitada la competencia extraordinaria de esa Corte para expedirse en torno a este agravio en particular.

El remedio federal que se reclama encuentra doble basamento constitucional. Tradicionalmente se extrajo del artículo 33 de la Constitución Nacional –como una de las garantías no enumeradas– (conf. Fallos 248:232; 298:736; 300: 1273; 302:210) en tanto que a partir de la reforma constitucional de 1994 a esa construcción dogmática y jurisprudencial se adunó la incorporación con rango constitucional de los tratados enumerados en el artículo 75 inc. 22 CN, por lo que adquirieron plena vigencia las previsiones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14, número 7) y de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica -art. 8º, número 4) que incluyen la prohibición.

Asimismo, esta garantía se encuentra receptada en el derecho de otros países y en el contexto internacional. Copiosa doctrina y jurisprudencia refiere que la Enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica establece que "(n)adie será sometido, por el mismo delito, dos veces al peligro de pérdida de la vida o de algún miembro", declaración que, con la desaparición de las penas corporales, se interpreta como un nuevo riesgo de privación de la libertad (Conf. Maier, Julio B; "Derecho Procesal Penal. Fundamentos", Ed. Del Puerto, 1996, 2ª Edición, p. 596). Consecuente con

este principio la Suprema Corte de los Estados Unidos ha resuelto numerosos casos (*Abney v. United States* (431 U.S. 651), *Green v. United States* (355 U.S. 184 -1957); *Benton v. Maryland* (395 U.S. 784 -1969); *United States v. Dixon* (509 U.S. 688 -1993); *Grady v. Corbin* (495 U.S. 508 -1990) entre otros –extraídos de la Sentencia dictada en el Expte. CSJN Letra “V”, N° 34, Libro XXXVI: “*Videla, Jorge Rafael s/ incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción*”).

Por su parte, V.E. reconoció que “*el non bis in idem procesal encuentra su último fundamento en el principio de Estado de Derecho ‘Rechtstaats-prinzip’*” (*Manz-Dürig-Herzog-Schog, Grundgesetz, Kommertar, 1989, comentario al párrafo 103 III de la Ley Fundamental alemana, n° 124, pág. 49 y sgte.*)” (Sentencia dictada en el Expte. CSJN Letra “V”, N° 34, Libro XXXVI: “*Videla, Jorge Rafael s/ incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción*”) por lo que su trascendencia deviene irrefutable a la luz de la jurisprudencia inviolable de esa Corte.

En este sentido se ha dicho que “*la alegación de que una decisión judicial ha violado la garantía constitucional contra la doble persecución penal, habilita la instancia extraordinaria, pues ese derecho federal sólo es susceptible de tutela inmediata porque la garantía no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho*” (Fallos: 314:377, cons. 4º y sus citas entre otros).

El concepto de “cosa juzgada” tiene su origen en el derecho civil en el que la garantía goza, en principio, de un ámbito más restringido definido para preservar la seguridad jurídica y la estabilidad de las sentencias judiciales. “Alterar una cuestión determinada cuando el fallo está firme comporta un menoscabo, ante todo de la garantía de la cosa juzgada, pues la estabilidad de las sentencias judiciales constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica” (CS octubre 29 -991m ‘Ferrer c/Minetti y Cía S.A.’ LL1992-B p37)” (en Colautti, Carlos E.; “Derechos Humanos”, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1995, p. 110).

En materia penal, se incrementa su ámbito de proyección a dos supuestos: a. veda la aplicación de una nueva pena por un delito ya juzgado y b. prohíbe que una persona sea sometida al riesgo de ser juzgada dos veces por el mismo hecho, al tiempo que prevé supuestos taxativos de revisión a favor del imputado (Conf. la doctrina mayoritaria) (art. 379 CP).

Ahora bien, a fin de trasladar analíticamente el principio receptado normativa, doctrinaria y jurisprudencialmente, al caso concreto, los juristas han reclamado la conjunción de tres identidades distintas, a saber *eadem persona* (identidad de la persona perseguida), *eadem res* (identidad del objeto de

la persecución) y *eadem causa petendi* (identidad de la causa de la persecución – muy discutida en el ámbito de la persecución penal).

El principio de la identidad personal representa una garantía individual, por lo que ampara sólo a la persona. En el caso que nos ocupa, y tal como quedó expuesto en oportunidad de relevar los antecedentes de la causa, tanto el Tribunal Oral Federal, cuanto la Cámara Octava del Crimen de la Provincia de Córdoba, sometieron a proceso y juzgamiento a José María TERUEL, Jorge Rino RUARTE, Hugo Daniel AMOEDO, Gustavo Osvaldo RAMÍREZ, y a Héctor Daniel LÓPEZ –entre otros consortes de causa–, tal como fueron identificados al dar cumplimiento a los requisitos formales de esta presentación. Asimismo, la identidad subjetiva queda demostrada por los propios actos de la Cámara sentenciante, quien incorporó en sus actas la sentencia del Tribunal Federal, descontando este aspecto.

Empero, como se advirtió, la mera identidad personal no es suficiente. Para que la regla funcione y produzca su efecto impediente característico, la imputación tiene que ser idéntica, y ello ocurre cuando tiene por objeto el mismo comportamiento atribuido a la misma persona, tal como sucede en el presente caso. El tratamiento de la segunda de las compatibilidades exigidas será un tanto más engorroso aunque no por eso menos evidente.

Repasemos algunos antecedentes de la causa.

Ambas sentencias coinciden en términos generales en que mis asistidos, el día 5 de mayo de 1997, aproximadamente a las 6 AM, movidos por un plan común, coparon la Subcomisaría de Laguna Larga, con el fin de consumar el robo al Banco de la Nación Argentina de esa localidad. Para ello, privaron ilegítimamente de su libertad a los policías que se encontraban allí, así como al resto de las personas que ingresaron a la dependencia, con un doble propósito: procurar las llaves del tesoro y neutralizar cualquier intervención policial susceptible de impedir el hecho.

Así lo describe el Tribunal Federal: “*procedieron a copar la Subcomisaría de la Policía*

de la Provincia de Córdoba, ubicada en la localidad de Laguna Larga. En esa acción redujeron y privaron de su libertad a los policías (...) y a los empleados municipales Héctor Julio Robbiano y Ubaldo Omar Soprani y al empleado bancario Raúl Alberto Massuh, a quien además, le sustrajeron la llave del tesoro del Banco de la Nación Argentina, sucursal Laguna Larga. El hecho descripto tuvo como objetivo el inmediatamente posterior robo al banco mencionado para lo que, previamente, debían asegurarse la obtención de la llave de su tesoro; que el imputado Héctor Daniel López pudiera presentarse en el Banco simulando ser policía que haría ese día la custodia del mismo; y finalmente asegurarse que los policías privados de su libertad no pudieran prestar ningún tipo de asistencia a la entidad bancaria”.

Y así lo hace la Cámara Octava: “*se hicieron presentes en el local de la Sub-comisaría (...) quienes mediante la utilización de armas de fuego que esgrimían procedieron a ingresar a la misma y, luego de haber reducido al personal de guardia de dicha dependencia, al señor Secretario (...), al Inspector Municipal (...) y un empleado del Banco de la Nación Argentina (...) los condujeron hasta una de las dependencias internas y allí los dejaron encerrados con llave, previo a atarles sus pies y manos con alambres de fardo. Hecho esto los co-prevenidos ilegítimamente proceden a desapoderar” a algunos policías de sus ropas y a todos de sus armas reglamentarias*”

La identidad objetiva entre ambas plataformas es fácilmente apreciable: las dos describen el mismo plan delictivo, acreditan la misma plataforma fáctica (aunque como se verá, difieren en sus interpretaciones), comulgan en la equivalencia del sujeto pasivo, y, finalmente, son simétricas en cuanto a la determinación espacial y temporal.

De su contraste surge la diferencia determinada por el desapoderamiento de las armas reglamentarias de los policías y algunas de sus ropas. Ahora bien, ¿estaba la Cámara Octava habilitada para juzgar esta conducta?

Entiendo que no y su demostración constituye el eje de este planteo. Ello por cuanto lo acontecido en el local de la Subco-

misaría de Laguna Larga ya había sido materia de acusación, prueba, defensa y sentencia ante la justicia de excepción. Ya se había graduado el desvalor de la conducta (principio de proporcionalidad), ya se había fijado la plataforma fáctica (cosa juzgada), así como la calificación que se le asignaría.

Si la jurisprudencia coincide en que los autores de un hecho pasado en autoridad de cosa juzgada no pueden ser sometidos a otro proceso, ni tan siquiera respecto de aquellas conductas que surjan como desprendimiento de estos hechos principales, cuánto menos podrían hacerlo cuando, como en el caso, las conductas se integran en un mismo suceso.

Ahora bien, de la descripción reseñada se advierte que ambas sentencias se avocan a juzgar los acontecimientos que ocurrieron en un mismo contexto histórico, a saber: mismo lugar, mismo día, misma hora.

Ambas sentencias identifican un mismo plan delictivo: tomar la comisaría, privar de la libertad a quienes allí se encontraban, retirar la llave del tesoro, asaltar el banco.

¿En qué difieren? A la hora de describir los sucesos que acaecieron en la comisaría, una acota su descripción a la privación ilegítima de la libertad y así lo juzga –justicia federal–, en tanto que la otra incluye el desapoderamiento de las armas a esos mismos policías –justicia provincial–.

Antes de abordar el examen que nos toca, corresponde definir cuándo concurre un hecho y cuando varios.

Ocioso es descartar, a estos fines, la posibilidad de atender exclusivamente a datos naturales, pues ni es posible buscar una clara solución de continuidad a los movimientos fisiológicos ni es éste el criterio que nos impone la norma.

La doctrina acuerda que el concepto de unidad de hecho es valorativo y el criterio de este valor no puede ser otro que el que determina la norma, en tanto el derecho penal siempre es fragmentario.

Por eso hablamos de unidad de hecho y no unidad de acción: toda unidad típica supondrá unidad de hecho aunque implique en ciertos casos pluralidad de actos típicos (Conf. MIR PUIG, Santiago; “Derecho Penal. Parte General”, Ed. PPU, p. 591).

Siempre que exista unidad de hecho debe concurrir un sólo tipo y un sólo delito. No deja de existir un sólo hecho por la circunstancia de que el tipo realizado describa varios actos, ello porque existe una conducta típica que enmarca al resto y que, en el caso, se concentra en la privación ilegítima de la libertad, que ya fue juzgada y condenada.

Conforme lo afirma ÁBALOS, “cuando hablamos del objeto material del proceso, nos referimos al ‘hecho principal’ (...). El primitivo hecho principal no se transforma en virtud de modalidades suyas ulteriormente ocurridas o conocidas, siempre que la idea básica del hecho primitivo quede intacta... También hay que destacar aquellos delitos que a pesar de estar compuestos por un número de acciones independientes,

constituyen un sólo tipo... En el caso de un delito continuado y permanente, la aparición posterior a la sentencia o al avocamiento judicial de otros hechos distintos, pero pertenecientes a la continuidad delictiva, tampoco autoriza a la multiplicación delictiva. En estos casos la sentencia judicial de condena o absolución tiene por efecto interrumpir la continuidad del delito... Podríamos sintetizar esta identidad objetiva o material sosteniendo que en tanto el Juez de la primera causa haya podido conocer el hecho en su totalidad, o hubiera tenido la posibilidad de conocerlo y agotar la investigación, no lo modifica con consecuencias derivadas del mismo o circunstancias que se agreguen, si permanece intacto el mismo hecho histórico o su idea básica". (ÁBALOS, Raúl W.; "Derecho Procesal Penal", tomo I, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993, p. 225).

Para analizar un tipo especial como la privación ilegítima de la libertad se requiere no sólo considerar sus aspectos objetivos (concretamente "que la privación resulte verdaderamente un ataque a la libertad por no mediar el consentimiento del sujeto pasivo a restringir sus movimientos y tratarse de una imposición no justificada dentro de los parámetros de las causas generales de justificación, al darse la situación de hecho y de derecho que condicionan su existencia, o porque existiendo ellas el agente priva de la libertad de modo abusivo" [Creus Carlos, "Derecho Penal, parte especial", Tomo I, 4^a. Edición actualizada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, pág. 299]), y subjetivos (que el autor conozca y quiera este extremo), sino que deben considerarse las conductas concomitantes que le permitan al autor asegurar su ilícito.

En el caso puntual, es evidente que a los fines de la privación de la libertad resultaba indispensable el desapoderamiento de las armas que portaban los policías. De ahí que, en el caso, esta última conducta quede integrada a la primera.

Y es que, tanto la toma de las armas como la de las ropas conforman e integran la "reducción que se pretendió".

De esta forma, forzoso es concluir que el apoderamiento de las armas y la ropa y la privación de libertad concurrieron idealmente, y que, en consecuencia, no debió arribar-

se al desdoblamiento de competencias verificado en la especie ni, ciertamente, a la condena dictada en esta sede en torno a esas conductas.

Sostengo que si el artículo 54 del Código Penal dispone que "cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal se aplicará solamente la que fijare pena mayor", tal previsión legal abarca casos como el que nos ocupa, de concurso legal heterogéneo, porque se afectan en el desarrollo de una misma conducta diversos bienes jurídicos, descriptos en diferentes tipos penales, sin que por ello pueda dejarse de lado la unidad.

En mérito a ello, es necesario acordar un significado al concurso ideal de delitos, porque en caso contrario se llegaría a la abrogación por vía jurisprudencial de la norma. En efecto, el Art. 54 CP contempla las situaciones en las cuales *un hecho*, recae bajo más de una sanción penal; en cambio, el art. 55 del mismo plexo normativo se refiere a los casos de concurrencia de *varios hechos independientes*, por lo que no es aplicable al caso en examen.

WELZEL enseña que el concurso ideal se caracteriza por la circunstancia de concurrir simultáneamente diversos tipos en la valoración penal de un hecho, que sólo en su conjunto agotan el contenido de injusto de éste, en todo sentido. Señala asimismo, que para determinar la concurrencia de un concurso ideal, resulta decisivo que la acción penal del hecho de ejecución del tipo objetivo de los diversos delitos que la integran, sea idéntica, en su totalidad o parcialmente, es decir, que existiera coincidencia o interferencia en el tipo objetivo (Conf. WELZEL, Hans, "Derecho Penal Alemán", Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987, p. 317).

"El concurso ideal requiere siempre una *acción única*, lo que supone que haya una *identidad de acción*, es decir, que la acción debe *permanecer idéntica en su aspecto objetivo*, quedando claro que la mera coincidencia de finalidad u objetivo no es suficiente, como sucede en todo caso en que sea menester decidir sobre la unidad de acción. No obstante, en modo alguno es necesario que la identidad objetiva de la acción sea total, pues también puede ser parcial. Las lesiones jurí-

dicas que se operan en concurrencia ideal no tienen por qué provenir de tipos que cubran la misma conducta en su totalidad, bastando con la superposición parcial de la acción ejecutiva en el tipo objetivo de las leyes penales concurrentes." (ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR, "Derecho Penal, Parte General, EDIAR, Bs. As., 2000, p. 830).

En su obra anterior, ZAFFARONI también establecía la posibilidad de identidad objetiva parcial, al señalar que la conducta abarca desde que comienza la ejecución y hasta que se agota el delito, lo que posibilita que haya cobertura con otro tipo en cualquiera de los momentos comprendidos en ese espacio de tiempo. (ZAFFARONI, E. R., "Tratado de Derecho Penal, Parte General", T. IV, EDIAR, Bs. As., 1982, p. 555/556).

Los distintos estadios procesales en que se trató sobre el mismo hecho no tienen incidencia en el resultado que se reclama, por cuanto no cabe admitir una persecución penal múltiple, amparándose en diferentes calificaciones asignables a un hecho que fue único, aunque con afectación a bienes jurídicos independientes.

Ello hubiese necesariamente conducido a aplicar las normas sobre concurso ideal heterogéneo (Art. 54 CP), si se hubiera dictado una sentencia que incluyese todas las circunstancias fácticas. La indebida división del hecho único lleva reconocer que la condena dictada en sede federal, se encuentra firme e incluye la conducta que, en sede provincial, se volvió a juzgar ilegítimamente.

Y es que, según ha sostenido invariablemente V.E., lo que cuenta a fin de establecer la posible vulneración del principio *ne bis in idem* es que se trate del mismo hecho (Fallos 314:377; 316:687, entre otros), sin importar si en el primer procedimiento se agotó la investigación posible de ese hecho. Por otra parte, este extremo no guarda relación alguna con la eventual persecución de comportamientos históricos diversos, pero pasibles de subsunción en el mismo tipo penal. (Expte. CSJN Letra "V", N° 34, Libro XXXVI: "Videla, Jorge Rafael s/ incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción").

Si la doctrina es conteste en considerar que "*esta identidad de objeto se configura si la idea básica permanece en ambos procesos aunque en el segundo aparezcan más elementos o circunstancias que rodeen a ese comportamiento esencial*" (BELING, Ernst, "Derecho Procesal Penal, trad. del alemán por Miguel FENECH, Ed. Labor, Barcelona, 1943, p. 84) "y si la jurisprudencia reconoce que un acontecimiento ilícito queda impune si está afectado por la cosa juzgada, en virtud de "que el fundamento material de la regla non bis in idem es que no es posible permitir al Estado, 'con todos los recursos y poder, lleve a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo

estado de ansiedad e inseguridad, y a aumentar, también, la posibilidad de que, aun siendo inocente, sea hallado culpable" (Fallos: 321:2826, considerando 17), y que su fundamento "se apoya en el respeto al individuo que ya ha sufrido la persecución del Estado contra la reiteración del ejercicio de la pretensión punitiva" (Fallos 298:736), cuanto más deberá reconocerse la vulneración constitucional en el presente caso en el que el dolo enmarca ambas conductas.

En este sentido se sostiene: "*lo que en definitiva pretende la ley argentina es proteger a cualquier imputado del riesgo de una nueva persecución penal, simultánea o sucesiva, por la misma realidad histórica atribuida, toda vez que la garantía es de quien sufre el poder penal del Estado. Es por ello, que el substratum de la garantía es fáctico y tiene carácter objetivo*". (Del Voto del Dr. Tragant, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, Causa 3281 s/c "Ricci, José Francisco s/ recurso de casación", 13/8/01).

Y, en el mismo orden: "*El objeto es idéntico cuando se refiere al mismo comportamiento, atribuido a la misma persona. Se trata de impedir que la imputación concreta, como atribución de un comportamiento determinado históricamente, se repita, cualquiera que sea el significado jurídico que se le ha otorgado, en una y otra ocasión, es decir el nomen iuris empleado para calificar la imputación o designar el hecho. Se mira al hecho como acontecimiento real que sucede en un lugar y en un momento o período determinado*" (Maier, Julio B. J., op. cit., p. 606)

Finalmente resta manifestar que "*una correcta interpretación de las reglas concursales tiende a preservar la vigencia del non bis in idem, en tanto ellas se dirigen a evitar que un mismo hecho, o ciertos aspectos de él, sean valorados acumulativamente*" (Disidencia del Sr. Ministro Dr. Enrique Santiago Petracchi). (Arla Pita, Tamara y otros s/ extradición. 31/10/02 L.L. (supl.) 28-11-02, N° 104.809).

Ahora bien, la ilegal división de un hecho único tuvo consecuencias prácticas violatorias, por sí mismas de principios constitucionales.

Así, identificamos las siguientes: a. violación a la cosa juzgada por alteración de la

plataforma fáctica probada e interpretada; b. violación a las reglas de competencia y, c. violación al principio de proporcionalidad de penas.

a. Violación a la cosa juzgada (verdad real, nullum crimen sine conducta)

Uno de los fines de la sentencia es, precisamente determinar la base fáctica sobre la que se asentarán sus conclusiones y las eventuales condenas. Recordemos con Clariá Olmedo que "*la fundamentación del fallo se integra por los siguientes elementos: a) el análisis crítico de las pruebas de autos para determinar la existencia del hecho y la participación del imputado; b) el hecho que el Tribunal deja fijado; c) el examen técnico-jurídico del caso para su enfoque en el derecho positivo vigente; d) las conclusiones de hecho y derecho a que el Tribunal arriba*" (CLARIÁ OLMEDO, Jorge, "Tratado de Derecho Procesal Penal", Ed. Marcos Lerner, p. 168).

Todo el sistema de enjuiciamiento (Art. 18 C.N.) debe estar configurado de un modo que permita averiguar la verdad real del hecho que se presume cometido y aplicar correctamente la ley sustantiva. La trascendencia que reviste la correcta determinación de "el hecho histórico criminoso" es tal que "*si los hechos no son establecidos correctamente, la aplicación del Derecho Penal sustantivo será equivocada, y no podrá alcanzarse el valor justicia al que tienden las normas jurídicas... Las formas, actos, medios de prueba disciplinados por aquél, son los que permitirán determinar quién es el verdadero culpable de un hecho presuntamente criminoso –verdad real–, para que la ley sustantiva cumpla con el objetivo de justicia al que tienden todas las normas jurídicas*" "Sólo será justa la sentencia condenatoria, si se ha verificado en el mundo de la realidad el hecho tipificado en la Ley Penal. Para ello el Juez debe descubrir la verdad de ese hecho, lo que una vez sucedido impone la condena o absolución. Cualquiera de las dos soluciones es producto de la verdad real encontrada, ya sea porque se alcance, ya sea porque no se logró el suficiente conocimiento que permita la afirmación del hecho criminoso investigado". (Raúl Washington Ábalos, op. cit., T. I, p. 248).

*“La expresión ‘hecho’ significa aquí, según los autores hecho humano o acción humana. De ello se deriva con toda claridad que si el ‘hecho’ es la conducta humana definida en la ley como delito, jamás podríamos aceptar que este ‘hecho’ no esté absolutamente comprobado, verificado, conocido en sus detalles, a punto tal que puede ser atrapado por la norma penal que contempla esa conducta. Se debe conocer la verdad real del hecho, para que se pueda hacer la aplicación correcta de la Ley Penal sustantiva, y efectiva la garantía de justicia que campea en la Constitución Nacional... Si el proceso es el único medio (*nulla poena sine iudicio*) de aplicar justamente la ley penal, no cabe duda que su finalidad inmediata o específica es el descubrimiento de la verdad, puesto que esta es la única base de la justicia, y que en consecuencia, debe tener existencia práctica para reprimir al verdadero culpable en la medida que corresponda y evitar la represión del inocente (no culpable). Ambos resultados son dos caras de una misma medalla: La verdad”* (Vélez Mariconde, Alfredo, Estudios de Derecho Procesal Penal”, t. II, p. 46 citado en Abalos, Raúl Washington, op. cit., T. I, p. 249).

Se colige entonces que la determinación de la verdad real, base sobre la cual se expedirá la sentencia, se halla íntimamente relacionada con el valor justicia. Ello por cuanto el Estado de derecho no podría soportar dos pronunciamientos que determinen, en forma contradictoria, la plataforma fáctica sobre la que se juzgará. Ya sabemos que no soporta dos procedimientos por una misma causa, pero más escandaloso es que puestos jueces diversos a conocer sobre un mismo devenir histórico, arriben a conclusiones diversas de trascendencia tal que sustenten la condena de un individuo.

Ni más ni menos es lo que aconteció en este caso.

Al determinar los hecho que serían materia de juicio el Tribunal Federal coligió que no podía afirmar que todos los allí imputados –AMOEDO, RAMÍREZ, LÓPEZ, TERUEL, RUARTE, Alcaraz y Villada– hayan participado de la toma de la comisaría. Fue precisamente por ese motivo que definió que LÓPEZ y Villada sólo habían ingresado a la sede del Banco de la Nación Argentina, en tanto que AMOEDO, TERUEL, RUARTE y Alcaraz sólo habían participado de la toma de la Comisaría y RAMÍREZ había cumplido funciones en ambas sedes, trasladándose de una a la otra, a fin de acercar la llave del tesoro obtenida en la primera de ellas.

En función de ello entendió que los tres primeros debían responder como autores de privación ilegítima de la libertad en concurso real con robo en grado de tentativa (hechos del Banco) y como partícipes de la privación ilegítima de la libertad respecto de los hechos de la comisaría. Todo en concurso real.

Sin embargo, la Cámara Octava del Crimen no advirtió obstáculo jurídico alguno al fijar los hechos de modo diverso.

Entendió que todos los allí imputados habían participado

de la toma de la comisaría y, por lo tanto, ¡los definió como autores del robo de las amas de los policías y de alguna de sus prendas!

Ahora bien, más allá de la arbitrariedad o razonabilidad de las enfrentadas conclusiones a las que arribaron ambos Tribunales, es evidente que una sola puede ser la verdad histórica, o estuvieron todos o se dividieron la tarea. Sabemos también que el ordenamiento jurídico –mediante el instituto de la cosa juzgada– establece prioridad hacia la primera determinación.

Entonces, se colige que sólo es válida la plataforma fáctica fijada por el Tribunal Federal.

Sin embargo, el reconocimiento de este aspecto determina conclusiones que devienen a todas luces ilegales, a saber: si aceptamos que LÓPEZ nunca estuvo en la Comisaría, y si conforme el plan delictivo –determinado en forma idéntica en ambas instancias–, los aquí imputados nunca se propusieron el robo de las armas y ropas del personal policial, y si a eso se aduna que la Cámara atribuye como concurso real esta conducta: llegamos a la conclusión de que LÓPEZ fue condenado por una conducta que nunca cometió –nulla poena sine conducta– ya que nunca estuvo en el lugar, ni prestó conformidad para el hecho, que, conforme lo entendió el Tribunal deviene un hecho independiente pasible de concurso real.

Como se ve, la Justicia no podría tolerar el mantenimiento de una sentencia en estas condiciones.

De hecho, la estructura del código procesal penal –tanto en Córdoba como a nivel nacional– prohíbe expresamente una coyuntura como la que aquí se analiza.

Obsérvese en este sentido que el legislador provincial y el nacional prevén que procede la revisión de sentencias cuando “los hechos establecidos como fundamento de la condena fueran inconciliables con los fijados por otra sentencia penal irrevocable”. (Conf. Art. 479, inc. 1º del C.P.P.N. y 489 del Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba).

“La inconciliabilidad a la que alude el inciso se presenta cuando las conclusiones de hecho establecidas en la sentencia impugnada contrastan ostensiblemente con ese mismo

tipo de conclusiones fijadas en otra sentencia penal firme, absolutoria o condenatoria, con prescindencia del Tribunal que la haya dictado y de la circunstancia de que sea anterior o posterior al fallo en revisión”. (Palacio, Lino Enrique “Los recursos en el proceso penal”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 205).

Para concluir, debemos señalar que el carácter objetivo de la verdad histórica no significa que ella sólo refiera a elementos fácticos, sin tener en cuenta los aspectos normativos que también configuran la verdad en el procedimiento, sino, antes bien, que su búsqueda no es “subjetiva” en el sentido de que no depende de la voluntad de los sujetos que intervienen en el procedimiento.

b. Violación a las reglas de competencia

Tal como se viene señalando, tanto los jueces que intervinieron en la presente causa, como los que juzgaron a los justiciables en la justicia de excepción, relevaron un mismo episodio histórico que, más allá de su significación jurídica, reconocía –según se afirmara en ambas jurisdicciones– un mismo plan criminal.

Hemos visto también que el desdoblamiento de competencias se produjo pese al reconocimiento de la conexidad objetiva y subjetiva.

Pero, más allá de la contradicción que supone la afirmación de la conexidad y el simultáneo desmembramiento de competencias, lo cierto es que la bifurcación tuvo lugar a partir de un patrón ininteligible.

Obsérvese, en este sentido, que la justicia de excepción, supuestamente convocada a analizar los tramos fácticos ocurridos en el interior de la entidad bancaria, juzgó, además, las privaciones de libertad acontecidas en el ámbito de la Subcomisaría de Laguna Larga, no obstante que la competencia provincial abarcaba –también supuestamente– los hechos acontecidos en el interior de ese destacamento policial.

Pero, independientemente de que, en las condiciones del caso, es evidente que la jurisdicción debió ser asumida de manera exclusiva por la justicia federal, la vulneración concreta del principio que proscribe la doble desvaloración viene a demostrar cómo la vio-

lación de las reglas de competencia determina la nulidad de la sentencia dictada en esta sede.

Tal como quedó delimitada la competencia, cada jurisdicción territorial estaba sujeta a un límite insalvable, de forma tal que no podía –sin incurrir en violación al principio *ne bis in idem*– avanzar más allá de los sucesos acontecidos en su respectivo escenario.

Sin embargo, esta división funcional aparece ilegítimamente franqueada con la evidente invasión del ámbito de competencia reservado a la judicatura local, pues, como hemos visto, el Tribunal federal no sólo juzgó los tramos fácticos acontecidos en el interior del Banco Nación, sino, además, las privaciones de libertad ocurridas en el interior de la Subcomisaría, las que, a su vez, resultaban inescindibles del apoderamiento de las armas y los uniformes.

De ahí que, como se sostuviera, estas últimas conductas no pudieran relevarse autónomamente en la justicia provincial, por haber sido ya objeto de juzgamiento por parte de los jueces del Tribunal Federal.

La confusión generada llevó a que la justicia federal juzgara a los justiciables respecto de tramos puntuales acontecidos fuera de la entidad bancaria. La sentencia dictada, pasada en autoridad de cosa juzgada, ha puesto así punto final a las posibilidades de persecución de mis asistidos en cuanto refiere al apoderamiento imputado en sede provincial.

Cabe apuntar que, siguiendo el presupuesto teórico de la *eadem causa pretendi*, relacionado básicamente con la jurisdicción de los jueces, el ordenamiento jurídico podría eventualmente tolerar la persecución múltiple siempre –y sólo cuando la primera persecución o una de ellas, “...no haya podido arribar a una decisión de mérito o no haya podido examinar la imputación (el “mismo hecho”), objeto de ambos procesos, desde todos los puntos de vista jurídico-penales que merece, debido a obstáculos jurídicos. Se entiende que no se trata del caso en el cual el tribunal o el acusador, por error, no agotaron aquellos que pudieron agotar, según reglas jurídicas, sino del caso inverso, precisamente: una regla jurídica impide agotar el caso porque inhibe la sentencia de mérito o bien porque impide ‘unificar procesalmente la pretensión punitiva’” (MAIER, op. cit., p. 624).

Es evidente, sobre todo desde esta tercera perspectiva teórica, –en la que se dejan de lado, a los efectos del permiso ínsito en la *eadem causa pretendi*, situaciones de error, atribuibles a quienes llevan adelante el proceso–, que la doble desvaloración de un mismo acontecimiento histórico ha desdibujado –al punto de resultar virtualmente imposible distinguirlos– los límites dentro de los cuales pudieron válidamente desvalorarse autónomamente las conductas objeto de condena.

MAIER puntualiza que lo relevante, a fin de establecer la posible identidad de supuestos de hecho, no son los títulos

delictivos en los cuales se puede subsumir el hecho imputado, sino que se trate del mismo suceso, más allá de cualquier adecuación típica. “...la ley argentina pretende... proteger a cualquier imputado (concebido como aquel indicado, con o sin fundamento, como autor de un delito o partícipe de él, ante cualquier autoridad de la persecución penal, con abstracción del grado alcanzado por el procedimiento) del riesgo de una nueva persecución penal, simultánea o sucesiva, por la misma realidad histórica atribuida, única interpretación compatible con un Estado de Derecho...” (“Derecho Procesal Penal Argentino”, T 1b, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 375).

De manera concordante se ha expedido el Tribunal Europeo de Derechos humanos en el caso W. F. v. Austria (Application no. 3827/97, sentencia del 30 de agosto de 2002): “25...[en torno a la garantía que proscribe el doble juzgamiento] La Corte se ha expedido como sigue: ‘La Corte observa que el texto del Artículo 4 del Protocolo N° 7 no se refiere “a la misma ofensa” sino, antes bien, a juzgar y perseguir “nuevamente” por una ofensa respecto de la cual el presentante ha sido finalmente absuelto o condenado. Así, mientras es cierto que el mero hecho de que un sólo acto constituya más de una infracción no es contrario a este Artículo, la Corte no debe autolimitarse a establecer si el presentante fue juzgado o penado por ofensas nominalmente distintas, sobre la base de una conducta. La Corte, como la Corte Constitucional de Austria, nota que hay casos donde un acto, a primera vista, parece constituir más de una ofensa, sin embargo un examen más detenido muestra que sólo una ofensa debería ser perseguida porque abarca toda la ilicitud contenida en las otras (ver parágrafo 14 arriba [ídem §14 del presente]). Un ejemplo obvio sería un acto que constituye dos ofensas, una de las cuales contiene precisamente los mismos elementos que la otra más alguno adicional. Puede haber casos donde las ofensas apenas se solapan (o superponen). Sin embargo, allí donde diferentes ofensas nacidas de un solo acto son perseguidas consecutivamente, una después de la decisión final recaída en la otra, la Corte debe examinar si tales ofensas contienen o no los mismos elementos esenciales’.

En este orden V.E. ha reconocido la vulneración constitucional cuando es el Estado el que origina errores (D'ÁLBORA, Francisco J., “Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado.”, Ed. Lexis-Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 31. El autor remite a Revista Jurídica Doctrina Judicial, 1999-2, p. 887, f. 14.384).

Así, en el caso “Polak, Federico G.”, del 15 de octubre de 1998 V.E. analizó, en primer lugar, la actuación del Ministerio Público Fiscal en la causa, y, tras concluir que fue merced a “...a la contradictria conducta asumida por el agente fiscal durante el pleito y a la concepción restrictiva de las garantías constitucionales expuesta por el a quo (v. Considerando 14.), que se arribó a la nulificación de lo actuado, concluyó “17. Que una interpretación amplia de la garantía contra el múltiple juzgamiento conduce no sólo a la inadmisibilidad de imponer una nueva pena por el mismo delito, sino que lleva a la prohibición de un segundo proceso por el mismo delito, sea que el acusado haya sufrido pena o no la haya sufrido y sea que en el primer proceso haya sido absuelto o condenado. Yello es así porque a partir del fundamento material de la citada garantía no es posible permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, lleva a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, y a aumentar, también, la posibilidad de que, aun siendo inocente, sea hallado culpable (confr. citas en Fallos: 310:2845, disidencia de los jueces Petracchi y Bacqué). 18...Que ese mismo alcance ha asignado a la cláusula en examen la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en distintos precedentes... de modo que también se ha incluido en el fundamento de la cláusula que el Estado no tiene derecho a un nuevo juicio cuando es él quien origina esos errores, porque la situación se equipara al supuesto en que ha fallado al presentar el caso (“Oregon v. Kennedy, 456 U.S: 667, 1982)” (el destacado me pertenece).

c. Violación al principio de proporcionalidad de penas

Cabe apuntar, para finalizar, una última

manifestación de vulneración del principio que proscribe el doble juzgamiento.

Recordemos que, en tanto los jueces provinciales relevaron, a los efectos de la mensuración de la pena, la “*forma y comisión de los hechos*” su “*naturaleza y modo*” y la “*reiteración delictiva*”, los miembros del Tribunal Federal desvaloraron “*las características del hecho, en especial, las connotaciones fácticas en que se desarrolló el mismo y la especialmente activa participación que le cupo en ellos*”, “*...las condiciones fácticas especiales en que se desarrolló el hecho que se le atribuye*” y “*...las condiciones fácticas especiales que rodearon el hecho que se le atribuye*”.

Si ahora recordamos que los reproches se fijaron muy por encima del tope mínimo habilitado en cada jurisdicción, no podremos sino concluir que en ambos casos, las penas impuestas se integraron con contenidos materiales que integraban ya el injusto desvalorado en la restante.

En definitiva, y puesto que la vulneración constitucional aparece suficientemente demostrada, entiendo que corresponde declarar la nulidad, tanto de la sentencia de mérito como de todo el procedimiento desarrollado en sede provincial, así como de todos los actos que resultaron su consecuencia.

VI. Petitorio

Por las consideraciones expuestas, solicito:

1. Se tenga por debidamente motivado en legal tiempo y forma este Recurso de Queja por Denegatoria de Recurso Extraordinario Federal interpuesto “*in forma pauperis*” por Hugo D. AMOEDO, Gustavo O. RAMÍREZ, Jorge R. RUARTE, José Ma. TERUEL y Héctor D. LÓPEZ.

2. Se tenga presente que se ha dado cumplimiento a las Accordadas Nros. 13/90 y 35/90, y que no se da cumplimiento a la previsión del Art. 283 CPCCN atento a que la queja se eleva a consideración de V.E. conjuntamente con los autos principales que corren por cuerda.

3. Se revoque la decisión en crisis declarando la nulidad, tanto de la sentencia de mérito como de todo el procedimiento desarrollado en sede provincial, así como de todos los actos que resultaron su consecuencia..

4. Subsidiariamente se haga lugar al recurso impetrado, declarando la nulidad de lo actuado a partir del diligenciamiento de las cédulas de notificación agregadas a fs. 1054/1055vta. y de todo lo actuado en consecuencia.

**Proveer de Conformidad,
Será Justicia.**

Promueve Acción de Amparo. Solicitud de Medida Cautelar*

Sr. Juez Federal:

M. R. V., por derecho propio, con domicilio real en la calle ... de esta ciudad, constituyendo el legal en la Defensoría Pública Oficial de Primera Instancia, Diag. Pueyrredón 3138 de esta ciudad, con el patrocinio de la **Dra. Patricia A. G. Azzi** en su carácter de Defensora de Pobres, me presento ante V.S. y respetuosamente digo:

I. Objeto

Que vengo por el presente a promover acción de amparo (art. 43 C.N.; ley 16.986) contra la OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE TELECOMUNICACIONES DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (O.S.T.E.L.), filial Mar del Plata, con domicilio en la calle Santiago del Estero 2777 de esta ciudad, a fin de que proceda a cubrir el 100% del costo total del tratamiento anual de oxigenoterapia en Cámara Hiperbárica (OHB-Método según el protocolo del Dr. Richard Neubauer de la Universidad de South Alabama, USA) que demanda mi actual estado de salud, de acuerdo al siguiente detalle: *20 sesiones continuadas de OHB en el primer mes, 2 sesiones por semana en el segundo mes, 2 sesiones por mes en el tercer mes y una sesión por mes desde el cuarto al duodécimo mes inclusive, repitiendo este programa anual a partir del décimo tercer mes.*

Esta pretensión comprende, además, en razón de que me encuentro incapacitada físicamente de trasladarme por mis propios medios, *el costo del traslado ida y vuelta en ambulancia desde mi domicilio particular hasta el lugar del tratamiento.*

Asimismo, la presente acción se interpone también, en forma subsidiaria, contra el *Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación-Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad* (los dos últimos con domicilio en Avda. 9 de Julio 1925 y calle Ramsay 2250, respectivamente, ambos de Capital Federal) dadas las obligaciones asumidas en el carácter de autoridad de aplicación (ley 23.661, 22.431, 24.901 y normas concordantes) y las que surgen de la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional.

* Presentación del 4/12/2002.

II. Antecedentes. Hechos

Tengo 53 años y soy afiliada a la Obra Social del Personal de Telecomunicaciones de la República Argentina (OSTEL), con carnet N°

Padezco esclerosis múltiple, enfermedad diagnosticada en el año 1968. Como síntomas relevantes, presento paraparesia, trastornos en la sensibilidad táctil y dolorosa en los miembros superiores e inferiores, hipotrofia muscular generalizada, ataxia de tronco y de cuatro miembros con predominio en los inferiores, aumento base sustentación, lateropulsión y marcha de pato bilateral.

Desde noviembre de 1993 comencé un tratamiento con Interferon Beta, con buena respuesta en general; sin embargo, desde aproximadamente julio del corriente año comenzó un rebrote por el que se acentuaron las dificultades para caminar, con tropiezos al deambular y golpes por caídas, tornándose la marcha más lenta, problemática y fatigosa, presentando también incontinencia urinaria.

Debido a este cuadro, el médico neurólogo que me atiende, Dr. J. T. E., indicó comenzar con el tratamiento de oxigenoterapia con Cámara Hiperbárica (OHB), según el protocolo del Dr. Neubauer, debido a los benéficos efectos terapéuticos resultantes.

Se señala, al respecto, que el tratamiento de OHB mejora la sintomatología general de la enfermedad, estabilizándola y evitando el deterioro progresivo de la salud. Los efectos más importantes se ubican en el control de esfínteres y en la marcha, el equilibrio y el radio de deambulación. Los mecanismos de acción de la OHB en relación al tratamiento de la esclerosis múltiple son: la corrección de la hipoxia tisular en el área afectada, la reducción del edema y la inflamación del tejido, el aumento y la estimulación de la velocidad de neovascularización, la estabilización de la barrera hematoencefálica y la inducción de la remielinización. Los trabajos científicos que se aportan como prueba documental avalan la efectividad terapéutica de este tipo de tratamiento. De modo particular, he podido experimentar en mi caso, en las oportunidades anteriores en que me sometí a dicho tratamiento, una notable mejoría.

Conforme surge de la nota que adjunto a la presente, fechada el 25/04/02, CLIMED S.A. –prestadora de la Obra Social– dio su rechazo conformado para la realización de la referida práctica médica.

Con posterioridad a esa fecha, formulé personalmente y también por intermedio de mi esposo, Osvaldo Berón (D.N.I. N° 4.276.834), diversos reclamos ante la Sede local de la Obra Social, sin haber obtenido respuesta positiva a mi pedido.

Ante esa situación, mi marido, actuando en mi nombre debido a la dolencia incapacitante que me aqueja, realizó una última gestión ante la filial que la citada Obra Social demandada tiene en esta ciudad, intentando presentar una nota, de

fecha 21 de octubre de 2002 –que se acompaña–, la cual no fue recibida por O.S.T.E.L., situación que obligó a enviar el día 31 del mismo mes la carta documento que se adjunta, en la que se intimá a la Obra Social a cubrir el 100% del costo de la prestación aquí solicitada, bajo apercibimiento de iniciar las acciones legales correspondientes.

Dicha intimación fue rechazada por la demandada por carta documento fechada en Buenos Aires el día 12/11/02 (cfr. el original que se presenta), alegando que el P.M.O.E. no establece la obligatoriedad de cobertura del tratamiento de oxigenoterapia con cámara hiperbárica.

La negativa expresada por O.S.T.E.L. y por la prestadora CLIMED S.A. condujo entonces a esta presentación judicial, en defensa de mis derechos a la salud y a una calidad de vida digna (cfr. Albanese, S. “El amparo y el derecho adquirido a una mejor calidad de vida, La Ley 1991-D, pp.77).

Cabe manifestar que los escasos ingresos mensuales míos y de mi marido (\$195,50 –ver mi recibo de haberes– y \$600 de mi esposo por su retiro voluntario o prejubilación), no nos permiten solventar actualmente el costo de las sesiones en la citada Cámara Hiperbárica (cercano a los cinco mil -\$5.000– pesos; ver presupuesto anual del Centro de Medicina Hiperbárica que se adjunta), teniendo en cuenta los gastos normales o habituales que tenemos por la enfermedad de mi esposo (diabetes e hipertensión), que requiere también de la indispensable atención médica y farmacológica –con sus consiguientes costos– y los pagos ineludibles que debemos realizar por los denominados servicios esenciales (luz, gas, teléfono, traslado o transporte, etc.).

Señalo, por otra parte, que esta no es la primera vez que se me indica el tratamiento en la Cámara Hiperbárica, por los efectos benéficos que ha producido en mi salud. En las anteriores ocasiones, la Obra Social afrontó los costos que no cubría la prestadora con la cual tenía convenio en ese entonces, por lo que no dejó de llamarme la atención que, frente a la conducta precedente, CLIMED y O.S.T.E.L. manifiesten en esta oportunidad su oposición y negativa a mi reclamo (ver el detalle de sesiones del año 1999 que

refleja la constancia de tratamiento extendida por el Centro de Medicina Hiperbárica y las facturas expedidas por el mismo Centro correspondientes a distintas sesiones del año 2000; sin perjuicio de anteriores sesiones, efectuadas entre 1987 y 1992, en la Base Naval de la Armada Argentina de esta ciudad).

Estas constancias, y la prueba informativa que ofreceré, acreditan que OSTEL se hizo cargo en años anteriores de la cobertura íntegra del costo de las sesiones en cámara hiperbárica, pese a que esta prestación no se encontraba contemplada por el Programa Médico Obligatorio (PMO). Por ello, entiendo que resulta injusto y arbitrario que la demandada se niegue ahora a cubrir el 100% del costo de las nuevas sesiones que requiere mi actual estado de salud aduciendo que el tratamiento no se encuentra contemplado en el Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE), pues esta negativa atenta contra su propia conducta desplegada a lo largo de los años en los que la verificación de idénticas circunstancias no impidió que se diera satisfacción a mis necesidades (en igual sentido, cfr. Juzgado en lo Correccional N° 3, Depto. Judicial Mar del Plata, 20/08/02, c. n° 2215, “Franco, Mario Antonio –en representación de Di Pilato, Mónica Susana– c/OSE-CAC s/amparo”, consid. 6º, caso en el que el actor accionó también por la provisión del tratamiento en cámara hiperbárica). A mi juicio, no puede admitirse que la Obra Social demandada asuma una actitud fundada en un argumento que la coloca en contradicción con su conducta anterior, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (cfr. Morello, A.M. y Stiglitz, R.S. “La doctrina del acto propio”, L.L. 1984-A, 865).

Agrego, por otra parte, que la propia O.S.T.E.L. me ha concedido el denominado “beneficio de gratuidad” (carnet n° 232/141/CO1/9), conforme al cual los tratamientos y la medicación específicamente indicados para mi enfermedad en particular deben ser cubiertos al 100% de su costo por la referida Obra Social. Dado que no tengo los antecedentes del otorgamiento del citado beneficio ni la normativa que le sirve de fundamento, los cuales obran en poder de la

accionada, lo que la ubica en mejores condiciones de aportar la prueba pertinente (doctrina de las cargas probatorias dinámicas), es que solicitaré en el acápite respectivo la prueba informativa correspondiente.

Debo remarcar, además, que siendo una persona con discapacidad, me encuentro amparada por las leyes 22.431 y 24.901 y sus decretos reglamentarios, que han instituido un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad muy amplio, que incluye las denominadas prestaciones de rehabilitación motora (cfr. Ley N° 24.901, arts. 1°, 19°, 27° y concds.). El Decreto N° 762/97 (v. Anexo I) señala que “en todos los casos se deberá brindar cobertura *integral* en rehabilitación, cualquiera fuera el tipo y grado de discapacidad, con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fueren menester, y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera”.

Acompaño el certificado de discapacidad previsto en la ley 22.431 y cond., extendido por el Instituto Nacional de Rehabilitación Psicofísica del Sur (INAREPS-ex Cerenil). De todas maneras, los antecedentes médicos que adjunto a la presente acción revelan claramente que la secuela incapacitante derivada de la esclerosis múltiple que padezco apareció hace ya muchos años atrás, al punto que la A.N.Se.S. me ha otorgado una jubilación por incapacidad.

Por todo lo expuesto, vengo a solicitar a V.S. que ordene a O.S.T.E.L. y, subsidiariamente, al Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación – Estado Nacional – Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad –, que otorguen cobertura del 100% del costo del tratamiento de oxigenoterapia en la Cámara Hiperbárica, brindando solución al conflicto asistencial que origina esta presentación.

III. Derecho

De fondo: el derecho a la salud

Se encuentran vulnerados en la especie los derechos a la vida, la salud y a la dignidad e integridad personal, estando comprometidos los siguientes arts.: 33 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; XI y XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 2, 4.1., 5.1., 26, 29.c. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica; 2.1, 2.2, 12.1 y 12.2 inc. d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 3°, 8°, inc. b) y concds. Ley 23.660; arts. 2°, 3°, 5° inc. a), 15, 21, 33 y concds. Ley 23.661.

La Corte Suprema de Justicia de Nación ha dicho que en el Preámbulo de nuestra Carta Magna “ya se encuentran expresiones referidas al bienestar general, objetivo preeminentemente en el que, por cierto, ha de computarse, con prioridad indiscutible, la preservación de la salud (CSJN, Fallos

278:313, consid. 15); siendo evidente, por otra parte, que el derecho a la salud surge implícitamente del art. 33 del texto constitucional.

El art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre prevé que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas, entre otras cosas, a la asistencia médica.

En forma análoga, el art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar, en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

También el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 12 inciso d), impone entre las medidas que los Estados Partes –la Argentina lo deben adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de salud física y mental, la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Por su parte, los arts. 2 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica, establecen el compromiso de los Estados Parte de adoptar disposiciones de carácter interno que sean necesarios para efectivizar los derechos reconocidos por dicho Tratado, agregando en sus arts. 5.1. y 11.1 normas relativas a la protección de la integridad física y psíquica y de la dignidad personal, reconociendo implícitamente en el art. 29 inc. c) el derecho a la salud, por ser éste inherente al ser humano.

Todas estas normas contenidas en Declaraciones y Tratados internacionales, gozan actualmente de jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución.

En el ámbito infraconstitucional, se encuentran también afectadas las leyes federales nº 23.660 y 23.661, sus normas reglamentarias y complementarias.

El art. 3º del ordenamiento legal citado en primer término establece que “las obras sociales destinarán sus recursos en forma prioritaria a prestaciones de salud”, agregando en su segundo párrafo que “en lo referen-

te a las prestaciones de salud formarán parte del Sistema Nacional del Seguro de Salud –en calidad de agentes naturales del mismo– sujetos a las disposiciones y normativas que lo regulan”.

A su vez, el art. 2º de la ley 23.661 afirma que “el seguro tendrá como objetivo fundamental proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan la mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva”. Por su segundo párrafo, se consideran agentes del seguro a las obras sociales nacionales, cualquiera sea su naturaleza o denominación. En cuanto a los beneficiarios, rigen los arts. 8º de la ley 23.660 y 5º inc. a) de la ley 23.661.

También se encuentra involucrada la ley nº 22.431, que considera “discapacitada” a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral (art. 2º Ley citada). La Ley Nº 24.901 instituyó un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos, contemplando entre ellas las prestaciones de rehabilitación motora (cfr. arts. 1º, 19º, 27º y concds.). A su vez, el Decreto N° 762/97 (v. Anexo I) contempla prestaciones de rehabilitación que tienen por objeto “la adquisición y/o restauración de aptitudes e intereses para que una persona con discapacidad alcance el nivel psicofísico y social más adecuado para lograr su integración social, a través de la recuperación de todas o la mayor parte posible de las capacidades motoras, sensoriales, mentales y/o viscerales, alteradas total o parcialmente por una o más afecciones, sean éstas de origen congénito o adquiridas (traumáticas, neurológicas, reumáticas, infecciosas, mixtas o de otra índole)

utilizando para ello todos los recursos humanos técnicos y necesarios". Remarca, además, que "en todos los casos se deberá brindar cobertura integral en rehabilitación, cualquiera fuera el tipo y grado de discapacidad, con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fueren menester, y por el tiempo y las etapas que cada caso requiera".

Sin perjuicio de la obligaciones puestas a cargo de la Obra Social demandada como agente de salud (leyes n° 23.660, 23.661 y normas concds.), el Estado también ha asumido concretas cargas públicas en orden a la satisfacción de estos derechos a la salud y a la integridad física y psíquica.

Así, se ha señalado que "La ley que instituye el sistema nacional de salud (ley 23.661) tiene la finalidad de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica. Con tal finalidad, el sistema ha sido diseñado en el marco de una concepción integradora del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden su participación en la gestión directa de las acciones. La propia ley fija como autoridad de aplicación de las políticas sanitarias del sistema y de las políticas de medicamentos al Ministerio de Salud y Acción Social, a través de la Secretaría de Salud (...) El Estado Nacional ejerce su función rectora en este campo y compete al Ministerio de Salud y Acción Social, como autoridad de aplicación, 'garantizar la regularidad de los tratamientos coordinando sus acciones con las obras sociales y los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios' (consid. 27)" (Abramovich, Víctor y Courtis, Cristian "El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible", nota a fallo C.S.J.N. "C. de B., A.C. c/Secretaría de Programa de Salud y Otro" – 24/10/2000– en L.L., Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, 25/6/2001, págs. 9/21).

Es decir que el Estado, habida cuenta de la condición de garante del sistema integrado de salud no puede desentenderse de las obligaciones que en tal carácter le incumben frente a la particular situación descripta, a fin de procurar que la prestación se efectúe por los canales adecuados, en primer lugar, por la propia Obra Social, demandando la responsabilidad de ésta en el cumplimiento de la obligación de salud puesta a su cargo, pero en todo caso asumiendo la satisfacción inmediata del derecho por la repartición o dependencia competente, sin perjuicio de las acciones legales y/o administrativas que resultaren procedentes contra la Obra Social por no brindar la cobertura solicitada a la que se encuentra obligada.

En materia de prestaciones para las personas con discapacidad, cabe señalarlo, es el Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad, dependiente del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación,

conjuntamente con el Directorio del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad –del cual aquél es parte integrante–, los organismos del Estado que tienen a su cargo la obligación de ejecutar el programa de protección médico-sanitario dispuesto en la ley 24.901, administrando el referido sistema de prestaciones, garantizando la universalidad de su atención y coordinando los recursos institucionales y económicos afectados a ese campo (cfr. dec. regl. 1193/98, arts. 1º y 6º del Anexo 1 y arts. 1º y 5º del Anexo A).

Por último, no resulta ocioso recordar que nuestra Excma. Corte Suprema ha sostenido que tiene categoría constitucional el principio “*in dubio pro justitia socialis*”, según el cual las leyes deben ser interpretadas a favor de quienes, al serles aplicadas con ese sentido, consiguen o tienden a alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible que la persona humana viva y se desarrolle conforme a su excelsa dignidad (CSJN, Fallos 289:430).

Como V.S. podrá fácilmente apreciar, en el caso que se presenta a Vtra. Consideración, no caben dudas de la justicia del reclamo y de la arbitrariedad e irrazonabilidad de la conducta de la Obra Social contra quien se dirige el amparo.

Así lo ha reconocido, por otra parte, para supuestos análogos al presente, unánime jurisprudencia, que ha acogido en forma invariable distintas acciones de amparo dirigidas contra Obras Sociales para obtener la cobertura del tratamiento de oxigenoterapia en Cámara hiperbárica (cfr. Cámara de Garantías, Sala 3ª., Depto. Jud. Mar del Plata, 8/10/02, c. 4085, “Franco, Mario Antonio –en representación de Di Pilato, Mónica Susana–c/O.S.E.C.A.C. s/amparo”; Juzg. Criminal y Correc. de Transición N° 1, Mar del Plata, 23/5/01, “B., A.”, La Ley, t. 2001-E, pp. 314; Juzg. Criminal y Correc. de Transición N° 1, Mar del Plata, 13/9/99, “B., M.E. s/amparo”, La Ley Bs.As., n° 6166, nov. 3-1999, pp. 72; Juzg. Criminal y Correc. de Transición N° 1, Secr. N° 5, Mar del Plata, 28/12/01, c. n° 3/53.445, “Rosa de Sanders s/acción de amparo”, entre otras).

En vinculación, la Corte Suprema de

Justicia de la Nación, con fecha 24/10/00, en “C. de B., A.C. c/Secretaría de Programas de Salud y otro” (L.L. 2001-C, 32), ha recordado la obligación del Estado de garantizar la regularidad de los tratamientos sanitarios y el derecho a la preservación de la salud, lo que ha vuelto a subrayar en fecha 16/10/01 en “M., M. c/M.S. y A.S.” (L.L. 2001-F, 505), en relación a un menor con discapacidad, y sin perjuicio de las obligaciones puestas a cargo de las obras sociales.

Asimismo, ha dicho, en general, que “la vida de los individuos y su protección –en especial, el derecho a la salud– constituyen un bien fundamental en sí mismo que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal (art. 19, Constitución Nacional). El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Constitución Nacional, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él. A su vez, el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de la autonomía personal (art. 19, Constitución Nacional), toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida ..” (cfr. CSJN, 1/6/00, “Asociación Benghalensis y otras c/Estado Nacional”, La Ley, suplemento de Derecho Constitucional, 12/3/01, pp. 15, del dictamen del Procurador General al que se remitió el voto concurrente mayoritario del Alto Tribunal).

b) De fondo: inconstitucionalidad del P.M.O.E.

La Organización Mundial de la Salud la ha definido como el estado de completo bienestar físico, psíquico y social de una persona. Por lo tanto –y así lo expresa– el concepto de salud no se refiere exclusivamente a la ausencia de enfermedades, sino a un nivel de calidad de vida que permita la satisfacción de las necesidades básicas y el ejercicio de los derechos humanos elementales.

Tres aspectos del derecho a la salud se han plasmado en los instrumentos internacionales de derechos humanos ut supra cita-

dos: “la declaración del derecho a la salud en cuanto derecho básico; la sanción de normas con miras a subvenir las necesidades de salud de grupos de personas concretos y la prescripción de vías y medios para dar efecto al derecho a la salud” (*Theo Van Boven “The right to health as a Human Right”, Workshop, 1979; p. 54-55*).

Se desprende de las normas invocadas que el Estado Nacional ha suscripto obligaciones específicas en materia del derecho a la salud que, en tanto no sean satisfechas por otros agentes públicos o privados, se encuentra compelido a hacer efectivas (en este sentido, cfr. CSJN, 24/10/00, “C. de B., A.C. c/Secretaría de Programas de Salud y otro”, La Ley, 2001-C, pp. 32, consid. 21º, no obstante estar referenciado el caso a un menor con discapacidad).

Queda claro que no es éste el objetivo que persigue el P.M.O.E., desde que excluye muchas de las prestaciones que se valen del desarrollo de la tecnología y que han servido para mejorar la calidad de vida del paciente, aún en un contexto de enfermedad crónica. Debe tenerse presente que el Decreto 486/02 que indica la necesidad de elaborar un P.M.O.E., desde los Considerandos que le sirven como fundamento alude a la salvaguarda patrimonial de los actores del sistema de salud y pone el acento en la esencialidad de las prestaciones, antes que enfatizar su integralidad.

Supeditar el derecho a la salud a limitaciones de orden económico en lugar de tener en cuenta las necesidades concretas de cada paciente –en particular– y la salubridad de la población –en general– es uno de los indicios de inconstitucionalidad que se detecta en el contenido del P.M.O.E.

Pero, por otra parte, el Estado no puede empeorar el contenido de los servicios y prestaciones de salud, tal como los brindaba (y obligaba a brindar a los agentes de salud) al momento de firmar y ratificar los tratados internacionales.

Esta noción garantista, que Alicia Oliveira –Defensora del Pueblo de la ciudad de Buenos Aires– ha denominado “prohibición de regresividad”, surge del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante PIDESC).

El art. 2.1 del PIDESC establece que “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que se disponga, *para lograr progresivamente*, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

La noción de progresividad abarca dos sentidos complementarios: por un lado, el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el Pacto supone una cierta *gradualidad*. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano encargado de la aplicación e interpretación del PIDESC expresa en su

Observación General Nro. 3 que “(el) concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente no podrá lograrse en un período corto de tiempo. En este sentido la obligación difiere significativamente de la contenida en el artículo 2 del PIDCP, que supone una obligación inmediata de respetar y asegurar todos los derechos relevantes.” “Sin embargo” –continúa la Observación General– “el hecho de que el Pacto prevea que la realización requiere un cierto tiempo, o en otras palabras sea progresiva, no debe ser malinterpretada en el sentido de privar a la obligación de todo contenido significativo. Se trata por un lado de un mecanismo necesariamente flexible, que refleja las realidades del mundo real y las dificultades que representa para todo país el aseguramiento de la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otro lado, la frase debe ser leída a la luz del objetivo general, que constituye la *raison d'être* del Pacto, es decir, el establecimiento de obligaciones claras a los Estados Partes al respecto de la plena realización de los derechos en cuestión. Por ende, impone la obligación de moverse tan rápida y efectivamente como sea posible hacia la meta” (punto 9).

De allí que la noción de progresividad implique un segundo sentido, es decir, el de *progreso*, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. El Comité recalca al respecto que las medidas que el Estado debe adoptar para la plena efectividad de los derechos reconocidos “deben ser deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en el Pacto” (OG Nro. 3, punto 2).

La obligación mínima asumida por el Estado al respecto es la obligación de *no regresividad*, es decir, la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora “progresiva”.

Dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente acepta la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o de derogar los derechos ya existentes (En sentido similar Fabre, C., *Social Rights under the Constitution. Government and Decent Life*, Oxford (2000), pp. 53-55, quien, sin embargo, considera que la prohibición solo alcanza las medidas que empeoren la situación del derecho con el efecto de llevar a su titular debajo del umbral mínimo necesario para llevar una “vida decente”).

La obligación asumida por el Estado es ampliatoria, de modo que la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido. En palabras del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en la citada OG Nro. 3, “más aún, cualquier medida deliberadamente regresiva al respecto requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone” (punto 9).

En el mismo sentido, los Principios de Maastricht consideran violatorias de los derechos económicos, sociales y culturales “la derogación o suspensión de la legislación necesaria para el goce continuo de un derecho económico, social y cultural del que ya se goza” (Principio 14 a), “la adopción de legislación o de políticas manifiestamente incompatibles con obligaciones legales preexistentes relativas a esos derechos, salvo que su propósito y efecto sean el de aumentar la igualdad y mejorar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales para los grupos más vulnerables” (Principio 14 d) y “la adopción de cualquier medida deliberadamente regresiva que reduzca el alcance en el que se garantiza el derecho” (Principio 14 e).

Se trata de una garantía sustancial, es decir, “de una garantía que tiende a proteger el contenido de los derechos vigentes al momento de la adopción de la obligación internacional, y el nivel de goce alcanzado cada vez que el Estado, en cumplimiento de su obligación de progresividad, haya producido una mejora”

(Conf. Abramovich V. y Courtis Ch., “Los derechos sociales como derechos exigibles”, ed. Trotta, 2002, p. 95.)

Por ello, al poner en vigencia el P.M.O.E., el Estado ha violado la obligación de “progresividad” en materia de derecho a la salud. El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, órgano de aplicación e interpretación del PIDESC ha señalado en la Observación General N° 14 sobre el alcance del derecho a la Salud: “Los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el pacto” (párrafo 43) “La adopción de cualquier medida regresiva que sean incompatibles con las obligaciones básicas en lo referente al derecho a la salud, a que se hace referencia en el párrafo 43 supra, constituye una violación del derecho a la salud. Entre las violaciones resultantes de actos de comisión figura la revocación o suspensión formal de la legislación necesaria para el continuo disfrute del derecho a la salud, o la promulgación de legislación o adopción de políticas que sean manifiestamente incompatibles con las preexistentes obligaciones legales nacionales o internacionales relativas al derecho a la Salud” (Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General N° 14 “El Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, del 11 de agosto de 2000. E/C 12/2000/4, párrafo 43 y 48.).

De allí que el P.M.O.E. resulte inconstitucional, por resultar una medida normativa que empeora la situación de goce de los derechos del Pacto, hasta el punto de excluir la cobertura integral del tratamiento de oxigenoterapia en cámara hiperbárica para supuestos como el presente; tratamiento que, para la esclerosis múltiple que me aqueja, por las circunstancias particulares de mi caso y por los benéficos efectos terapéuticos reconocidos por especialistas de nivel internacional, *resulta una prestación esencial*, fundamental para el mejoramiento de mi salud, e imposible de sustituir –con iguales resultados– por otra vía alternativa.

c) De forma: la vía procesal elegida

Se invoca como norma específica el art. 43 de la Constitución Nacional, manda que es plenamente operativa, no siendo a su respecto las leyes 16.986 y 19.549 normas reglamentarias por anteceder a aquélla (mal podrían haber reglamentado un texto constitucional futuro).

El art. 43 C.N., en su parte pertinente, reza: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o particulares, que en forma actual o inminente restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidas por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”.

A diferencia del art. 5º de la ley 16.986, la norma constitucional citada no exige que el amparista sea una persona

“afectada” por el acto u omisión, pero no obstante ello, es evidente que incluso poniendo en juego ese concepto, poseo un interés legítimo en que se efectivice una concreta protección al derecho a mi salud, a mi integridad física-psíquica y a mi dignidad personal, siendo evidente que soy la titular del derecho subjetivo vulnerado.

La procedencia directa de la vía es indudable, en tanto no existe otro “medio judicial más idóneo” para la protección de los derechos lesionados. La posible existencia de cauces ordinarios para discutir la cuestión que se plantea por vía del amparo, no empece a la procedencia o admisibilidad de la acción deducida, pues según el art. 43 de la C.N. dichos procesos deben ser “más idóneos” que la demanda de amparo, extremo éste que no concurre en el caso, en el que los intereses alegados requieren de una expedita respuesta de la justicia.

En tal sentido, el art. 43 de la Constitución Nacional importa una derogación a la limitación impuesta por el inciso a) del artículo segundo de la ley 16.986, en cuanto a la existencia de vías administrativas de resolución del conflicto, pues la regla constitucional sólo alude a los medios judiciales, exigiendo además que éstos sean más idóneos para desechar el amparo.

Debo puntualizar, no obstante, que los reclamos en sede administrativa no han sido atendidos, ya que mi esposo se presentó en distintas oportunidades en la sede de O.S.T.E.L., intentó infructuosamente que le recibieran una nota en fecha 21/10/02 y finalmente debió cursar carta documento a la delegación local de la Obra Social a la que estoy afiliada, gestiones que no tuvieron el éxito pretendido primero por la actitud renuente de la accionada y luego por el rechazo directo de mi solicitud. Ello demuestra que he efectuado los reclamos pertinentes ante la Obra Social, antes de acudir a la vía judicial.

La omisión o conducta omisiva, lesiva de los derechos invocados, ha sido descripta en el pto. II. de esta presentación, reiterando aquí, a los fines del examen de este requisito formal de admisibilidad de la acción, que se trata de la omisión de O.S.T.E.L. de cubrir el 100% del costo del tratamiento de oxigenote-

rapia en cámara hiperbárica. He argumentando ya también en torno a la arbitrariedad e ilegalidad de esta negativa, por lo que entiendo innecesario explayarme nuevamente aquí en torno a estos tópicos. Sólo remarco que la medida es ilegal porque contraría expresas normas legales y vulnera diversas normas de rango constitucional que he invocado anteriormente. Por extensión, la negativa es arbitraria, al arremeter contra normas vigentes, sin sujeción a la normativa aplicable citada.

En este marco, el carácter manifiesto de la arbitrariedad e ilegalidad de la conducta cuestionada es claro, patente, evidente, indiscutible.

El perjuicio que atiende la presente acción es real, cierto, efectivo, concreto, tangible; el daño es actual por lo que la omisión de la Obra Social que aquí denuncio torna inminente el agravamiento de mi precario estado de salud y, por ende, de mis condiciones y calidad de vida. También se ha expuesto ya el papel de garante del sistema nacional de salud que le cabe al Estado Nacional – sea a través del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación o del Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad, o de otros organismos dependientes–, en el caso en particular.

En líneas anteriores se ha alegado a favor de la virtual derogación de diversas normas de la ley 16.986, y de la plena operatividad del art. 43 de la Constitución Nacional y del art. 25.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos. Así, en la eventualidad de que la interpretación que V.S. dé a esta cuestión no sea acorde con lo expuesto, dejo planteado en forma subsidiaria, como petición concreta, la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 1, 2, 3 y 5 de la ley 16.986.

Es que, a todo evento, el análisis de la ley citada debe realizarse teniendo en cuenta el nuevo diseño del instituto del amparo a partir de la reforma constitucional del año '94: por ello, “todos los artículos que se opongan o contradigan la norma constitucional, están inmersos en inconstitucionalidad sobreviniente. Esta es la postura sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa ‘Servotron S.A. c. Metrovía S.A. y otros’ (Gil Domínguez, A. Acción de amparo: la ley

16.986, el artículo 43 y las medidas cautelares”, L.L. -1999-F, 314; el fallo citado puede verse en LL 1996-B, 472).

Debe recordarse, además, que los jueces están facultados por el propio art. 43 C.N. a declarar la constitucional de la norma en cuya virtud se lesiona el derecho que se procura amparar.

IV. Competencia

V.S. es competente para conocer en la presente acción, por ser el Juez de 1ra. Instancia con jurisdicción en el lugar en que la omisión se exterioriza y tiene efecto (art. 4º, ley n° 16.986).

El conocimiento de la causa corresponde a la Justicia Federal, en virtud de que la conducta omisiva denunciada proviene de una Obra Social (art. 38 ley 23.661) y que se demanda también al Estado Nacional (Leyes 48 y 16.986).

V. Prueba

Documental: Se adjunta la siguiente documentación

- 1-Fotocopia de mi documento nacional de identidad;
- 2-Fotocopia de mi carnet de afiliada a O.S.T.E.L.;
- 3-Fotocopia del carnet de gratuidad otorgado por O.S.T.E.L.;
- 4-Fotocopia de tarjeta de la ANSeS-MTSS-Banco de Balcarce;
- 5-Fotocopia de carnet otorgado por CLIMED S.A.;
- 6-Fotocopia de recibo de haberes;
- 7-Nota remitida por mí a la delegación local de la OSTEL de fecha 21/11/02, la cual no fue recibida en la Obra Social demandada.
- 8-Carta documento cursada a OSTEL en 31/10/02.
- 9-Carta documento de respuesta de O.S.T.E.L., de fecha 12/11/02, en la que rechazan mi pedido;
- 10- Nota rechazo conformado de CLIMED S.A., del 25/4/02;
- 11-Resúmenes de mi historia clínica, extendidos en fechas 7 y 16/10/02 por el médico neurólogo jerarquizado que me atiende, Dr. J. T. E.;
- 12-Dictamen del Dr. J. T. E., fundamentando la efectividad terapéutica del tratamiento de oxigenoterapia en cámara hiperbárica, de fecha 16/10/02;
- 13-Presupuesto de tratamiento anual confeccionado por el Centro de Medicina Hiperbárica S.R.L.;
- 14-Constancia de haber realizado 10 sesiones de tratamiento de oxigenoterapia en cámara hiperbárica durante el año 1999;
- 15-Cuatro Facturas extendidas por el Centro de Medicina Hiperbárica, de fechas 31/12/99, 25/1/00 y 29/5/00.
- 16-Volante de difusión del Centro de Medicina Hiperbárica en relación al mecanismo, efectos y beneficios del tratamiento;
- 17-Publicación del Centro de Medicina Hiperbárica en

relación a los fundamentos científicos de la técnica y sus beneficios para el tratamiento de esclerosis múltiple;

18-Nota suscripta por el Dr. G. M., de Medicina Hiperbárica y Buceo, en la que se describe el protocolo del Dr. Richard Neubauer, utilizado por el Centro de Medicina Hiperbárica;

19-Traducción libre de "The Experience of Treating Múltiple Sclerosis with Prolonged Courses of Hyperbaric Oxigenation" (Experiencia en el tratamiento de Esclerosis Múltiple con Ciclos Prolongados de Oxigenación Hiperbárica), documento elaborado por la Federación de Centros de Terapia de Esclerosis Múltiple (The Federation of Múltiple Sclerosis Therapy Centers; Bradbury House, 155 Barkers Lane Bedfords, MK41 19RX). 1997;

20-Original en inglés de "The Experience of Treating Múltiple Sclerosis with Prolonged Courses of Hyperbaric Oxigenation" (Experiencia en el tratamiento de Esclerosis Múltiple con Ciclos Prolongados de Oxigenación Hiperbárica), documento elaborado por la Federación de Centros de Terapia de Esclerosis Múltiple (The Federation of Múltiple Sclerosis Therapy Centers; Bradbury House, 155 Barkers Lane Bedfords, MK41 19RX). 1997;

21-"Multiple Sclerosis; Its Etiology, Pathogenesis, and Therapeutics UIT Emphasis on the controversial use of HBO", por los Dres. S.F.Gottlieb and R.A. Neubauer (Departmen of Biological Sciences, University of South Alabama, Mobile, AL 36688; The Jo Ellen Smith Memorial Baromedical Research Institute, 4400 General Meyer Avenue, New Orleans, LA 70131; and Ocean Medical Center, 4001 Ocean Drive, Lauderdale by the Sea, FL 33308), aparecido en Journal of Hyperbaric Medicine, Vol. 3, N° 3, 1988, pp. 143-164 (en inglés).

22-"Multiple Sclerosis: Hyperbaric Medicine: Spinal Rehabilitation" (Melbourne-Australia-, Hooper, 2000), extraído del sitio de Internet www.spinalrehab.com.au/disorders/MultipleSclerosis.htm [consulta: 30/10/01] (en inglés).

22-"Is Múltiple Sclerosis a Oxygen Deficiency?", publicación en inglés.

23-Fotocopia de la nota aparecida el 17/2/02 en el Diario La Capital, de esta ciudad, titulada: "La obra social de Luz y Fuerza acató orden judicial antes de conocer el

fallo. Había negado tratamientos de oxigenoterapia".

24-Nota dirigida por mi esposo, Osvaldo Berón, a la Dra. Patricia A. G. Azzi, Defensoría Pública Oficial, de fecha 16/10/01.

25-Fotocopia del Certificado de Discapacidad (Ley 22.431 y modif.) de M. R. V., extendido por el INAREPS.

26-Certificado médico de fecha 27/10/02 por el Dr. J. T. E.

En todos los casos, de ser negadas las fotocopias por la accionada, se presentarán los originales ante la primera intimación del Juzgado.

Testimonial:

Se cite a prestar declaración a las siguientes personas:

A.- Dr. J. T. E., cuyo domicilio real se desconoce, pero que se le podrá cursar notificación a su domicilio laboral, sito en calle ..., de esta ciudad, debiendo deponer a tenor del siguiente interrogatorio: 1) si conoce a la actora, Sra. M. R. V.; 2) si sabe cuál es el estado actual de salud de la nombrada, con especificación del diagnóstico actual; 4) se le exhibirán los resúmenes de historia clínica acompañados como documental y se le preguntará el contenido y su firma allí inserta; 5) si por el diagnóstico médico la actora requiere tratamiento anual de oxigenoterapia en cámara hiperbárica, según el protocolo del Dr. Neubauer; 6) afirmativa la anterior, especifique por qué es necesario dicho tratamiento para el caso de la Sra. V.; 7) razón de sus dichos.

Informativa:

1.Se libre oficio al Sr. Director de la Obra Social mencionada, delegación Mar del Plata, a fin de que proporcione en forma urgente un informe circunstanciado de los antecedentes del caso y de los fundamentos de su proceder, aquí impugnado;

2.Se libre oficio dirigido al Dr. J. T. E., a fin de que remita el original o copia certificada de mi historia clínica (Nro. 28.819).

3.Se libre oficio al Dr. C. A. E., socio gerente del Centro de Medicina Hiperbárica, al domicilio de calle España 1326 de esta ciudad, a fin de que informe el costo total del presupuesto por 42 sesiones anuales de oxigenoterapia en cámara hiperbárica, incluyendo IVA y traslados (Se adjuntará fotoco-

pia del presupuesto indicado en el número 13 de la prueba documental);

4. Se libre oficio al Sr. Director del INAREPS, a fin de que informe si el Instituto bajo su dirección extendió, previa evaluación de una Junta Médica, el certificado de discapacidad de la Sra. M. R. V. cuya copia se adjuntará.

5. Se libre oficio al Sr. Jefe de la Base Naval Mar del Plata, de la Armada Argentina, a fin de que, por la dependencia correspondiente, informe si obran en sus registros constancias de los tratamientos de oxigenoterapia en cámara hiperbárica efectuados a la Sra. M. R. V. en dicha institución; caso afirmativo, remita copia certificada de dichos antecedentes.

6. Se libre oficio a los médicos que atienden y/o han atendido a mi esposo (Dr. S.; Dr. D.), a fin de que remitan el original o copia certificada de su historia clínica.

7. En caso de desconocimiento de la documental acompañada con la acción, se libren oficios a las autoridades públicas o privadas de las cuales emanan, requiriendo su reconocimiento o la remisión de fotocopias certificadas.

Pericial médica

En caso de desconocimiento, se desinsacule perito médico oficial, especialidad neurología, para que teniendo a su vista los antecedentes obrantes en la causa, produzca informe sobre la condición física de la actora. Se reserva el derecho de ampliar y/o especificar los puntos de pericia.

VII. Medida cautelar

Que en base a los argumentos de hecho y de derecho hasta aquí expuestos, y en función del mayor daño o perjuicio que para mi salud podría derivarse de no hacerse lugar a la medida, solicito a V.S. que disponga *que la Obra Social accionada cubra en forma inmediata el 100% del costo que demandan 20 sesiones de oxigenoterapia en cámara hiperbárica a realizarse en el lapso de un mes, y dos sesiones por semana en los 30 días subsiguientes, con los traslados incluidos –ida y vuelta– entre mi domicilio y el Centro de Medicina hiperbárica.*

Solicito asimismo que se haga lugar, en su momento, a la *ampliación de la medida cautelar que dejo planteada*, a efectos de que la Obra Social demandada *se haga cargo de la cobertura del costo íntegro de las restantes sesiones (traslados incluidos), según el detalle ya efectuado (2 sesiones por mes en el tercer mes y una sesión por mes desde el cuarto al duodécimo mes inclusive, repitiendo este programa anual a partir del décimo tercer mes)*, hasta tanto se dicte resolución definitiva en autos.

Asimismo, y de acuerdo a la propia ley que organiza el sistema nacional de salud, dado que el Estado debe garantizar la cobertura médica asistencial, y esto exige su intervención subsidiaria cuando las personas y/ las obras sociales no pueden cubrirlas, pido que subsidiariamente se ordene al Estado Nacional a afrontar el costo de dichas sesiones.

Como se dijo, de los antecedentes fácticos relatados y normas jurídicas invocadas, surge el “fumus bonis iuris”, pues es evidente la naturaleza, seriedad y gravedad de la afección que padeczo, y el derecho que me asiste a recibir la atención necesaria y específica acorde a mi padecimiento.

También concurre en el caso el “peligro en la demora”, ya que ha sido el especialista que me atiende quien ha descripto la gravedad de la patología que sufro. Por ello, surge evidente el periculum in mora, ante el agravamiento progresivo de mi salud y el deterioro de mi calidad de vida, en el supuesto de denegarse la medida aquí solicitada. El daño que se me produce es de muy difícil reparación ulterior, siendo innecesario agregar más por sobre el dictamen del propio médico.

En cuanto al requisito de contracautela, en atención a mi actual y afflictiva situación económica, en cuya virtud habré de solicitar el beneficio de litigar sin gastos, solicito que la caución sea requerida en la modalidad juratoria.

La Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata ha hecho lugar a medidas cautelares innovativas en casos de amparo (cfr. CFAMdP, 17/6/99, “F. H.N.”, DJ 2000-1-781; 17/6/99, “Recalde, Norberto c/dirección Bienestar de la Armada s/acción de amparo –expedientillo por apelación de medida cautelar”, expte. n° 4177, reg. T. XXIII-Fo.4759; entre otros).

Por su parte, la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que el dictado de medidas precautorias no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido (Fallos 317:978, consid. 4º, con cita de Fallos 306:2060).

VII. Beneficio de gratuidad (art. 20 L.C.T.) y subsidiariamente beneficio de litigar sin gastos

Que atento la acuciante situación económica por la que atravieso, que ha llevado incluso a la Sra. Defensora Oficial a aceptar representarme en su carácter de Defensora de Pobres, es que solicito la aplicación del criterio sentado en los expts. n° 56.245, “Herrera, Elena Elvecia c/PAMI s/amparo”, n° 56.792, “Calderón, Natividad L. C/INSSJP yP s/amparo” (Secretaría N° 1, Juzgado Federal No. 2), nro. 40763, “Mallada, Rosa c/INSSJP s/Amparo” y nro. 41553 “Melerio,

Enrique c/INSSJP s/Amparo” (Secretaría Nro. 3, Juzgado Federal Nro. 4), en los que se concedió a los actores el beneficio de gratuidad del art. 20 de la LCT.

Sin perjuicio de ello, subsidiariamente solicito se me otorgue el beneficio de litigar sin gastos, concediéndome en forma inmediata el beneficio provisional, para lo cual se ofrece a los siguientes testigos:

M. G. D., D.N.I ..., domiciliada en ... de esta ciudad.

I. B., CIPF ..., domiciliado en ... de Mar del Plata.

M. S. I., L.C. ..., domiciliada en ... de esta ciudad.

Los nombrados depondrán acerca del siguiente interrogatorio: i) por las generales de la ley; ii) si conoce a la Sra. M. R. V.; iii) cuál es la situación económica general de la Sra. V.; iv) si la Sra. V. tiene, en concreto, medios económicos suficientes para afrontar los gastos y costos de este proceso; v) razón de sus dichos.

Se acompaña también recibo de haber previsional, interrogatorio y actas con la declaración de los mismos en los términos de lo normado en los arts. 440 primera parte, 441 y 443 CPCCN (cfr. art. 79 del CPCCN modificado por la ley 25.488)

VIII. Reserva Caso Federal

Que en virtud de la naturaleza constitucional de los derechos lesionados, hago expresa reserva del caso federal (art. 14 ley 48).

IX. Autorización

La Dra. Patricia A. G. Azzi, Defensora que me patrocina, autoriza al personal asignado a la Defensoría Pública Oficial a su cargo, Dra. Natalia E. Castro, Sra. Raquel A. Khoulmanian, Srita. Ayelén Cano Lawrynowicz, y Sres. Leandro Favaro y Hércules Giffi, a practicar diligencias, retirar copias, trasladados, exhortos, examinar expedientes, dejar nota, retirar cédulas y mandamientos, oficios, testimonios, etc, y realizar cualquier otra gestión respecto de la cual fuere suficiente esta autorización.

X. Eximición de copias

Teniendo en cuenta la voluminosidad de la prueba documental acompañada, que por

su número o cantidad es de difícil reproducción dado el costo que ello demanda, solicito a V.S. que exima a mi parte de acompañar las copias respectivas (art. 121 C.P.C.C.N., por remisión art. 17 ley 16.986).

Pido a V.S. que considere, además, la imposibilidad fáctica que deriva de mi actual situación económica, que me ha llevado a solicitar la concesión del beneficio del litigar sin gastos y a actuar en el proceso con el patrocinio de la Sra. Defensora Pública Oficial, en su carácter de Defensora de Pobres.

XI. Petitorio:

- Por todo lo expuesto, solicito a V.S.:
1. Se me tenga por presentada, por parte y por constituido el domicilio legal.
 2. Se libre oficio de estilo a fin de que se proporcione en forma urgente, dentro del plazo perentorio que V.S. disponga, un informe circunstanciado de los antecedentes del caso y de los fundamentos del proceder aquí impugnado (art. 8º ley 16.986).
 3. Se agregue la documental acompañada y se tenga presente la restante prueba ofrecida.
 4. Se haga lugar a la medida cautelar innovativa peticionada a los fines de que la Obra Social accionada brinde inmediata e íntegra cobertura a las sesiones iniciales del tratamiento de oxigenoterapia en cámara hiperbárica, teniéndose presente la ampliación de la precautoria para concederla en su oportunidad, mientras se aguarda el dictado de la sentencia definitiva.
 5. Se otorgue el beneficio de gratuidad o, subsidiariamente, el beneficio de litigar sin gastos, proveyendo de inmediato a la concesión del provisional.
 6. Se tengan presentes las autorizaciones conferidas.
 7. Se haga lugar a la eximición de copias.
 8. Oportunamente, se dicte sentencia haciendo lugar íntegramente a esta pretensión, a fin de que la Obra Social de Telecomunicaciones de la República Argentina (O.S.T.E.L.) o, subsidiariamente el Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con discapacidad), cubra el 100% del costo del tratamiento anual de oxigenoterapia en cámara hiperbárica, según el detalle de cantidad de sesiones y frecuencia ya efectuado, con expresa imposición de costas.

**Proveer de conformidad,
Será Justicia.**

Plantea inconstitucionalidad art. 26 (ley 24.767). Peticiona excarcelación

Señor Juez Federal:

Roque Ramón Bronzuoli, Defensor Oficial de *CRISTIAN ÓSCAR LÓPEZ*, en los autos caratulados: “*LÓPEZ, CRISTIAN ÓSCAR p/EXTRADICIÓN (Juez letrado de Primera instancia en lo penal y de menores de 4to. Turno de Maldonado/Uruguay)*”, en trámite por Expte. N° 402/05, a V.S. respetuosamente DIGO:

I. Objeto

Que, vengo en legal forma a interponer el presente planteo de inconstitucionalidad, a efectos que de consumo con los hechos y el derecho aplicable, se decrete la Excárcelación de mi amparado mientras se sustancie el proceso extradictorio, conforme los lineamientos que seguida y sucesivamente expongo.

II. De la inconstitucionalidad

Que, conforme se desprende de la causa en análisis, mi asistido se encuentra privado de libertad, en virtud del trámite de extradición que se sigue con motivo de la petición formulada por la República Oriental del Uruguay.

Corresponde efectuar un modular análisis de la normativa aplicable al caso y la interferencia de la misma con lo vertido por nuestra Constitución Nacional y los Tratados que constituyen el bloque constitucional (art. 75, inc. 22).

En este orden, resulta que el tratado de extradición firmado con el país requirente –Aprobado por Ley 25.304–, contempla disposiciones cautelares en el Capítulo VII, Artículo 24, norma por la cual el Estado requirente puede pedir la detención, potestad de la que no hizo uso la República Oriental del Uruguay, conforme se desprende de la documental adunada a las actuaciones que corren en la presente causa.

Que, en otro orden, resulta aplicable al procedimiento extradictorio DE la Ley 24.767 (de Cooperación Internacional en Materia Penal), que en el artículo 26 dispone el trámite judicial a seguir. El segundo párrafo de esta norma veda la aplicación de la normativa procesal correspondiente a los institutos de eximición de prisión y de excarcelación que se aplica en procesos convencionales.

Es entonces cuando se impone la necesidad de confron-

tar el artículo 26 de la Ley 24.767 con el bloque constitucional, de lo cual se desprende que esta regulación normativa contraría de modo ostensible claras disposiciones de índole constitucional, como así también viola compromisos asumidos en tratados internacionales, circunstancia además que va en contra del lo exigido por el art. 27 de la Convención de Viena (Tratado de los Tratados), esto es, que un Estado signatario de tratados no puede invocar legislación interna para incumplir los tratados de los que resulta parte.

La cuestión se encuentra íntimamente relacionada con la afectación del principio de inocencia, consagrado en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional,y el art. 8º, inciso segundo, del Pacto de San José de Costa Rica, que yuxtapuestos con el art. 26 de la mencionada ley nos muestra una franca oposición, por lo cual se debe concluir que esta regla (art. 26-Ley 24.767) es inconstitucional.

Esto es en esencia lo sostenido en diversos pronunciamientos referidos a determinar la prohibición de aplicar los institutos de Exención de Prisión y Excárcel durante el trámite de Extradición siguiendo los linEamientos de la Ley 24.767, Vgr. C. 29133 “Gómez, Manuel s/excarcelación”, 14/10/97, reg. N° 835 – CNCrimy CorrecFed – Sala 1ra.

La misma Sala integrada por los magistrados Viglione y Riva Aramayo, ratificaron la dirección de esta postura al expresar: “... *El tribunal reitera su doctrina sentada en autos GÓMEZ, M. del 14.10.97 (Reg. nro. 835) en cuanto declara la inconstitucionalidad del art. 26 segundo párrafo de la ley 24.767, expresa además que a resultas de tal tacha la procedencia de la excarcelación debe apreciarse conforme a las reglas generales sobre excarcelación contenidas en el Código Procesal Penal de la Nación*” (C.Nac.Crim.yCorr.Fed., s/excarcelación, 17/12/1998).

Luego, los jueces Catanni e Irurzun, integrantes de la Sala 2^a, concluyeron que “... Es inconstitucional el art. 26 de la ley 24.767, debiendo aplicarse las normas contenidas en el ordenamiento federal para la libertad provisional a los casos de extradición. Ello, en tanto, excluir la aplicación de las normas genéricas sobre exención de prisión y excárcel de los trámites extraditorios, viola el principio constitucional de igualdad, desde que los imputados por idénticos delitos cometidos en el país, bien pueden gozar de dicho beneficio, que es sistemáticamente negado a los sujetos sometidos a proceso extraditorio” (Cám.Nac.Crim.yCorr.Fed., sala 2º GOROSTIZA, Guillermo J. - 22/09/1998).

De suerte que las sucesivas confrontaciones de la norma con las leyes superiores efectuadas por las salas de la Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal, muestran palmaríamente que la disposición que se tacha de inconstitucional violenta garantías incommovibles como son el principio de inocencia y el de igualdad, estableciendo repugnantes diferencias en el tratamiento de la prisión preventiva entre ciuda-

danos sometidos a un proceso penal en el ámbito de la jurisdicción federal por supuestas conductas delictivas realizadas en el territorio argentino, y un presupuesto diferente para iguales conductas desplegadas en el extranjero, lo que da sustento en definitiva a la pretensión articulada.

Ergo, la simple confrontación entre el art. 26 de la Ley 24.767 con las normas de jerarquía superior, muestran claramente tal contradicción que conlleva la pretensión de declaración de inconstitucionalidad introducida y la consiguiente aplicación en la especie del trámite previsto por las reglas generales establecidas en el orden federal para la libertad provisional.

III. Viabilidad de la excarcelación

Bajo los parámetros ofrecidos, el resultado conduce a la inconstitucionalidad de la regla, por lo cual corresponde entonces abordar la segunda cuestión, es decir el planteo excarcelatorio.

A tal fin, conviene establecer el encuadramiento legal de los hechos por los que se reclama la extradición de López, los que están plasmados en el Exhorto de fs. 45 y la documental aneja que luce a fs. 66 a 74 del expediente de autos.

Así, resulta que los supuestos consortes de causa Elbio Rubén Medina Tes y Héctor Goicochea Lavega recibieron una condena de dos (2) años y ocho (8) meses de penitenciaría, mientras que Carlos Carrasco Cabrera fue condenado a quince (15) meses de prisión, lo que anticipa en un encuadre provisorio realizado en abstracto en relación a mi amparado, que las eventuales penas que pueden recaer en cabeza del pretendido jamás superarían la de los otros consortes de causa, en virtud de las posibles conductas desplegadas que se le reprocharían, sin que este primario análisis signifique reconocimiento alguno de la existencia de tales conductas.

De tal modo, teniendo presente los parámetros de la ley adjetiva, corresponde solicitar la excarcelación de mi defendido, bajo caución juratoria en virtud de los elementos que siguen, y lo preceptuado por los artículos 316 y 317 de la Ley Penal adjetiva.

Que la petición nace de lo normado por

el artículo 318 CPPN, que autoriza la petición del derecho a permanecer en libertad de mi asistido, al tiempo que se debe destacar interpretación restrictiva del máximo rango coerción personal, atento a lo dispuesto por el art. 2º en función del art. 280 del catálogo formal.

El eje cardinal es la libertad personal, la que sólo puede ser restringida en los límites absolutamente indispensables, conjugando las normas antes indicadas con los arts. 316 a 319 del rito, y teniendo presente entonces como únicas hipótesis restrictivas elementos certeros que hagan presumir que el incuso intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer la causa.

Que, en este orden, estando encuadrado el presente caso en las Leyes 25.304 y 24.767 y habiéndose expresado el imputado –en uso de su derecho– a gozar del privilegio de permanecer en suelo argentino en virtud de su condición de nacional, corresponde conceder la libertad de la Nación” (C.Nac.Crim.y Corr.Fed., s/excarcelación, 17/12/1998).

Luego, los jueces Catanni e Irurzun, integrantes de la Sala 2^a, concluyeron que “... Es inconstitucional el art. 26 de la ley 24.767, debiendo aplicarse las normas contenidas en el ordenamiento federal para la libertad provisional a los casos de extradición. Ello, en tanto, excluir la aplicación de las normas genéricas sobre exención de prisión y excarcelación de los trámites extraditorios, viola el principio constitucional de igualdad, desde que los imputados por idénticos delitos cometidos en el país, bien pueden gozar de dicho beneficio, que es sistemáticamente negado a los sujetos sometidos a proceso extraditorio” (Cára.Nac.Crim.yCorr.Fed., sala 2º GOROSTIZA, Guillermo J. - 22/09/1998).

De suerte que las sucesivas confrontaciones de la norma con las leyes superiores efectuadas por las salas de la Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal, muestran palmariamente que la disposición que se tacha de inconstitucional violenta garantías incombustibles como son el principio de inocencia y el de igualdad, estableciendo repugnantes diferencias en el tratamiento de la prisión preventiva entre ciudadanos sometidos a un proceso penal en el ámbito de la jurisdicción federal por supuestas conductas

delictivas realizadas en el territorio argentino, y un presupuesto diferente para iguales conductas desplegadas en el extranjero, lo que da sustento en definitiva a la pretensión articulada.

Ergo, la simple confrontación entre el art. 26 de la Ley 24.767 con las normas de jerarquía superior, muestran claramente tal contradicción que conlleva la pretensión de declaración de inconstitucionalidad introducida y la consiguiente aplicación en la especie del trámite previsto por las reglas generales establecidas en el orden federal para la libertad provisional.

IV. Contracautela

Que, atento a la procedencia de aplicabilidad del Cese de Prisión en el sub-lite vengo a peticionar a V.S. que al momento de resolver el mismo, se conceda bajo la regla de la caución juratoria.

Que, fundamento tal petición, en la carencia de recursos suficientes de mi amparado, y atendiendo a que la fijación de una caución contraria a la juratoria como cautela del juzgador, tornaría inaplicable e írrito el derecho de obtener inmediatamente la libertad por parte de mi defendido.

V. Reserva del Caso Federal

Atento a la directa raigambre constitucional de los derechos que sustentan la pretensión articulada, ante el hipotético e improbable caso de que no se hiciera lugar al planteo interpuesto, hago expresa reserva de la Cuestión Federal, para ocurrir ante el Tribunal superior de la causa (*precedente Di Nunzio*) y la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación por el procedimiento previsto en el art. 14 de la Ley N° 48, en virtud que se lesionarían derechos y garantías constitucionales específicamente detallados en el presente memorial.

VI. Petitorio

Por lo expuesto a V.S. SOLICITO:

1º) Tenga por formulado planteo de Inconstitucionalidad del art. 26 de la Ley 24.767 en los términos expresados.

2º) Por interpuesto pedido de excarcelación conforme el numeral III.

3º) Tenga presente la Reserva del acápite V.

4º) Oportunamente se haga lugar al planteo deducido, disponiendo le libertad inmediata de Cristian López bajo caución juratoria.

Proveer de conformidad.

Corrientes, 27 de octubre de 2006.

Y visto:

Para resolver en este Incidente caratulado: “**Defensor Oficial - Dr. Bronzuoli s/Planteo de Incostitucionalidad” en Expte. 402/05** expte. caratulado “López Cristian Oscar s/extradición (Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal y de Menores de 4to. turno de Maldonado/Uruguay); y

Considerando:

I) La presentación formulada por la defensa de Cristian Oscar López, promovido por el Dr. Roque Ramón Bronzuoli - Defensor Oficial, que en escrito de fs. 1/3, plantea la inconstitucionalidad de la Ley N° 24.767, en su art. 26, como así también como consecuencia de dicho planteo peticiona la excarcelación.

El Incidentista señala que del análisis del expediente principal, López se encuentra privado de libertad en virtud del pedido de extradición por la República Oriental del Uruguay; que resulta aplicable al procedimiento extritorio la Ley 24.767 (Ley de Cooperación internacional en Materia Penal), que en el art. 26 dispone el trámite judicial a seguir. El segundo párrafo de ésta norma *veda la aplicación de la normativa procesal correspondientes a los institutos de exención de prisión y de excarcelación que se aplica en procesos convencionales.*

Cuando se impone la necesidad de confrontar el artículo 26 de la Ley 24.767 con el bloque constitucional, de lo cual se desprende, que ésta regulación normativa contraría de modo ostensible claras disposiciones de índole constitucional, como así también viola compromisos asumidos en tratados internacionales, circunstancia además que va en contra de lo exigido por el art. 27 de la Convención de Viena (Tratado de los Tratados) esto es, que un Estado signatario de tratados no puede invocar legislación interna para incumplir los tratados de los que resulta parte.

II) Ante el planteo interpuesto se dio vista al Sr. Fiscal quien en su dictamen expresa “...que adhiere al planteo impetrado por la Defensa, por lo que S.Sa. puede hacer lugar al beneficio de excarcelación solicitado, previa caución que deberá prestar en debida forma y siguiendo de manera estricta los

requisitos exigidos para la libertad provisional. Ello es así, tomando en consideración el período prolongado de detención por el que atraviesa el imputado Cristian López, el delito que se le achaca en el Estado requirente, el cual sería de ejecución condicional en nuestro país y las garantías de detención las cuales se podría someter el imputado en el vecino país no serían las propicias. Así lo entendió el Procurador General de la Nación, Dr. Nicolás E. Becerra en el Fallo “Gorostiza” de fecha 22/02/2000 y “Armenacovich” de fecha 3/7/98 de la Cámara Nac. Criminal y Correccional Federal Sala I^a, entendiendo que los reparos que presenta la norma analizada, no se desvirtúan con las previsiones de los artículos 11°, inc. “e”, 28°, 30° segundo párrafo y 51° de la Ley 24767, pues ni el eventual cómputo del tiempo de detención sufrido durante el trámite del juicio de extradición, ni la posibilidad de allanarse el requerido a la solicitud de traslado, ni la supuesta celeridad del juicio respectivo, representan razones válidas para comprometer los derechos a la libertad e igualdad reconocidos por la Ley Suprema y los tratados de derechos humanos incorporados (art. 75, inc. 22° de la C.N.”).

III) Que del análisis de autos en expediente principal, la detención de Cristian López con fines de extradición solicitada por la República Oriental del Uruguay, desde el 14 de diciembre de 2005, surge en virtud de hacer cumplir las obligaciones internacionales inherentes a la extradición de quien haya delinquido, por lo que queda sujeto al proceso, y con lleva a la privación de su libertad ambulatoria.

Que conforme lo establece el art. 26, segundo párrafo de la ley 24.767 establece que “... en el trámite de extradición no son aplicables las normas referentes a la exención de prisión o excarcelación...” ésta prevención corresponde en virtud de que quien eludió la justicia ausentándose del país donde delinió.

Asimismo, es dable expresar que confrontando con los principios de génesis constitucional, el referido artículo en el párrafo señalado ignora que a los procesados o condenados inclusive se les reconoce el derecho de gozar de la libertad cuando están sujetos a un proceso y que el régimen de privación de la libertad en forma preventiva debe conside-

rarse como excepcional, teniendo en cuenta lo normado por el art. 2 del Cód. Procesal Penal de la Nación en cuanto a que toda disposición legal que coarte la libertad personal, que limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código, o que establezca sanciones procesales, deberá ser interpretada restrictivamente.

Con relación al pedido liberatorio, ha de dejarse sentado que el tratado de extradición firmado con el país requirente –Convenio de Montevideo del 26/12/33, dec.-ley 1638– no posee disposiciones que instrumentalicen el instituto de la excarcelación, por lo que en virtud de lo dispuesto por el art. 2º de la ley 24.767 y la remisión al derecho interno del país requerido para la solución de las cuestiones incidentales reglada por el art. 8º del convenio internacional, la regulación normativa del caso sería la prevista en el art. 26 de la ley mencionada. Mas, ha sostenido esta sala, que esta norma de modo ostensible contraría claras disposiciones de índole constitucional, como así también viola compromisos asumidos en tratados internacionales. Asimismo, se valoró que la cuestión se encuentra íntimamente relacionada con la afectación del principio de inocencia, consagrado en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y el art. 8º, inciso segundo, del Pacto de San José de Costa Rica y a los cuales el art. 26 de la mencionada ley se muestra respecto de la cuestión en análisis, en franca oposición, por lo cual se ha concluido que dicha norma es inconstitucional (ver c. 29133 “Gómez, Manuel s/excarcelación, rta. el 14/10/97, reg. N° 835 y sus citas, entre otros precedentes).

Por todo lo expuesto, y atento la penalidad mínima prevista por la norma antes citada, la excarcelación postulada resulta procedente, de conformidad con lo dispuesto por el art. 317, en función del Cód. de rito, en tanto se encuentran ausentes las restricciones previstas por el art. 319 ídem en razón de que Cristian López se encuentra regularmente residiendo en nuestro país, posee documentación nacional, domicilio, y que la sujeción del nombrado al proceso extraditorio puede ser garantizada mediante la imposición de una adecuada caución, y la imposición de presentarse ante Juzgado regularmente.

En virtud de las consideraciones que preceden, el Tribunal RESUELVE: 1) DECLARAR la inconstitucionalidad del art. 26 de la ley 24.767. 2) DISPONER la inmediata libertad de Cristian Oscar López, cuyos demás datos personales obran en autos, bajo caución juratoria. Librándose oficio a la U-7 y a Gendarmería Nacional a sus efectos. 3) HACER SABER a Cristian Oscar López que: a) No podrá ausentarse de la República Argentina (art. 33 in fine de la ley de Cooperación Internacional, b) Deberá fijar domicilio en la Ciudad de Corrientes, capital, no pudiendo ausentarse del mismo sin previa autorización del Juzgado. En caso de modificación de domicilio deberá informar con debida antelación, y está sujeto a expresa autorización del Juzgado, c) Deberá presentarse en forma mensual, ante el Juzgado Federal de esta Ciudad, dentro de los primeros cinco días hábiles de cada mes.

Interpone recurso extraordinario

Excelentísima Cámara:

Guillermo Lozano, Defensor Público Oficial ante la Cámara Nacional de Casación Penal, a cargo de la defensa de María Marta Almeida, en los autos Nro. 5532 del registro de la Sala I de esa Excma. Cámara, caratulados: “ALMEIDA, María Marta s/ recurso de casación”, a V.V.E.E. me presento y digo:

I. Introducción

Que en tiempo, forma y de acuerdo a lo preceptuado en los arts. 256 y 257 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación, vengo a interponer el recurso extraordinario federal contemplado en el artículo 14 de la Ley 48, contra la sentencia del Tribunal de V.E. de fecha 29 de octubre del corriente año (fs. 106/124 vta.), que en su parte dispositiva resolvió rechazar los recursos de casación e inconstitucionalidad interpuestos por la Defensa Pública Oficial de María Marta Almeida; declarar la constitucionalidad del artículo 24 del Código Penal en cuanto ordena computar “por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión”; y confirmar, con costas, la resolución apelada.

Por las razones que a continuación expondré, solicito anticipadamente se conceda el recurso interpuesto a fin de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación deje sin efecto el pronunciamiento de V.E..

II. Antecedentes de la causa

El Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 30 de esta Ciudad rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art. 24 del Código Penal y del art. 7º de la ley 24.390 en relación a la diferente forma que mandan a computar el tiempo de prisión preventiva respecto a la pena de reclusión y, por mayoría, desestimó la aplicación ultraactiva de la ley 24.390 y dispuso la de la ley 25.430 en cuanto introdujo modificaciones aplicadas al cómputo de la pena impuesta a María Marta Almeida, estableciendo que debía estarse al practicado a fs. 3132.

Contra dicha resolución los Defensores Públicos Oficiales, Dres. Claudio Martín Armando y Gustavo Martín Iglesias, interpusieron recurso de casación e inconstitucionalidad.

Manifestaron al respecto que el art. 24 del C.P. resulta violatorio de las *garantías de igualdad ante la ley y presunción*

de inocencia (arts. 16 y 18 de la Constitución Nacional), del art. 8°, inc. 2° y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y de los arts. 14, incs. 1° y 2° y 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, de la *prohibición de la irrazonabilidad de los actos de gobierno* que se desprende del art. 28 de la C.N., en particular relacionada con la *detención arbitaria* (arts. 7°, inc. 3° de la primera Convención y 9° de la segunda). Por constituir una derivación de la norma anterior, extendieron su cuestionamiento al art. 7° de la ley 24.390.

Aclararon que el planteo no está dirigido a cuestionar –en abstracto– la pena de reclusión escogida por el tribunal de mérito, pues es una de las previstas en el art. 5° del Código Penal, cuya característica principal es su mayor rigor respecto de la pena de prisión (confr. fs. 50 vta.); sino a objetar el cómputo de la prisión preventiva contenido en el art. 24 del Código Penal cuando se aplica dicha pena, por cuanto su sentido fue profundamente modificado por las normas penales posteriores, al punto de hacerle perder toda razonabilidad. En apoyo de su postura citaron la opinión de Zaffaroni, quien al estudiar el art. 24 del C.P. manifiesta que “*alberga serias dudas acerca de la vigencia del art. 24 del Código Penal, puesto que bien puede argumentarse que, desde que conforme a la ley penitenciaria nacional ha dejado de ser más afflictiva la ejecución de la pena de reclusión, carece ya de fundamento la desigual imputación de la prisión preventiva a la reclusión*” (Tratado de Derecho Penal, T. V, pág. 138).

Expresaron que una primera aproximación podría llevar a pensar en su derogación por la Ley Penitenciaria Federal, actualmente reemplazada por la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad N° 24.660 que, como lo hacía la anterior, en su art. 229 dispone que es complementaria del Código Penal. De su articulado surge que se impone una única modalidad de cumplimiento de las penas privativas de la libertad, sin diferencia alguna entre los condenados a reclusión o prisión.

Aclararon los impugnantes que sin sostener la tesis de su derogación, dado que en nuevos tipos penales se continúa contemplando la reclusión como pena, *cuestionan que la ley 24.390 mantenga en su art. 7° el cómputo diferenciado para la prisión y reclusión; e impugnaron el mecanismo de compensación de la prisión preventiva por irracional*.

Para dar sustento a su postura los recurrentes citaron, además, la opinión de Jorge de la Rúa (fs. 51/vta.) y manifestaron que, para el sistema del Código Penal, quien debía cumplir una pena de prisión se beneficiaba con la reducción de su tiempo de encierro sufrido en iguales condiciones de rigor, ya que cada día de prisión preventiva equivale a uno de prisión. En cambio, como el cumplimiento de la reclusión tenía un régimen más severo, impuesto por el art. 6° del C.P. y morigerado para ciertos reos por el art. 7°, si se permitiera descontar del tiempo de reclusión un plazo igual al de la pri-

sión preventiva, se perjudicaría injustamente a quien debía cumplir la pena íntegra frente a quien venía padeciendo la prisión preventiva y, por ello, dos días de esta última equivalían a uno solo de reclusión. Así, de acuerdo con las reformas que sufrieron las modalidades de ejecución, el cómputo diferenciado ha perdido toda razón de ser, por lo que resulta arbitrario. Indicaron que si antes el motivo era no permitir descontar en pie de igualdad los días de prisión preventiva a un penado y a un recluso, ahora se castiga indebidamente a éste, aumentando sin sujeción racional la pena según el tiempo de prisión preventiva padecido.

Señalaron los recurrentes que *el defecto no surge de evaluar la situación entre un penado y un recluso, sino la de este último según el plazo de prisión preventiva sufrido*. Almeida se hallaría en el peor de los supuestos –el de quien permaneció en prisión preventiva más de dos años– pues por aplicación del art. 24 C.P. deberá permanecer en encierro más tiempo que el de la pena impuesta. *Si hubiese permanecido libre hasta el fallo y luego de éste se hubiese presentado o sido detenida, cumpliría sólo los veinte años que se le impusieron y no más, como sucede aquí, por haber permanecido en prisión preventiva tres años, ocho meses y nueve días*. Queda claro que cuanto menos tiempo haya sufrido una persona en prisión preventiva que después será condenada a pena de reclusión, en mejor situación estará, pues estará menos tiempo a calcular al momento de practicarse el cómputo respectivo.

Adunaron que, por la circunstancia de haber ejercitado su *derecho al recurso* (art. 8°.2.h de la C.A.D.H.), la condenada se “*ha perjudicado por cuanto de ello derivó una prolongación de su prisión preventiva y, por ende, una disminución de su real tiempo de detención*”. De tal modo se cercena el mencionado derecho e impulsa al consentimiento del fallo para evitar el indicado perjuicio, temor que debe ser aventado con el mismo fundamento de la garantía que prohíbe la reformatio in pejus (Fallos: 234:270, entre otros).

De seguido expresaron los impugnantes que la situación empeora aún con el tiempo en que un condenado a reclusión permanece

detenido en prisión preventiva al superar los dos años de encierro pues, mientras que al que será condenado a pena de prisión se le computará doble ese lapso, para quien lo sea a pena de reclusión lo será simple por aplicación del art. 7º de la ley 24.390.

Los defensores públicos oficiales, por tanto, extendieron los cuestionamientos del art. 24 del C.P. al art. 7º de la ley 24.390 porque dicho aumento en el tiempo de encierro no resulta, como a primera vista pareciera, del mayor rigor de la pena de reclusión, que legalmente no difiere en cuanto a su ejecución de la pena de prisión. Así, el *imperativo de equidad* que guiaba al art. 24 del Código Penal ha sido desvirtuado y se castiga más al imputado que ha sufrido prisión preventiva que a quien no la sufrió y, especialmente, se castiga con más rigor a quien más padecimientos ha tenido.

Recordaron los recurrentes que de ese modo se vulnera en mayor medida el principio de inocencia que siempre causa la prisión preventiva; y se afecta la igualdad ante la ley, cuando en un mismo proceso dos personas pueden ser juzgadas por el mismo hecho, condenadas a igual pena, pero por haber padecido tiempos diferentes de encierro preventivo, justamente quien sufrió el mayor ha de purgar más tiempo en la cárcel.

Con cita de la opinión de Sebastián Soler en su carácter de Procurador General de la Nación (Fallos C.S.J.N 234:482 y 303:917) acerca de las consecuencias sistemáticas de un pronunciamiento jurisdiccional, los recurrentes manifestaron que “*el art. 28 del la C.N., si bien se refiere a la razonabilidad con que deben reglamentarse los derechos individuales, debe entenderse como un principio que nutre la totalidad del ordenamiento jurídico y que opera como una directiva dirigida a las autoridades creadas por la Constitución en la interpretación y aplicación de sus cláusulas y demás disposiciones normativas. En tal sentido –afirmaron– debe preferirse toda exégesis que consulte elementales principios de racionalidad y proporcionalidad y que atienda a elementales razones de justicia, por sobre aquellas que lleven a un resultado disvalioso en su aplicación*” (ver fs. 53).

Después de transcribir los votos de los

jueces Valle y Ursi que hicieron lugar a un planteo de inconstitucionalidad del art. 24 del Código Penal –ver fs. 35 vta./43 vta.– memoraron los recurrentes el dictamen fiscal de fs. 15/20 en cuanto sostuvo que la aplicación de la cuestionada regla del art. 24 del código de fondo podría llevar, en los hechos, al cumplimiento de una pena más allá de los límites sancionatorios previstos por el propio legislador, tornándola ilegal y, por ende, inconstitucional (confr. en razón de brevedad fs. 53 vta.).

En cuanto a las cláusulas de los tratados sobre derechos humanos dijeron los defensores que prohíben la detención arbitraria, y que si bien en principio se dirigen a los actos de aprehensión o detención sin causa judicial, o con carácter previo a ella, “*nada impide su aplicación a restricciones de la libertad personal de mayor afectación como son las resultantes de una pena y un proceso*”.

Reiteraron los impugnantes que en la actualidad las modalidades de ejecución de las penas de reclusión y de prisión son similares, sin la diferencia de los trabajos forzados que no existen y que lo eran en función de un tratamiento de especial rigor, difícilmente compatibles con las previsiones del art. 10, inc. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del art. 16, inc. 1º de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Por lo que “*con la desaparición de la desigualdad en la ejecución también cayó el fundamento del cómputo dispar de la prisión preventiva para los condenados a reclusión y prisión...*”.

Los impugnantes aseveraron que la individualización de la pena de reclusión impuesta puede abarcar, al momento del fallo, circunstancias posteriores a él que estaban fuera de toda evaluación judicial, señalando que en el caso de Almeida actualmente se encuentra en trámite en la Corte Suprema de Justicia de la Nación un recurso de hecho, cuyo resultado final se desconoce. Por lo que si se decide hacer lugar a esa presentación directa, el lapso que va del 7 de abril de 2003 –fecha en que se rechazó por esta Sala el recurso extraordinario– y la fecha del nuevo pronunciamiento pasaría a ser nuevamente considerado como de prisión preventiva y reducido, por tal razón, a la mitad. Además, si se advierte que la sentencia del Tribunal Oral que condenó a Almeida a la pena de 20 años de reclusión data del 12 de julio de 2002, y que fue recurrida por ella y no por el Ministerio Público Fiscal, resulta que *por ejercer su derecho de raigambre constitucional a la doble instancia*, que dejando de lado ulteriores cuestionamientos habría tenido respuesta el 7 de abril de 2003, *debe cumplir un tiempo adicional de encierro de 4 meses y 13 días*.

Por otro lado, los Defensores Públicos Oficiales interpusieron recurso de casación basado en el inciso 1º del art. 456 del C.P.N.. Expresaron que la errónea aplicación de la ley sustantiva se verificó al no realizarse el cómputo según los

arts. 7º y 8º de la ley 24.390, en su redacción originaria, que deben regir en el caso por aplicación del principio receptado en los arts. 2º y 3º del Código Penal.

Los recurrentes fundaron su oposición al cómputo por haberse omitido aplicar lo dispuesto en el art. 7º de la ley 24.390, que establecía un mecanismo de cálculo privilegiado denominado vulgarmente dos por uno, en función del *principio constitucional que establece la ultractividad de la ley penal más benigna*, precepto cuya base está en las previsiones del art. 18 de la Constitución Nacional y en el art. 9º de la Convención Americana de Derechos Humanos –con rango constitucional conforme lo dispuesto por el art. 75, inc. 22– así como en los arts. 2º y 3º del Código Penal.

Para dar sustento a su postura los impugnantes citaron jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Convención Americana de Derechos Humanos y los arts. 2º y 3º del Código Penal (fs. 70 vta./71). Hicieron hincapié en la omisión de contar doble el tiempo sufrido en detención por Almeida a partir del 30 de julio de 2001 y hasta el 7 de abril de 2003 (fecha en que se rechazó el recurso extraordinario interpuesto), en función de lo dispuesto por el art. 7º de la ley 24.390 (tres años, cuatro meses y 18 días), por resultar más benigno.

Criticaron los abogados estatales el fundamento que esgrimió el tribunal oral para rechazar la impugnación al cómputo (fs. 71) y señalaron que la Cámara Nacional de Casación Penal se pronunció respecto de la ley 24.390, estableciendo en el fallo plenario “Molina” que se trataba de una ley de carácter mixto, que la modificación al art. 24 del Código Penal era una norma penal y, por lo tanto, gozaba de las prerrogativas prescriptas en los arts. 2º y 3º del código de fondo (conf., brevitatis causae, la transcripción del voto de la doctora Berraz de Vidal en dicho plenario –fs. 71/73–). Dijeron que dichos fundamentos echan por tierra la interpretación que realizó, por mayoría, el tribunal a quo cuando resolvió la oposición al cómputo oportunamente presentada, pues por medio del plenario se estableció claramente como doctrina obligatoria que los arts. 7º y 8º de la ley, al modificar el art. 24 del código sustantivo, tienen

carácter penal y, por lo tanto, deben ser aplicados retroactivamente, conforme lo disponen los arts. 2º y 3º del mismo ordenamiento. Recordaron que en ese sentido se expidió en autos la doctora Silvia Mora en su voto disidente (fs. 73 vta.).

Destacaron los impugnantes que: “...la interpretación desarrollada por el a quo con respecto al art. 2º del C.P. resulta derogatoria de una norma vigente dictada por el Congreso de la Nación, conforme al art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional, y por ende, viola el principio de división de poderes, arrojándose funciones que le son ajenas”. Y que ese tribunal afirmó erróneamente que: “el hecho que determina la ley aplicable en el presente caso, era el cumplimiento de los dos años de prisión preventiva, y no la fecha en que se cometió el hecho y como éste se efectuó durante la vigencia de la ley 25.430, esta ley era la que se debía aplicar”. Tal inteligencia queda desvirtuada por los argumentos del referido plenario “Molina” cuando resolvió la ultractividad de la ley 24.390 a los casos de los condenados con sentencia firme, más allá de que los arts. 1º, 2º y 3º del Código Penal disponen que la ley aplicable es la fijada por el momento de comisión del hecho delictivo.

Coligieron los defensores estaduales que, entonces, surge con claridad que existe cuestión federal que justificará eventualmente la interposición del recurso extraordinario, por cuanto se vulneró la garantía de la no retroactividad de las leyes penales del art. 18 de la C.N. y 9º de la Convención Americana de Derechos Humanos “que afirma en su primera cláusula un derecho, que es la consecuencia del principio tradicional del derecho penal liberal, de que no puede haber delito o pena sin previa tipificación legal. Después asienta el principio de irretroactividad de la ley penal, que establece una pena más grave y más tarde el de la retroactividad de la ley más benigna en cuanto a la pena” (Gros Espiell, Héctor, “La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos –Análisis comparativo–”, Ed. Jurídica de Chile, pág. 97).

Hicieron referencia los recurrentes al precedente “Tichellio” de esa Sala (fs. 73 vta./74) y dijeron que sus fundamentos resul-

tan a todas luces arbitrarios por constituir una afirmación meramente dogmática y derogatoria de la norma establecida en el art. 2º del Código Penal. Ello así, toda vez que si el ordenamiento penal establece que la ley aplicable a cada hecho será la vigente al momento de cometerse el delito u otra distinta, pero siempre que esta última resulte más benigna, el requisito exigido resulta –reiteraron– arbitrario y carente de todo sustento legal. En especial se aparta del último párrafo del art. 2º del Código Penal, que dispone que “*en todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho*”. Asimismo, afecta el artículo 18 de la Constitución Nacional pues sustituye la ley vigente a la fecha de haberse cometido el delito por otra posterior modificatoria, en forma desfavorable, de aquella que nuestra defendida conocía como vigente al tiempo de ser detenida.

Finalizaron los recurrentes considerando que los arts. 7º y 8º de la ley 24.390 son aplicables a este caso, por lo que debe computarse doble el tiempo transcurrido entre el 29 de julio de 2001 –fecha en que Almeida cumplió dos años en prisión preventiva– y el 7 de abril de 2003 –día en que quedó firme la sentencia condenatoria dictada en su contra, a los efectos de la ejecución de la pena–, por lo que solicitaron que se haga lugar al recurso de casación, y en consecuencia, se ordene que, por donde corresponda, se dicte un nuevo cómputo conforme con lo solicitado.

III. El fallo impugnado

Concedido el recurso intentado por el Tribunal inferior y dado que fue el trámite correspondiente en esa Sala I de la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal, con fecha 29 de octubre del corriente año dicho Órgano resolvió *rechazar los recursos de inconstitucionalidad y de casación interpuestos por la Defensa Pública Oficial de María Marta Almeida; declarar la constitucionalidad del art. 24 del Código Penal en cuanto ordena computar “por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión”; y confirmar, con costas, la resolución apelada*.

Para así decidir, los Señores Jueces ponderaron que:

“Después de reseñar los antecedentes del planteo de inconstitucionalidad efectuado por los defensores estatales de la condenada María Marta Almeida –que contó con opinión favorable del Fiscal General–, el tribunal de juicio a quo –por unanimidad– procedió a rechazarlo valido de las siguientes razones:

a.1) Los defensores –y también el representante del Ministerio Público Fiscal– no cuestionan la pena de reclusión según ‘la graduación punitiva prevista en el art. 5º del Código Penal’; y ‘reconocen las manifestaciones más gravosas que la pena de reclusión importa, las que subsisten en el Código Penal: plazo mayor de encierro para gozar de la libertad condicional (art. 13), prohibición de condena de ejecución condi-

cional (art. 26), prohibición del beneficio de segunda condenación (art. 27, 2º párrafo), diferencial escala penal en caso del art. 44, 2º y 3º párrafo'. Tal postura 'permite suponer que los impugnantes admiten que las diferencias entre las penas privativas de la libertad (prisión-reclusión) no responden a la forma en que el legislador haya dispuesto (que) deben ejecutarse sino a cuestiones jurídico-penales que se vinculan con la política criminal del legislador'. Tan ello es así, que los autores del planteamiento no han considerado 'derogada la preceptiva del art. 24 –en cuanto al cómputo diferencial– por la circunstancia de que la ley 24.660 imponga una única modalidad de cumplimiento, sin diferencia alguna entre los condenados a reclusión o prisión'.

a.2) En el planteo de la defensa 'subyace una clásica distinción entre los tratadistas: los que sostienen la diferente naturaleza de las penas definida en función de su ejecución (Zaffaroni) y los que entienden que la distinción es de raigambre constitucional (art. 69 de la Carta Magna), tal Sebastián Soler al sostener en relación al Anteproyecto de Código Penal –proyecto de reforma de 1960– que los motivos por los cuales mantenía la vigencia de ambas penas privativas de la libertad era: ...que es justo que exista una distinción entre la pena privativa de la libertad aplicable a ciertos delitos y a ciertos autores, sobre todo para subrayar el carácter del reproche que la pena comporta...'.

a.3) El argumento de que el distinto tratamiento dispensado por el art. 24 del Código Penal se sustenta, exclusivamente, en que se quiso compensar el agravamiento de las condiciones de ejecución que comportaba la reclusión aplicando un cómputo más gravoso al tiempo de prisión preventiva padecido en situación más benigna, no da 'la relevancia que corresponde a las restantes diferencias sustanciales que la norma penal establece entre una y otra pena'. Es que 'la demarcación firme entre la pena y su ejecución es la que da razón de ser a las manifestaciones más gravosas de la pena de reclusión enumeradas en párrafos anteriores independientemente de su modo material de ejecución. Se trata entonces de diferencias formales con

incidencia en el ámbito de los principios generales en materia penal relativos a institutos como la condena condicional, libertad condicional, tentativa y particularmente en lo que nos ocupa, el modo especial de computar el tiempo de la prisión preventiva en la pena de reclusión'.

a.4) Si se acepta la vigencia de la pena de reclusión y sus consecuencias distintas respecto de la de prisión en ámbitos tales como los regulados por los arts. 10, 11, 13, 26 y 44 del Código Penal, no es razonable –en función del orden de gravedad de las sanciones establecido en el art. 5º del mismo Código– cuestionar el art. 24 idem, encuadrado 'por el legislador como integrante del régimen diferencial previsto y establecido concretamente para la pena de reclusión'.

a.5) En ejercicio de la facultad que le atribuye el art. 121 de la Constitución Nacional el legislador nacional, al dictar el Código Penal, 'adoptó originariamente dos criterios: uno de estricta equivalencia entre la prisión preventiva y la pena de prisión y otro de equivalencia disminuida para la pena de reclusión, cuya mayor gravedad lleva a computar la mitad de la medida cautelar cumplida. 'Podría discutirse si convenía establecer otra relación... pero esto pertenece a la determinación en concreto de lo que es conveniente a la comunidad, vale decir a los criterios de oportunidad cuyo ejercicio es propio y privativo de los poderes de gobierno colegislativos y ajeno a toda merituación judicial...' (del voto del Dr. Horacio Daniel Piombo en Sala de feria, c. 5944, Alonso , A. O. 23/1/01 del TCABSAS').

a.6) 'Existe una legitimidad de origen en la norma que se complementa con la actual voluntad legislativa de mantener la plena vigencia de la pena de reclusión dentro del número clausus del art. 5º del C.P. (ver también art. 7º de la ley 24.390 y modificaciones introducidas por la ley 25.087 al Título III del Código Penal)'.

a.7) La afirmación de que, en origen, el art. 24 del Código Penal procuraba 'lograr una compensación entre el mayor rigor al que se sometía al recluso en la etapa de ejecución, el que no existía en la etapa de encarcelamiento preventivo, imponiendo, así, en

este período un cómputo que reduce a la mitad el tiempo de detención'; es una apreciación personal respetable, 'pero que no se ha sustentado en antecedentes documentales como serían la Exposición de Motivos que revele la existencia de la voluntad del legislador en ese sentido'.

a.8) La aserción de que la norma sería irracional por 'agravamiento de la situación (del condenado) por el cómputo de pena en relación a la que correspondería si transcurriese en libertad el proceso'; o porque resulta contraria al derecho de obtener la revisión de la condena, desatiende que 'las consecuencias mencionadas como agraviantes al encausado –que se pretenden lesivas a sus derechos constitucionales– no son sino derivación directa de la voluntad legislativa de agravamiento de la pena en orden a la comisión de determinados delitos y a sus autores dentro de las previsiones de los arts. 40 y 41 del Código Penal'.

a.9) El control de razonabilidad de las leyes implica examinar la proporcionalidad entre los medios y los fines, y no el mérito o la eficacia de los medios utilizados por el legislador. En consecuencia, 'las previsiones del art. 13 del Código Penal en cuanto estipula un plazo mayor de detención para acceder a la libertad condicional en el caso de pena a reclusión; la escala diferencial de reducción prevista por el art. 44 del Código Penal son también manifestaciones más gravosas de la pena de reclusión, que como en el caso del cómputo diferencial del art. 24 del Código Penal, repercuten también en la libertad ambulatoria y que sin embargo han sido admitidas como circunstancias agravantes vigentes por los impugnantes. Una y otras responden a la voluntad legislativa de acentuar el reproche hacia ciertas conductas expresadas a través de la imposición de una pena de reclusión. Las consecuencias jurídicas de la misma no hacer sino resaltar la proporcionalidad entre los medios y fines propuestos. Si el cómputo de prisión preventiva fuera idéntico en los casos de prisión y reclusión, y si el tiempo de detención para acceder a la libertad condicional fuera idéntico se tornaría irrelevante la imposición de una u otra clase de pena, careciendo de razón de ser el mantenimiento de su vigencia de la pena de reclusión'.

a.10) Una eventual declaración de inconstitucional del art. 24 del Código Penal –ha señalado la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal in re: 'Méndez, Nancy Noemí', causa n° 4044, Reg. N° 718/02, del 10/12/02– 'alteraría de modo indirecto la especie de pena originalmente impuesta al condenado, mutándola de reclusión a prisión... por ser arbitraría en la medida en que desconoce los efectos de los principios de preclusión y cosa juzgada'.

Sorprende, por tanto, que se afirme que la aplicación del cómputo previsto por el art. 24 del Código Penal altere el quantum sancionatorio electo en el fallo, toda vez que 'al momento de la individualización de la pena ajustada a las

pautas de los arts. 40 y 41 del Código Penal, el magistrado no pudo dejar de evaluar las implicaciones jurídicas que ella acarrea de conformidad con las normas sustanciales que las rigen y por ende, escoge la que según una consideración armónica de ellas, considera adecuada y justa'.

a.11) No se advierte 'la pretendida irrazonabilidad de la ley partiendo de una hipotética limitación al derecho impugnaticio ... porque es claro que la razonabilidad o no de una norma no se define en relación a la circunstancia de que las partes realicen articulaciones legales, sino...cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta inequidad' (C.S.J.N., Fallos: 311:394; 312:1575; 312:1920).

a.12) En cuanto a la pretendida afectación al principio de inocencia corresponde destacar que 'la aplicación de la norma opera cuando ya ha caído...ese principio, vale decir no produce ningún efecto sucedáneo cuando aún no ha adquirido firmeza el fallo'. Por ello, el cálculo diferencial debe evaluarse 'no ya en relación a la sujeción (del imputado) a prisión preventiva durante el proceso –como una excepción al estado de inocencia que lo ampara constitucionalmente– sino en relación a la decisión jurisdiccional de imponer una determinada pena, elaborada racionalmente en todas sus consecuencias. De no ser así, nos involucraríamos en materias ajenas a las que nos ocupa'.

a.13) Con el diferente cómputo de la prisión preventiva en caso de imponerse la pena de reclusión 'no se incurre en una discriminación arbitraria, no hay persecución a persona o grupo alguno, sino simplemente la voluntad del legislador de contemplar en forma distinta situaciones que considera diferentes, y en este sentido no se conculca el principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la C.N.)' –C.S.J.N., Fallos: 312:111 y C.N.C.P., Sala II, causa nº 4409, Reg. N° 5793, 'Argañaraz, Pablo Ezequiel s/recurso de casación', rta. el 23/06/03–.

B) De la comparación de los fundamentos de la resolución recurrida que se acaban

de enumerar en el apartado precedente con los argumentos expresados en el recurso de inconstitucionalidad a examen ... se desprende de que este último resulta dudosamente fundado, pues insiste en un determinado punto de vista –elaborado a partir de una conceptualización asaz opinable acerca del origen de la bonificación del tiempo de prisión preventiva sufrida por el imputado luego condenado a pena de reclusión: la de que se lo calcula en la mitad porque el régimen ejecutivo de la más incisiva pena privativa de la libertad resulta más gravoso que las condiciones del encierro con fines cautelares– que ha sido descartado por múltiples razones que los recurrentes no alcanzan a desvirtuar y que por su elocuencia, contundencia, ilustración y sentido común la Sala hace propias para evitar repeticiones estériles.

C) La conclusión a la que se ha llegado en el apartado anterior eximiría al Tribunal de abundar en consideraciones sobre el caso federal introducido, tanto más cuando, como lo ha entendido la Sala III del Cuerpo en el precedente 'Méndez' –de anterior cita–, la oportunidad de su planteo es cuestionable en la medida en 'que sería incurrir en una autocontradicción que pondría en crisis a la íntegra seguridad del sistema, reconocer expresamente por un lado los efectos propios de una sentencia definitiva dictada en la causa y, sin embargo, pronunciarse en sentido afirmativo al tratar la inconstitucionalidad del artículo 24 del código de fondo y en consecuencia alterar de modo indirecto la especie de pena originalmente impuesta..., mutándola de reclusión a prisión, ignorando por completo los alcances del decisorio firme apuntado... El Sr. Defensor Oficial debió introducir su planteo de inconstitucionalidad al momento de ser dictada la sentencia por el tribunal a quo, en la cual se...impuso...la pena de reclusión, pues era en esa oportunidad en que tomó conocimiento de la especie de pena impuesta y de las consecuencias que ella aparejaría para su asistida'.

Sin embargo... se formularán algunas consideraciones más, sólo en refuerzo de las ya apuntadas.

D) Entre los antecedentes del Código Penal de 1921 destaca que la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados de la Nación examinó el respectivo proyecto y redujo las penas a cuatro: reclusión, prisión, multa e inhabilitación. Y refiriéndose al sistema de aquél, en lo que interesa, destacó que la diferencia entre las penas de reclusión y prisión 'está en la clase de trabajo y en la disciplina carcelaria. Los condenados a reclusión podrán ser empleados en toda clase de trabajos públicos, mientras que los condenados a prisión sólo podrán ser empleados en labores dentro del establecimiento' (Rodolfo Moreno (h.), 'El Código Penal y sus antecedentes', T.I, pág. 328, Ed. H.A. Tommasi, Bs. As., 1922).

De la revisión del proyecto en el Senado de la Nación se distingue el informe del senador Rojas para quien 'si la diferencia legal que existe entre ambas penas es la indicada respecto de la clase de trabajo, tal diferencia desaparecerá en el hecho, es decir, en la aplicación en el cumplimiento de la pena. Cuando no haya trabajos públicos, trabajos del Estado, la reclusión se confundirá con la prisión, y esto ocurrirá en la generalidad de los casos. La clase de trabajo, entonces, no da a cada pena su fisonomía propia, sus rasgos típicos de propia diferenciación...Aceptamos que la pena de reclusión es más severa que la de prisión; admitimos que la primera se destina a reprimir los delitos más graves, a aquellos que revelan en el agente la perversidad, la inmoralidad, la depravación de ánimo; pero eso no resulta de los elementos que el legislador ha fijado para dar a cada pena su ser individual, su entidad represiva peculiar' (confr. Moreno (h.), op. cit., pág. 405). Y más adelante, el aludido legislador adhiere a los juicios formulados por el doctor Herrera (*La Reforma Penal*, pág. 38) en el sentido de que 'no es posible confundir lo que se refiere a la esencia de la pena con las demás circunstancias que tienen relación con la ejecución de éstas, como el lugar del cumplimiento, la manera como se ha de realizar el trabajo, la división en clases'.

El propio Rodolfo Moreno (h.) comenta que 'el Código se ha propuesto establecer dos penas de encierro de distinta gravedad y de régimen diferente, a base en las dos del trabajo obligatorio. El sistema en una y otra debe ser determinado por la ley carcelaria a dictarse'; no obstante lo cual, también afirma que 'la reclusión y la prisión clasifican a los delincuentes, desde que los autores de crímenes más graves serán condenados a la primera, mientras que recaerá la segunda sobre los autores de delitos de menor gravedad. Los tribunales, con sus sentencias, harán, así, una diferenciación entre los distintos tipos, dividiéndolos en dos grupos: los más peligrosos y más inadaptables frente a los que han demostrado no tener esos inconvenientes en medida tan grande. Cada grupo deberá ir a un establecimiento especial, donde dominará un régimen determinado...' (op.cit., pág. 414).

A su vez, el proyecto del diputado Alberto Arancibia Rodríguez critica la igualdad entre la reclusión y la prisión según el Código y el proyecto de la Comisión de la Cámara a la que pertenecía, haciendo hincapié en que todas las disposiciones de su proyecto de ley carcelaria referentes al régimen de la pena de prisión, ‘tienden a suavizarla y a diferenciarla de la reclusión, con el objeto de que sufren una pena más benigna todos los delincuentes susceptibles de enmienda y regeneración, cuyos sentimientos no aparecen completamente pervertidos, adoptando todas las disposiciones que ha creído pertinentes de las legislaciones estudiadas precedentemente, e imponiéndole una disciplina o trato carcelario menos riguroso’.

En lo atinente a los antecedentes del art. 24 del Código Penal, comenta Moreno (h.) que, por razón de justicia, la ley debe computar el término sufrido por el imputado en prisión preventiva, pero que ‘el cómputo...se hace siempre teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad de la pena consignada en la sentencia definitiva, no considerándose siempre equivalente un día de aquella prisión con otro día del castigo consignado en el fallo del tribunal’ (op. cit., t.II, pág. 111).

Respecto del fundamento del cómputo del período de prisión preventiva es clara la idea de que tiende a ‘compensar’ los padecimientos inherentes a ese lapso (Exposición de Motivos del Proyecto de 1891) y en cuanto al distinto cómputo según que la pena aplicada sea la de prisión o la de reclusión, en la exposición de motivos de la Comisión Especial de la Cámara de Diputados se justifica que en el caso de la reclusión se calcule ‘a razón de dos días por uno de la pena aplicada’ por ‘la naturaleza de este castigo, la clase de delitos a que se aplica y el régimen a que necesariamente deberán someterse los condenados a la misma’ (confr. op. cit., pág. 113/114).

El somero repaso de los documentos precedentes a la sanción del Código Penal permite concluir en que las penas de prisión y reclusión son diferentes no sólo por el distinto régimen ejecutivo previsto al dictarse aquel ordenamiento de fondo, sino también por la naturaleza diferente de la sanción, por

la clase de delitos a los que se aplica y por la personalidad de sus autores. De modo, pues, que desaparecida la distinción relativa al régimen de cumplimiento por virtud de lo dispuesto en la ley 24.660, subsiste en las restantes, y éstas justifican la razonabilidad de la distinta compensación del período de prisión preventiva, así como descartan la afectación del principio de igualdad en tanto median circunstancias objetivas que permiten la discriminación establecida en el texto legal, las que también se manifiestan –entre otras– en materia de libertad condicional, condena de ejecución condicional y disminución de la pena en la tentativa (confr. en sentido concordante Laje Anaya-Gavier, ‘Notas al Código Penal Argentino’, T.I. –Parte General–, pág. 71, M. Lerner Ed., Córboba, 2000).

E) El cómputo de pena atacado por vía de inconstitucionalidad es consecuencia necesaria de la pena de reclusión individualizada en la sentencia.

El artículo 5º del Código Penal establece las siguientes penas: reclusión, prisión, multa e inhabilitación. Su nómina revela un orden que responde a una escala de mayor a menor gravedad, tal como resulta del art. 57 del mismo Código, según el cual ‘la gravedad relativa a las penas de diferente naturaleza se determinará por el orden en que se hallan enumeradas en su artículo 5º’ (confr. Tieghi, Osvaldo N., ‘Comentarios al Código Penal’, Parte General; pág. 64, Zavalía Ed. Bs. As., 1995). Así lo ha entendido esta Sala, **in re: ‘Silva, Gerardo s/rec. de casación’**, causa n° 386, Reg. N° 463, rta. el 4 de mayo de 1995, al sostener que la de reclusión es la pena privativa de la libertad más grave desde el punto de vista de sus consecuencias. Esto es así, pues si bien la ‘ley penitenciaria federal’ (decreto-ley 412/58, ratificado por la ley 14.467) unificó las modalidades de cumplimiento de la reclusión y de la prisión, sólo la imposición de esta última permite su ejecución condicional (art. 26 del Código Penal); únicamente la pena de prisión que no excede de seis meses puede ser cumplida en detención domiciliaria por ‘las mujeres honestas y las personas mayores de sesenta años o valedudinarias’ (art. 10 del mismo código); en el

supuesto de condenas a prisión de hasta tres años la libertad condicional puede ser obtenida a los ocho meses de ejecución, mientras que en los casos de reclusión debe cumplirse como mínimo un año de encierro (art. 13, idem); el cómputo de la prisión preventiva es más gravoso en el caso de la reclusión, pues dos días de prisión cautelar equivalen a uno de reclusión, mientras que un día de prisión preventiva es igual a un día de prisión (art. 24 ibidem); la pena de la tentativa es mayor cuando el delito merece reclusión perpetua que cuando le corresponde prisión perpetua y lo mismo ocurre en los supuestos de participación secundaria (arts. 44, párrafos 2º y 3º, y 46 del Código Penal)’. En idéntico sentido se expiden Laje Anaya-Gavier: ‘...es patente que, salvo el modo de ejecución de la pena (Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, 24.660, Bol. Of. 16-VII-1996), la reclusión es, como lo establece el art. 57, más grave que la prisión en el sistema del Código. Esta (la forma de computar la prisión preventiva) es una forma de manifestarse dicha gravedad. Esta gravedad subsiste en la ley 24.390 (Bol. Of., 22-XI-94), cuando para los plazos de prisión preventiva, ha establecido que transcurrido el plazo de dos años, o un año más cuando por la cantidad de los delitos imputados, o por la evidencia de la complejidad de las causas hubieran impedido la finalización del proceso, el cómputo debe hacerse de la manera siguiente: un día de prisión preventiva por dos de prisión, o un día de prisión preventiva, por un día de reclusión’ (op. cit., t. I, pág. 149).

En sintonía con lo expuesto, se recordaba en el citado precedente ‘Silva’ que Sebastián Soler, a la luz de la exposición histórica del proceso formativo de los arts. 5º, 6º y 9º del Código Penal, ha sostenido no tener dudas ‘de que la pena de reclusión ha venido a asumir el carácter de pena infamante’ o a ‘desempeñar el papel que en otras épocas correspondía a las penas afflictivas o infamantes’. Y a continuación reflexionaba: ‘claro está que podrán tener ese carácter algunos delitos, aún cuando no se les haya aplicado reclusión, ya sea por el monto de la pena o por la calidad del hecho; pero, aplicada la pena de reclusión, no podrá dudarse del carácter del hecho que la motiva’ (Derecho Penal Argentino, t. II, págs. 428/431, Bs. As., 1988). Más adelante, Soler decía, al criticar la pena de reclusión prevista para el homicidio en estado de emoción violenta, que ‘está dotada de caracteres que condicen poco con los que acusa el delito cometido en estado emocional’ (op. cit., T. III, pag. 73/74). Sobre el mismo tema y comentando las reformas introducidas al Código Penal por la ley 21.338, Ricardo C. Núñez aprueba la modificación de la pena del homicidio emocional proveniente de la ley 17.567 y del Proyecto de 1960, en los siguientes términos: ‘la supresión de la pena de reclusión, reservada para los criminales que procedan por móviles bajos o deshonrosos (Herrera, ‘El Nuevo Código Penal’, Universidad Nacional de Córdoba, p. 61), obedece a la idea correcta de que su aplicación resulta incompatible con la

causa que impulsa al autor del homicidio' ('Análisis de la ley n° 21.338 –Parte Especial–', Ed. Lerner, Córdoba, 1976, pág. 16/17).

Sentóse, en consecuencia, el criterio de que la pena de reclusión se reserva para aquellos casos 'en que el acusado hubiese obrado impulsado por móviles infames, bajos o deshonrosos, o que exhiba una personalidad pervertida que justificasen imponerle la pena privativa de la libertad más severa'.

Las distinciones entre prisión y reclusión son, por tanto, fruto del criterio del Poder Legislativo. Punto respecto del cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en reiterados casos en los siguientes términos: 'La inconsecuencia no se supone en el legislador y por esto se reconoce como principio que las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todos con valor y efecto (C.S.J.N., in re: 'Rieffolo Basilotta, Fausto', T.310:195, del 5 de febrero de 1987). 'No incumbe al Poder Judicial juzgar sobre la oportunidad o conveniencia de las leyes que sobre política penal dicte el legislador, por lo que el control judicial de constitucionalidad a su respecto queda limitado a la razonabilidad de la norma en cuestión' (C.S.J.N., **in re**: 'Incidente de excarcelación promovido en favor de Mario Eduardo Firmenich' T. 310:1476, del 28/07/87).

Por ello, siendo evidente que el artículo 24 del Código Penal, al indicar la forma de computar el tiempo de duración de las penas privativas de libertad sobre la base de la prisión preventiva sufrida por el justiciable, atiende precisamente a aquel orden de gravedad expuesto *ut supra*, la disposición se aviene a una interpretación sistemática del ordenamiento de fondo cuya irrazonabilidad no ha sido demostrada en el recurso.

En función de esa diferencia, y en lo atinente a la inconstitucionalidad del artículo 24 del Código Penal, la Sala II de este Tribunal (**in re**: 'Argañaraz, Pablo Ezequiel s/rec. de casación', causa n° 4409, Reg. n° 5793, rta. el 23 de junio de 2003), ha podido decir que: 'En la materia relacionada con la declaración de inconstitucionalidad de leyes la Sala ha

seguido en reiteradas oportunidades aquel principio elaborado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas llevan en principio la presunción de validez (Fallos: 263:309); y que la declaración de inconstitucionalidad de las leyes es un acto de suma gravedad institucional, ultima ratio del orden jurídico, ejerciéndose únicamente cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 303:625). El acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial le quepa pronunciarse, salvo en aquellos casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario (Fallos: 313:410; 318:1256) –**in re**: 'Pachillas, Dora Noemí y otros s/rec. de inconstitucionalidad', c. n° 3910, Reg. n° 5157, del 19 de septiembre de 2002, entre otros'.

'Pretender que un cambio legislativo como el relacionado con la modalidad de ejecución de la pena –ley 24.660– convierta una norma del Código Penal en contraria a principios constitucionales, en el caso el de igualdad ante la ley, resulta cuanto menos un exceso de interpretación en tanto que no se advierte que la reforma legislativa hubiera derogado tácitamente el precepto cuestionado'.

'Por otra parte, como lo ha señalado la Sala en anterior oportunidad, el principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la Constitución Nacional) no resulta conculado por el hecho de que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, en tanto la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupo de personas (C.S.J.N., Fallos: 312:111); por lo que la distinta forma de computar la prisión preventiva prevista por el precepto de referencia no infringe garantía constitucional alguna –confr., **in re**: 'Tello, Luis Ricardo s/rec. de casación e inconstitucionalidad', c. n° 3992, Reg. n° 5259, del 31 de octubre de 2002'. Criterio que se completa con el voto del doctor Fégoli como integrante de la Sala III, **in re**: 'Méndez, Nancy Noemí s/recurso de

inconstitucionalidad', causa n° 4044, reg. n° 718/2002, rta. el 10 de diciembre de 2002, en cuanto sostuvo que: '...no hay afectación del principio de culpabilidad porque la imposición de una pena de reclusión lleva en sí misma un aumento del encierro en virtud del cómputo establecido en el art. 24 del Código Penal y que no hay dudas que la pena de reclusión es más grave que la de prisión, correspondiendo su imposición conforme a las pautas de los arts. 40 y 41 ibidem...'.

La eventual diferencia de cálculo del tiempo de vencimiento de la condena, puesta como muestra por la defensa para sustentar la desigualdad derivada, por ejemplo, de la situación de dos consortes de causa condenados a la misma pena pero con distinto tiempo en prisión preventiva, estaría dada por las distintas actitudes asumidas durante el proceso (v. gr. haber recurrido el fallo uno y no el otro; la excarcelación gozada por uno y no por otro), y constituyen alternativas procesales inhábiles para fundar en ellas una desigualdad ante la ley, desde que el trato distinto resulta de contingencias producto de su aplicación y no de su texto.

En punto a la aludida afectación al principio de igualdad, enunciado en el art.8, inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con las garantías mínimas que menciona en los apartados a) a h), es de recalcar que ninguna de ellas tiene el alcance que pretende la defensa oficial. Además, la desigualdad de trato contemplada en el artículo 24 del Código Penal no se aparta –valga reiterarlo– de la interpretación que la Corte dio a la garantía: 'El principio de igualdad no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal de que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupo de ellas, aunque su fundamento sea opinable' (confr., C.S.J.N., entre muchos otros, Fallos: 310:943, in re: 'Motor Once S.A.C.I. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires', del 14/5/87 y Tomo 310:111, in re: 'Ríos, Argentino y otros s/privación ilegal de la libertad calificada y tormentos', del 9/2/89).

Finalmente, la limitación del derecho al recurso del imputado –consagrado por algunos de los Pactos de Derechos Humanos incorporados a la Constitución Nacional por la reforma de 1994– para obtener la revisión por juez o tribunal superior de la condena o de la pena impuesta en la sentencia, no es una consecuencia indefectible del texto del artículo 24 del Código Penal. En efecto, siendo que en la actividad recursiva –de carácter eventual– impera el principio dispositivo (cuyas manifestaciones se presentan a la iniciación del trámite, al exigirse el señalamiento de los motivos y fundamentos que sustentan la impugnación, al mantenerla y al existir la posibilidad de desistimiento) las normas procesales internas y las internacionales que consagran aquel recurso no imponen la revisión sino que facultan a obtenerla. En consecuen-

cia, el condenado a pena de reclusión conoce de antemano que integra su sanción –la precisa pena aplicable, según el principio de legalidad (art. 18 de la C.N.)– el cómputo de la mitad del tiempo padecido en prisión preventiva, por lo que, cuanto mayor sea éste, más se dilatará su encierro carcelario. De consiguiente, estando deferido a una expresa declaración de voluntad del justiciable el ejercicio de la facultad de recurrir, aquella inexorable consecuencia no cercena su derecho sino que lo obliga a ejercerlo con la mayor reflexión y seriedad porque el recurso se dirige contra un acto jurisdiccional –la sentencia– cuya certeza, en principio, cabe presumir”.

En otro orden de ideas, expresaron que la casación sustancial que se interpuso contra el punto dispositivo II de la resolución de fs. 21/28 en el que, por mayoría de votos, se rechazó la aplicación ultraactiva de la ley 24.390 y se decidió que el cómputo de la pena impuesta a María Marta Almeida debía regirse por el art. 24 del Código Penal en atención a las modificaciones introducidas a aquel texto por la ley 25.430 no era procedente en tanto que:

a.1) ‘... comparte el Tribunal en un todo, lo sostenido expresamente el 8 de marzo de 2002 por la Sala IV de la Exma. Cámara Nacional de Casación Penal en la causa nº 3147, ‘Torres Durán, Carlos E.L. s/recurso de casación’, reg. N° 3893.4, en el sentido de que ‘...más allá de ello, debo decir que tuve ya ocasión de pronunciarme en la causa nº 2892 del registro de la Sala IV, reg. N° 3744, rta. el 9/11/01, ‘Duarte, Andrés s/recurso de casación’, en forma negativa con relación a la aplicación ultraactiva de la ley 24.390 que pregonó aquí la defensa sosteniendo en lo sustancial, en voto conjunto con los doctores Hornos y Capolupo de Durañona y Vedia que: ‘El carácter procesal de las disposiciones de la ley 24.390 que regulan los institutos de la prisión preventiva y la excarcelación...revisten carácter instrumental...’;

a.2) ‘...es principio reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que las normas de naturaleza procesal resultan

de aplicación inmediata a los procesos en trámite (de acuerdo a lo dicho en Fallos: 220:1250; 312:251; 310:2845; 312:466) encontrando única excepción en la expresa decisión de la ley sobrevenida, o en los casos en que dicha aplicación afecte la validez de los actos cumplidos y firmes bajo la normativa abrogada (Fallos: 319:2101; G.1295 XXXII ‘García, Jorge c/Reynot Blanco, Salvador Carlos’, rta. 18/6/98’).

a.3) Según los precedentes del Máximo Tribunal ‘la facultad de cambiar las leyes procesales es un derecho que pertenece a la soberanía (Fallos: 163:231, pág. 259) y no existe derecho adquirido a ser juzgado por un determinado régimen procesal pues las leyes sobre procedimiento y jurisdicción son de orden público, especialmente cuando estatuyen acerca de la manera de descubrir y perseguir delitos (Fallos 193:192; 249:343; 316:2697’);

a.4) La Corte ‘también ha reconocido que el principio de la ley penal más favorable al imputado no comprende a las leyes procesales, pues ellas se rigen por otros principios que imponen su aplicación inmediata (conf. Fallos: 220:1250’);

a.5) ‘La aplicación de estos conceptos ... lleva a sostener que a la fecha de entrada en vigor de la ley 25.430 (B.O 1/6/01) María Marta Almeida, quien fue detenida el 30 de julio de 1999 (ver fs. 36 vta. del principal), aún no había cumplido los dos años de prisión preventiva; por ende al cesar en su vigencia la ley 24.390, no había reunido los requisitos necesarios para su aplicación, debiendo entonces rechazarse el cómputo privilegiado establecido en el art. 7º de dicha norma (ver C.N.C.P. Sala I, c. 4470, Tichellio, J. D., 18/3/03) y por ende, su ultraactividad’.

B) Como se ha visto, esta Sala ha resuelto la cuestión que ahora le es sometida a revisión del mismo modo –aunque por distinto fundamento– que la resolución recurrida a partir de la sentencia dictada en la causa nº 4470, reg. N° 5741, ‘Tichellio, José David s/recurso de casación’, con fecha 18 de marzo de 2003. Ahí se dejó establecido que si ‘al entrar en vigor la ley 25.430 (B.O. del 1/06/01) –que derogó el cómputo favorable establecido por los artículos 7º y 8º de la ley

24.390, cuya aplicación se pretende– (el imputado) aún no había cumplido los dos años en prisión preventiva,...no puede beneficiarse con la ultraactividad de esa disposición,...ya que al momento de cesar en su vigencia no estaban reunidos los requisitos necesarios para su aplicación’.

La severa crítica de los recurrentes a la doctrina del precedente –arbitrariedad por dogmatismo e inteligencia derogatoria de la garantía establecida por el art. 2º del Código Penal, la que también afectaría el principio constitucional de legalidad– no debe ser recibida favorablemente.

Ello es así, a juicio de la Sala, porque la modificación del art. 24 del Código Penal derivada el cómputo benéfico establecido por el art. 7º de la ley 24.390 para los casos en ella comprendidos, no constituía la ley vigente al tiempo de cometerse el delito o al de producirse la detención cautelar de la imputada –pues lo seguía siendo el texto original del mencionado art. 24– desde que la operatividad de aquella modificación se sujetaba a la condición suspensiva de que la prisión preventiva se prolongase más allá del segundo año sin sentencia firme. Y esa condición, como se ha visto más arriba, no se cumplió en el caso de la condenada en autos, pues al tiempo de la derogación producida por la ley 25.430 aún no había sufrido detención o prisión cautelar superior a dos años”.

IV. Los fundamentos de este recurso

He de afirmar, en primer término, que ninguno de los agravios volcados en esta presentación suponen disminuir el alto concepto técnico y personal que merecen los señores magistrados que suscriben el fallo del que ahora paso a ocuparme.

La cámara hace suyos, mediante una mención expresa, los fundamentos dados por el tribunal de mérito para rechazar la pretensión de a defensa y, en consecuencia, deberán ser refutados.

Comenzaré señalando que, ciertamente, tanto quienes me precedieron en la instancia por la defensa como el señor fiscal de juicio, no cuestionaron –ni podrían haberlo hecho– la graduación punitiva prevista en el art. 5 del código penal, admitiendo –coherentemente– las más gravosas manifestaciones que la reclusión importa y que fueron enumeradas entonces. Este argumento le permite suponer a los jueces que la diferencia existente entre prisión y reclusión no se encuentra en la ejecución de la pena sino en “cuestiones ... que se vinculan con la política criminal”.

Ciertamente, la interpretación que acabo de transcribir importa un enfoque aproximativo a la cuestión y, en esa inteligencia, no agota el tema propuesto a la alzada pues el planteo del recurrente no se detiene en el umbral de la política criminal como herramienta necesaria a la que acude el Estado para la preservación del orden y seguridad, sino que el agravio de la defensa –compartido en sus fundamentos por el

ministerio fiscal en la instancia anterior-encuentra su abono en un orden normativo jerarquizado, más alto aún que las leyes que diseñan la política criminal del Estado, esto es, las normas constitucionales y los principios internacionales constitucionalizados.

Acierta el fallo cuando advierte que aunque la ley 24.660 impone una única modalidad de cumplimiento de la pena sin alterar el régimen de la reclusión en el tratamiento de la libertad condicional y la prohibición de la condena condicional. Pero yerra en el enfoque del agravio. En efecto, este último estaba dirigido a cuestionar la constitucionalidad del art. 24 del código en otro ámbito material de aplicación. El apelante no dirigió sus críticas contra la existente correspondencia entre la reclusión y, por ejemplo, la prohibición de condena condicional. Por el contrario, encuadró el alcance de su agravio en el marco trazado por la confluencia del cómputo desventajoso de la prisión preventiva que recibe el condenado y el derecho al recurso del que goza todo justiciable.

De allí que resulten baladíes las alusiones a las “restantes diferencias sustanciales” entre reclusión y prisión que recoge el fallo mientras no se encuadren apropiadamente el agravio, el perjuicio y el derecho que debe declararse en el caso, más aún cuando la sentencia –luego de admitir la paridad de tratamiento ejecutivo en el régimen de la prisión y la reclusión– paradójicamente alude ahora a una “firme demarcación entre la pena y su ejecución” invocando las desemejanzas legales referidas a la extensión y no a la modalidad de su cumplimiento.

Mi parte también critica la sentencia en la medida que deduce la irrazonabilidad de aceptar las consecuencias de la reclusión en ámbitos distintos al cómputo del encierro cautelar. En efecto, el fallo erra al extrapolar el temperamento legal adoptado para, por ejemplo, negar la libertad condicional al recluso, a un ámbito de aplicación diferente constituido por el cómputo de la prisión preventiva del procesado cuando no ha pasado a ser recluso todavía. Aún más, la cámara no advierte que la aceptación de las consecuencias radiales de la reclusión, afectando a otros institutos de la política criminal a los

que alude la sentencia, no impidió la aplicación temporaria de la ley 24.390 que morigeró significativamente el procedimiento de cálculo sin alterar un solo concepto de aquellos otros institutos que, contrariamente, mantuvieron incólumes.

Comienza a atisbarse, entonces, el núcleo del agravio que no fue correctamente apreciado por la alzada: la inconstitucionalidad parcial y temporaria de un instituto –la reclusión– que, a pesar de ello, mantiene su vigencia antes y después de su aplicación contraria a nuestra ley fundamental, en la medida en que aquella inconstitucionalidad proviene de la sucesión de leyes en el tiempo.

Sigue diciendo el a quo que, ejerciendo la facultad “que le atribuye el art. 121 de la Constitución Nacional, el legislador adoptó originariamente dos criterios: uno de estricta equivalencia entre la prisión preventiva y la pena de prisión y otro de equivalencia disminuida para la pena de reclusión”. Lo que no dice el fallo es que existió, en la sucesión temporal de las leyes, una sustitución por mutación del régimen original cuando el legislador, en uso de las mismas facultades, estableció un régimen más benéfico para quienes fueran acusados de delito, beneficio que se extendió a las dos modalidades de encierro: eso fue la ley 24.390, ley nacional que no modificó, empero, las demás consecuencias legales previstas para la reclusión, interesándose, en cambio, únicamente en la materia que fue debatida ante la competencia de la cámara.

Es sabido que la inconsecuencia o imprevisión del legislador no se suponen (*Fallos: 306:721*) y, ciertamente, nada agrega ni quita que aquel haya dejado incólume la extensión de los efectos de la reclusión a otros ámbitos distintos al cuestionado. Ese, y no otro distinto, fue el motivo por el cual mi parte no incursionó en institutos diferentes al cálculo de cómputo de la prisión preventiva.

La alzada reprocha no haber acudido a la Exposición de Motivos para persuadir al tribunal acerca de la equivalencia en el régimen de la prisión preventiva para quienes resulten, a la postre, condenados a reclusión o a prisión. Pero nada de eso es necesario si se advierte que el encierro cautelar se cumple

en institutos idénticos para todos desde el momento que la ley no diferencia el lugar de alojamiento, ni la diversidad de tratamiento, algo que, en cambio, sí ocurría antes de ahora por disposición expresa del legislador que exigía, para los condenados, trabajo obligatorio en establecimientos especiales (art. 6 del código penal). De modo que la “voluntad del legislador” en ese sentido es ostensible consultando exclusivamente la letra de la ley sin necesidad de acudir a otra fuente de interpretación.

Otra argumentación del fallo desatiende la situación procesal del justiciable. En efecto, el a quo invoca la “derivación directa de la voluntad legislativa de agravamiento de la pena” para contestar el planteo de la defensa referido al derecho a la apelación sin advertir que este derecho existe y se ejerce durante todo el curso del proceso, esto es, aún mucho antes que la pena –reclusión, en el caso– haya sido discernida. Es importante precisar en qué momento concreto padece agravio el acusado porque ello permitirá focalizar la extensión exacta de la lesión que padece y arrojará luz sobre la inconsistencia de fundamentos –válidos en abstracto– que pierden su eficacia cuando se los vincula con el supuesto de hecho ocurrente.

Así, resulta menester destacar que el daño se genera recién cuando la condena alcanza el carácter de cosa juzgada pues, a partir de entonces, no habrá ya prisión preventiva que padecer sino pena que purgar pero con una advertencia decisiva: la génesis del daño provocado se encuentra en un tiempo anterior a la firmeza del fallo, esto es, cuando todavía se padece la medida cautelar y no se ha comenzado a purgar la sanción judicial, por el cálculo discriminatorio del tiempo transcurrido bajo encierro durante el proceso. Ese es el ámbito de aplicación material y temporal de la lesión inconstitucional que soporta mi asistida.

Partiendo de este enfoque –que entiendo es el reclamado en la apelación– son inoficiosas las alusiones al mayor agravamiento de los efectos propios de la reclusión en el ámbito, por ejemplo, de la libertad condicional ya que aquella consecuencia se deriva de una pena definitivamente impuesta con carácter de cosa juzgada y no proviene –como sucede con la lesión inconstitucional que sufre Almeida– de la prolongación del encierro preventivo cuando falta mucho tiempo aún para discernir, si correspondiere, la especie de pena que mejor satisfaga la justicia de la causa.

La ubicación temporal del factor determinante de los efectos más gravosos de la reclusión –siendo acusado el justiciable en un caso y, en cambio, condenado en otro– y la determinación exacta de su carácter propio –encierro cautelar en uno, condena firme en otro– hubiera permitido comprender en su justo alcance el agravio de inconstitucionalidad llevado a estudio de la cámara y, a no dudarlo, permitirá a V.E. evaluar la razonabilidad del art. 24 del código penal para adver-

tir que, aplicándolo en su ámbito material concreto –sin ingerencias del instituto de la reclusión en otras áreas– atropella derechos de raigambre constitucional del justiciable, entre otros, el que tutela la revisión del fallo condenatorio.

La cámara, mediante una interpretación integradora generalmente plausible, desplazó el centro de atención de la inconstitucionalidad e involuntariamente, desorbitó el enfoque del agravio pues el art. 24 del código penal es parcialmente inconstitucional en un ámbito concreto de aplicación –el cómputo de la prisión preventiva– sin serlo en otros –el tiempo de detención para acceder a la libertad condicional, como exemplifica el fallo– ya que, una vez precisado el terreno donde expandirá sus efectos y de adverso a lo afirmado por el a quo, la reclusión mantiene la razón de su vigencia, sólo que despojada del vicio que la torna contraria a derecho.

Es que, ampliado el prisma inevitablemente estrecho para advertir en su justa dimensión la inconstitucionalidad, toda fundamentación se multiplica sin remedio y se abordan supuestos diferentes al planteado que conducen a soluciones equivocadas. Por ejemplo aquella conclusión de la cámara según la cual la declaración pretendida por el apelante “alteraría … la especie de pena originalmente impuesta al condenado, mutándola de reclusión a prisión…[desconociendo] los efectos de los principios de preclusión y cosa juzgada” desatiende el origen histórico de la causa que genera la inconstitucionalidad, ubicada en el tramo del proceso donde el justiciable aún no ha sido declarado responsable de nada. Pero tampoco se volatiliza la reclusión si se pronuncia la inconstitucionalidad reclamada pues seguirá generando las consecuencias legalmente previstas, ya que –acudiendo al ejemplo proporcionado por la alzada–, la privación de libertad más extensa que debe sufrir el recluso para acceder a la libertad condicional es tiempo de condena y no de encierro cautelar; y de condena respetuosa de la intangibilidad de la cosa juzgada.

Es que aquello que aquí existe –y pretendido sea declarado por esa Excma. Corte– es una aplicación parcialmente inconstitucional

por sustitución normativa temporal del art. 24 del código referido al cómputo de la prisión preventiva para los casos que concluyan con la imposición de la pena de reclusión, instituto que mantiene su vigencia para los supuestos no abarcados en el ámbito material y espacial de aplicación de la ley penal más benigna atendiendo a la sanción de la 24.390 por un lado, y una lesión al derecho sustancial al recurso jerárquicamente superior en el marco de las garantías de nuestra Carta Magna atendiendo a la redacción original del art. 24, por el otro.

Porque lo que pierde de vista la cámara, al mencionar “el momento de individualización de la pena” por parte de los magistrados del pleno es que, precisamente a ese momento, la especie de pena aún no está irrevocablemente individualizada, pues se encuentra pendiente el derecho a controvertirla mediante el recurso. Mientras tanto, el sujeto padece encierro a título preventivo y no a título de condena. También habrá advertido V.E. que es inadmisible suponer que los jueces al escoger la especie de pena de privación de la libertad ponderen –para evaluar el monto– la mayor o menor probabilidad de una vía impugnatoria del fallo, la más alta o más baja probabilidad de éxito del apelante presunto, en definitiva, el tiempo que habrá de transcurrir antes de alcanzar la sentencia el carácter de cosa juzgada material y formal. Imagínese a los magistrados de juicio resolviendo una cuestión novedosa de derecho que habrá de transitar, con respuesta variable o uniforme, las dos instancias extraordinarias de apelación. Según el razonamiento de la cámara tales jueces, al fijar la cuantía de reclusión, contabilizan los cuatro meses que demore el trámite del proceso en casación y los dos años que absorba el recurso federal previsto en el art. 14 de la ley 48.

Ahora bien, ¿Quién nos ha dicho que la demora es de dos años y cuatro meses? ¿Acaso es descabellado –consultando la realidad forense– suponer un lapso de 3 años? ¿Por qué rechazar un término menor? ¿Y uno mayor? Se ve, y V.E. lo aprecia mejor, que la elección del tiempo de una pena no puede ni debe componerse con la inclusión de una fracción futura indeterminada e indeterminable, salvo arbitrariedad, como ocurre en el caso.

La alegada irrazonabilidad de la ley fundada en el entredicho en que se coloca el derecho al recurso, fue rechazada por el a quo, en primer término, con la cita de precedentes de esa Excmo. Corte que fijan la recta doctrina para apreciar aquella hipótesis, según que los medios arbitrados por las normas “no se adecuen a los fines cuya realización procuran” o cuando tales medios “consagran una manifiesta inequidad” sin que la cámara haya advertido que el atropello a la garantía de la doble instancia judicial que encierra el art. 24 del código penal se alberga en el segundo supuesto resaltado por V.E. Ciertamente no es irrazonable porque consagre de modo directo una inequidad manifiesta, sino que la provoca de modo consecuencial. La interpretación sistemática efectuada por la cámara debió haber concluido advirtiendo la inequidad generada por la norma en su integración con algunas semejantes y otras de mayor rango. La desorbitación involuntaria del agravio al que aludí en párrafos precedentes impidió a la alzada examinar la cuestión bajo el prisma preponderante que ofrece. V.E. reparará este desacierto.

Yerra la alzada al sostener que el principio de inocencia no existe ya cuando tiene lugar la aplicación del art. 24 del código penal y esto por cuanto la operatividad del cómputo desventajoso en el caso de reclusión tiene lugar mientras la medida cautelar se hace efectiva. Ello, en el caso de autos, tiene lugar tanto antes como después de pronunciado el fallo. La cámara confunde operatividad con actualización de los efectos de la norma porque la norma es siempre operativa mientras se encuentre el justiciable sometido a encierro en virtud de la medida cautelar dictada a su respecto. Por el contrario, los efectos de la norma se actualizan una vez que aquel encierro mutó su causa, encontrando su fuente en un fallo definitivo y firme y no en un interlocutorio provisorio y modificable.

Es que la cámara no advierte que el agravio no se asienta en el hecho de que la norma “...no produce ningún efecto sucedáneo cuando aún no ha adquirido firmeza el fallo” sino que el atropello constitucional se consuma con el efecto retroactivo de la disposición censurada que abarca –modificando el calendario en perjuicio del apelante– el tiempo anterior a la cosa juzgada del pronunciamiento. Por ello es imposible que ocurra la hipótesis expuesta por el a quo, relativa a que “el cálculo diferencial debe evaluarse no ya en relación a la sujeción del imputado a prisión preventiva durante el proceso... sino en relación a la decisión jurisdiccional de imponer una determinada pena...” ya que el tiempo inmediatamente posterior a la sentencia definitiva es un imponderable que no puede mensurarse y ningún magistrado puede desentenderse de la realidad desconociendo la imposibilidad de precisar el tiempo que insumen los recursos durante el cual el encierro que padece el justiciable encuentra su origen en la prisión preventiva decretada y no en el fallo definitivo pro-

nunciado, por mucho que esta “decisión jurisdiccional de imponer una determinada pena [haya sido] elaborada razonablemente en todas sus consecuencias” como pregonó la sentencia.

Contrariamente a lo sostenido por la cámara, se conculca la igualdad de la ley con el diferente cómputo de la prisión preventiva para el caso de imponerse pena de reclusión y ello ocurre tanto con la redacción original del art. 24 del código como con su versión modificada del art. 7 de la ley 24.390. En efecto, la violación a aquella garantía constitucional se hace ostensible al advertir que el legislador contempló “en forma distinta situaciones que considera diferentes” cuando los sujetos que se encuentran en ellas tienen el mismo e idéntico status jurídico, esto es, justiciables o apelantes ya que no han recibido aún con carácter definitivo la cualidad de reclusos o presos por encontrarse controvertida su condena. No debe, entonces, atenderse a la variable de pena impuesta, esencialmente modificable mientras no se encuentre firme el fallo, sino a la condición de la persona en el proceso. Esta última es idéntica en todos los casos. Un tratamiento diverso para aquellos que se encuentran en idéntica situación es violatorio de la garantía de igualdad. Es que el condenado no es aún recluso o preso y, por el contrario, sigue padeciendo encierro en función de la prisión preventiva que le fue impuesta en el carácter que sigue ostentando en la causa, esto es, procesado, encausado, acusado sin condena firme que mude su status jurídico y permita hablar de él en términos definitivos. *Por eso contabilizar en la pena de reclusión los días que pasó bajo encierro cautelar del modo gravoso establecido en el art 24 en cualquiera de sus dos versiones, importa sostener que la prisión preventiva no es igual para todos cuando, por el contrario, al tiempo de recibirla y mientras se la padece, no existe título jurídico que permita diferenciar el encierro que supone, el cual importa una privación de la libertad ambulatoria de la que no puede predicarse ninguna diferencia respecto de nadie que por su obrar contrario a derecho se haya hecho acreedor a merecerla.*

Avalar la constitucionalidad del art. 24 del código penal supone sostener el alcance

retroactivo de sus disposiciones pues, si bien el daño surge al tiempo en que se torna operativa la norma, esta última modifica un lapso de tiempo anterior a su aplicación, con grave afectación a la garantía constitucional de la igualdad mediante un recurso interpretativo también inconstitucional. Es que no pueden ser sino efectos deletérios aquellos que se aprecian cuando se hace a un lado el principio general del derecho según el cual las leyes disponen para lo futuro, pues mientras el caso no desemboca en una condena irrevocable pasada en autoridad de cosa juzgada, la privación de libertad es idéntica para todos, con cuánta mayor razón aún si, por expresa disposición del legislador que sancionó la ley 24.660, la modalidad del encierro de presos y reclusos –ya no procesados– es común e idéntica para ambos. Por estos y otros motivos afirmo, contrariamente a lo sostenido por la sentencia, que el cómputo desigual del art. 24 del código consagra un tratamiento diferencial en identidad de situaciones y supone un régimen ejecutivo de la reclusión más gravoso en el ámbito relativo al tiempo de encierro con fines cautelares.

La cámara, luego de hacer propios los fundamentos de los jueces de mérito, aporta los suyos.

En cuanto a la oportunidad de plantear la inconstitucionalidad que la alzada reprocha a mi antecesor en la defensa, debo advertir que el agravio tiene lugar cuando la norma se torna operativa, nunca antes y menos aún “al momento de ser dictada la sentencia por el tribunal a quo”, pues aún con el pronunciamiento de la sentencia definitiva, si es apelada, como lo fue, la especie de pena de que se trate se encuentra controvertida y no parece apropiado introducir la gravedad de un planteo de esa índole ante la eventualidad incierta de que se confirme la naturaleza de la sanción cuando, por lo demás, aún no se ha practicado el cómputo que cristaliza el agravio actual y no futuro e hipotético como lo sería en el supuesto anterior mencionado por la cámara.

Merece reproche la afirmación del fallo en cuanto declara que la inconstitucionalidad del art. 24 del código de fondo importaría “alterar de modo indirecto la especie de

pena originalmente impuesta..., mutándola de reclusión en prisión..." y ello porque la reclamada es una inconstitucionalidad parcial, que extiende sus efectos sólo en el marco de aplicación material sobre el que recae, esto es, en el modo de contar los intervalos de tiempo y sólo para los supuestos ocurriendos en ese ámbito, dejando incólumes, por ejemplo, -y para citar uno que haya escogido la cámara- el despliegue de todos los efectos que la pena de reclusión tiene en el régimen de la libertad condicional. No se reclama la inconstitucionalidad de todo el instituto de la reclusión, ni su declaración importa la supresión indirecta de su vigencia y eficacia como hemos visto, sino que, las circunstancias de derecho sobrevinientes al dictado de la norma tornan inconstitucional su aplicación en un terreno concreto -el del cómputo de la prisión preventiva- y no afectan su constitucionalidad en otro -el del cálculo de la libertad condicional- si no se pierde de vista que la inconstitucionalidad del art. 24 se origina al atropellar la igualdad del encierro preventivo incursionando en una materia ajena a su ámbito, mientras que la constitucionalidad del art. 13 se preserva porque parte del supuesto de hecho correcto en la esfera de su operatividad, esto es, la privación de libertad por la imposición de una condena a reclusión pasada en autoridad de cosa juzgada.

El fallo que impugna incursiona ahora en una impecable reseña histórica de los fundamentos legislativos que, a su juicio, le permiten concluir que las penas de reclusión y prisión son diferentes "por la diferente naturaleza de la sanción, por la clase de delitos a los que se aplica y por la personalidad de sus autores" pero, suprimida la distinción referida al régimen de cumplimiento como lo señala la cámara, ocurre que, en esencia, el castigo es idéntico en ambos supuestos ya que se reduce al encierro, sin aditamentos de ningún género que deba soportar el recluso y de los que el preso se encuentre exento. Otro tanto ocurre al apreciar la clase de delitos, pues en muchos de ellos el legislador ha previsto la reclusión o la prisión dentro de un régimen alternativo de penas. Y la personalidad del delincuente, de indudable importancia en la materia, no es un dato abstracto y genérico sino particular y concreto que debe apreciarse en cada caso singular. Ninguno de estos elementos -necesarios para resolver según derecho en materia penal- goza, sin embargo, de la virtualidad suficiente para erigirse en un factor diferenciador de la reclusión para la generalidad de los supuestos, que a ella -y solo a ella- debe dirigirse la ley.

La prueba de esta insuficiencia se encuentra, contrariamente a lo sostenido en la sentencia, en la inexistente circunstancia objetiva que torne razonable la discriminación en el tratamiento de la reclusión pues aquellas circunstancias, como elemento distintivo y catalizador de diferencias, ora aparecen, ora desaparecen, demostrando la inestabilidad de un criterio que no resulta incólume para justificar la consti-

tucionalidad de un régimen diverso no obstante la identidad de supuestos condicionantes. En efecto, “las circunstancias objetivas que permitan la discriminación en el texto legal” –como afirma la sentencia– no son tales pues de otro modo el legislador no hubiera proporcionado una identidad de régimen para quienes, cumplidos los dos tercios de su condena a reclusión o a prisión, se encuentran habilitados para obtener la libertad condicional, o los 20 años que el preso y también el recluso deben alcanzar para gozar de aquella si fueron condenados a penas perpetuas (art. 13 del código penal citado por la cámara) lo cual torna ostensible la irrazonabilidad del parámetro empleado para computar la prisión preventiva de uno y otro, precisamente por la inconstitucional volatilidad que el cómputo de los intervalos de derecho tiene en ambos institutos.

Esto demuestra la inconsistencia de trasladar diferencias –que indudablemente existen– en un ámbito –como es el cómputo de la prisión preventiva– donde no puede haberla por la inexistencia de circunstancias objetivas que justifiquen la distinción de tratamiento en este ámbito, no en cualquier otro, sino en el ámbito preciso del cómputo del tiempo de encierro preventivo. Como resultado de todo esto, nos encontramos que la igualdad sufre violencia pues se quiebra antes de recibir el justiciable la sanción definitiva e irrevocable, aunque se consume después, al practicarse el cómputo de pena. He dicho ya que las leyes disponen para lo futuro. La sentencia, ley particular del caso, también. Sin embargo, habrá reparado V.E. que la reclusión dispone inconstitucionalmente para el futuro a punto tal que, modificando las 24 horas de los días del pasado, logra que los días del encierro por venir se extiendan a más de los impuestos en el fallo.

Este inconstitucional efecto retroactivo previsto en el art. 24 no se encuentra en los arts. 13 –libertad condicional– ni 26 –condena condicional– ni 44 –tentativa– citados por la cámara, porque el ámbito de aplicación de tales disposiciones recae sobre supuestos ya resueltos mediante la imposición efectiva de una pena irrevocable por el carácter de cosa juzgada del pronunciamiento que la fija, lo

cual pone nuevamente en evidencia la inconsistencia de adoptar el diferente tratamiento de la reclusión con relación a la prisión como principio constitutivo y rector en ámbitos ajenos a la peculiaridad de su respectiva naturaleza. Debe repararse, por si fuera necesario aún para demostrar el despropósito de seguir sosteniendo la diversidad de régimen nada menos que para contabilizar el encierro que en justicia sufre el reo, que la reclusión y la prisión tampoco se distinguen en nada respecto a la tentativa de delitos reprimidos con esas clases de penas, siempre que sean temporales, en cuyo caso la pena se reduce de un tercio a la mitad del hecho consumado.

Existe:

–identidad de tratamiento para la tentativa de delitos sancionados con reclusión o prisión temporal, (art 44)

–identidad de tratamiento para obtener la libertad condicional cuando se trate de reclusión o prisión perpetua, (art 13)

–identidad de tratamiento para obtener ese mismo beneficio cuando se trate de reclusión o prisión temporal y mayor a tres años (art. 13).

Vemos, entonces, que la interpretación sistemática del código abona también una igualdad o semejanza normativa que rechaza la existencia de un criterio catalizador de diferencias entitativas entre la prisión y la reclusión, especialmente si se lo intenta fundar en circunstancias objetivas que aparecen neutralizadas por los ejemplos expuestos. Pero menos aún resulta constitucionalmente tolerable que sin la concurrencia de un criterio único se modifique retroactivamente el alcance temporal de la reclusión impuesta. Debe repararse que si existe, como realmente ocurre, un criterio diferenciador entre reclusión y prisión para la condena condicional (art. 26), la libertad condicional del penado por tres años o menos (art. 13) y la tentativa en delitos sancionados a perpetuidad (art. 22) también existe un criterio contrario, de identidad, para la tentativa de delitos sancionados con reclusión o prisión temporal, (art 44), para obtener la libertad condicional cuando se trate de reclusión o prisión perpetua (art 13), y para obtener ese mismo beneficio cuando se trate de reclusión o prisión

temporal y mayor a tres años (art. 13). La concurrencia de dos criterios opuestos impiden sostener la existencia de circunstancias objetivas que demuestren la razonabilidad en la elección del más gravoso para el cálculo del tiempo de encierro, violentando la garantía de igualdad de trato de la que goza el reo, por muy aberrante que haya sido su conducta e infamantes los móviles que lo han impulsado a obrar de ese modo.

Por ello, es un contrasentido afirmar que “la forma de computar la prisión preventiva es una forma de manifestarse [la mayor] gravedad de la reclusión” desde el momento que esta última –al tiempo del encierro cautelar– no existe aún. Se trata de la vigencia retroactiva de una pena que no ha sido impuesta al imputado quien, no obstante ello y según el criterio de la cámara, debe soportar la eficacia retroactiva de una sanción inexistente al tiempo de ocurrencia del supuesto de hecho que modifica en su perjuicio. Idéntico reproche merece el art. 7 de la ley 24.390 que debe someterse al control de constitucionalidad que menciona la cámara, aquel que encuentra su asiento en el baremo de la razonabilidad de la norma (Fallos:310:1476, in re Firmenich), en este caso, exclusivamente en el tema puntual y concreto referido al cómputo de la prisión preventiva para el reo que recibe pena de reclusión. Para ello no es preciso presumir inconsecuencia alguna del legislador sino atender a la labor sobreviniente del Congreso que, al sancionar, la ley 24.660 equiparó la modalidad de cumplimiento de las penas que importan encierro, reformando de ese modo el rasgo esencial de la sanción y alterando el criterio de razonabilidad para el cálculo de la prisión preventiva.

La cámara afirma que “no se advierte que la reforma legislativa [ley 24.660] hubiera derogado” el art. 24 del código penal. Pero ocurre que la unificación de la ejecución de las penas sumado al reconocimiento de ciertos derechos jerárquicamente tutelados pueden tornar inconstitucional su aplicación si, como ocurre en la especie, las consecuencias que ella provoca son inconciliables con el despliegue incondicional del derecho al recurso del que goza el justiciable. Cualquier justiciable. También quien recibe por castigo la reclusión. Ahora bien, si sólo a éste último el tiempo insumido en el trámite de una apelación a la que tiene derecho le provoca un perjuicio en la extensión temporal de su condena, no parece irrazonable sostener que la distinción que proviene de la ley que sanciona ese régimen importe arbitrariedad. El trato violatorio de la igualdad, contrariamente a lo sostenido por el a quo, no proviene de la conducta procesal del encausado sino del texto mismo de la ley ya que, antes de deducir cualquier recurso, la norma advierte a quien fue hallado digno de la reclusión que el tiempo no transcurrirá igual para todos. Por eso no es verdad que “el trato distinto resulta de contingencias producto de su aplicación”, como dice la alzada, pues

mientras opera la “contingencia” –el recurso el cómputo de la pena aún no se ha efectuado, la norma todavía no ha sido aplicada y, sin embargo, la desigual estimación del tiempo ya se encuentra inexorablemente consagrada.

Por lo demás, descargar la razonabilidad de la norma en las “actitudes asumidas durante el proceso” –excarcelaciones concedidas, recursos interpuestos– no consulta la naturaleza del control de constitucionalidad, más aún si se repara en que quien elude ilegítimamente el ámbito de aplicación del art. 24 del código se beneficia en su obrar contrario a la ley. En efecto, advírtase la ventaja que obtiene el prófugo que fuera habido 3 meses antes de iniciar el plenario, mientras que sus consortes de causa requeridos por el mismo delito y reprimido con la misma especie de pena sufrirán lesión en la igualdad de tratamiento al practicarse el cómputo del encierro cautelar. Y, como es muy probable, si el encierro se prolonga para unificar el trámite de realización del debate, mayor lesión sufrirán, sólo por encontrarse a la espera de ser juzgados, esto es, sin la ingerencia de ninguna “actitud asumida durante el proceso” sino por encontrarse en el más expectante de los comportamientos imaginables. En definitiva, la injusticia del tratamiento discriminatorio de la norma es tal que también genera sus efectos desiguales aunque tenga por causa, no ya el hecho propio lícito, sino el ilícito hecho ajeno.

Llama la atención, en una sentencia enjundiosamente elaborada como es la que impugno, la presencia de una afirmación dogmática: aquella que, referida al principio de igualdad, alude sin desarrollo argumental alguno, a las garantías mínimas mencionadas en el art. 8, inciso 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, para la cámara, sencillamente “no tienen el alcance que pretende la defensa oficial”. Aquí corresponde advertir que el tratado internacional citado contiene distinciones que resaltan, precisamente, la máxima igualdad que se pregonó respecto de quienes ejerzan el derecho al recurso. Repárese que, en el mismo texto del art. 8, se alude –no sin consecuencias– al “inculpado” (apartado a), o al

“inculpado absuelto” (inciso 4º) pero, al tratar del derecho al recurso, el convenio utiliza el término más terminante y categórico entre los de su elección: “toda persona”. Y este énfasis se robustece cuando, en el mismo inciso 2º reclama la “plena igualdad” para ejercer el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” (inciso h). Por ello la desigualdad de trato contemplada en el art. 24 del código penal no encuentra respaldo en la estimación distinta del legislador de aquellas situaciones que “considera diferentes” frente a un texto jerárquicamente superior que exige la preservación de una igualdad a la que califica de un modo tan categórico como definitivo. No es cualquier igualdad. Es la plena igualdad. Y en la plenitud de la igualdad no es dable predicar diferencias.

Se deduce sin esfuerzo, en consecuencia, la inconstitucionalidad del art. 24 del código penal en cuanto desatiende el derecho al recurso del que goza toda persona en plena igualdad durante el proceso. Invirtiendo el razonamiento volcado en el fallo, desconocer la plena igualdad y sus efectos importaría neutralizar la operatividad del art. 8 inciso 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por el contrario, respetar su aplicación en los términos de su vigencia importa advertir la inconstitucionalidad sobreviniente del art. 24 del código penal. Si es principio general del orden jurídico que el ejercicio regular de un derecho propio no puede constituir como ilícito ningún acto, no puede tolerarse que –en materia criminal– la interposición de un recurso de apelación internacionalmente garantizado genere perjuicio sustancial al justiciable, nada menos que en la extensión temporal de la pena que le es impuesta.

Y en esta materia –la imposición de la pena– también yerra la cámara al interpretar “la precisa pena aplicable, según el principio de legalidad (art. 18 de la C.N.)”. Ello por cuanto el ejercicio útil y eficaz del derecho al recurso contra una condena a reclusión provoca la mudanza en la figura del autor de la imposición de la pena en su ámbito temporal. Si el justiciable consiente el fallo, la extensión de la reclusión habrá sido fijada

—como en derecho corresponde— exclusivamente por los jueces. Pero lo que la cámara no advierte es que, si aquel apela la reclusión prolongando de ese modo el tiempo de su encierro cautelar, a partir de ese momento la extensión de la condena tendrá su origen en el ejercicio regular de un derecho constitucionalmente garantizado en condiciones de plena igualdad para toda persona pues el reo será coautor de su propia condena. Y cuanto más persuadido de la bondad de su reclamo recursivo se encuentre, mayor será el tiempo de encierro que sufrirá como recluso si su apelación no prospera. Y si la verosimilitud jurídica de sus planteos son de una entidad tal que habiliten un recurso de inaplicabilidad de ley, el lapso que insuma su tramitación y decisión desfavorable será más tiempo de condena que se está autoinfligiendo el reo aunque para resolver la apelación desempate el Presidente de la Cámara frente a una igualdad —también plena, como reza el Convenio— en la votación de sus miembros. Todo ello, como advierte con acierto el a quo— es una “inexorable consecuencia” que neutraliza el derecho al recurso hasta pulverizarlo ya que el art. 24 del código —bien lo dice con otras palabras la cámara— torna autoperativo la imposición del castigo en manos de quien lo sufre mediante un automatismo absurdo e inconstitucional, por mucha “reflexión y seriedad” que exhiba el reo en su actividad recursiva y por grande que sea la presunción de certeza de la sentencia a la que alude la alzada.

Por lo demás, la imprevisibilidad temporal de los trámites recursivos se trasladan a la extensión de la condena con aquella nota necesaria. En efecto, siendo imprevisible el lapso que demande la resolución definitiva de la causa en las instancias superiores, la determinación del tiempo de condena será, consecuentemente, fluctuante e imprecisa en su duración. Por ende, no existe una “precisa pena aplicable” como se afirma en el fallo que impugno. No es precisa pues su duración se encuentra alterada por la actividad recursiva lícita del justiciable. Y no es aplicable ya que, al interponer la apelación a la que tiene derecho, ya el tiempo de su castigo no es dirimido por los magistrados sino autoinfligido por el reo. Se violenta, entonces, la garantía del juez natural. Y “el principio de legalidad (art. 18 de la C.N.) [que reclama] una precisa pena aplicable”, como advierte el fallo, se conculta sin remedio, dada la “inexorable consecuencia” que apareja el texto del art. 24 del código penal cuya inconstitucionalidad, en la especie, solicito sea declarada por V.E. por las razones de este recurso y las mejores de esa Excma. Corte, sin perjuicio de la argumentación relativa al derecho al recurso que expongo a continuación.

Resta, por último, abordar el tratamiento de la sentencia en cuanto descartó la aplicación del cálculo beneficiante de la ley 24.390.

La Cámara reseña los argumentos expuestos por el tribunal de mérito pero advierte que, a su juicio, distintos funda-

mentos abonan el rechazo de la pretensión del encausado. Ello pues “al entrar en vigor la ley 25.430 (B.O. del 1/06/01) –que derogó el cómputo favorable establecido por los artículos 7º y 8º de la ley 24.390, cuya aplicación se pretende– (el imputado) aún no había cumplido los dos años en prisión preventiva,...no puede beneficiarse con la ultraactividad de esa disposición, ... ya que al momento de cesar en su vigencia no estaban reunidos los requisitos necesarios para su aplicación”.

La Sala II, por el contrario, adopta otra postura sobre el punto. En efecto, ha sostenido en los autos “Elías, Martín Ezequiel” del 27 de febrero de 2004, que “en virtud tanto de la fecha de comisión de los hechos investigados como del principio de ultraactividad de la ley penal más benigna, resulta de aplicación el art. 7 de la ley 24.390 pese a su derogación por la ley 25.430”.

Esa Excma. Corte no se ha pronunciado aún en la materia. Existe un precedente registrado en Fallos: 320: 1395, in re “Carriizo” que no resulta de utilidad pues V.E. declaró inadmisible el recurso pero con fundamento en lo dispuesto en el art. 280 del código procesal civil y comercial de la Nación. Por lo demás, la materia allí discutida era otra, relativa al alcance de la ley 24.390 respecto de la excarcelación para un sujeto condenado con sentencia firme. De allí, entonces, que el principio según el cual las normas de naturaleza procesal resultan de aplicación inmediata a los procesos en trámite (Fallos: 312:466 entre muchísimos otros) no será controvertido por carecer de utilidad para resolver la cuestión planteada que se reduce, en cambio, a discernir si existen condicionantes que excluyan a mi asistida del cálculo beneficioso del art. 7 de la ley 24.390.

Para esclarecer este tema resulta ilustrativo conocer que el delito fue cometido el 28 de julio de 1999, la detención de mi asistida tuvo lugar 2 días después, el 30 de julio de 1999 y la ley 25.430 entró en vigor el 1 de junio de 2001, esto es, casi dos años posteriores a la detención de Almeida y razonablemente después de haberse dictado su prisión preventiva.

Por ello llama la atención que la cámara

afirme que “la ley 24.390 ... no constitúa la ley vigente al tiempo de cometerse el delito o al de producirse la detención cautelar de la imputada...” y ello por cuanto, a juicio del a quo, “la operatividad de aquella modificación se sujetaba a la condición suspensiva de que la prisión preventiva se prolongase más allá del segundo año sin sentencia firme”.

En el último párrafo transcripto se encuentra el vicio de interpretación que tiene de arbitrariedad lo resuelto. Ello es así pues, en la realidad ontológica del caso, tuvo lugar el supuesto que la cámara expresamente niega: mi representada sufrió prisión preventiva sin sentencia firme por un espacio mayor a los dos años legalmente previstos. En efecto, la sentencia del tribunal oral fue dictada el 12 de julio de 2002, tres años después de la comisión del hecho, el recurso de casación de la defensa fue concedido el 15 de agosto de 2002 y la sentencia de la Cámara de Casación sobre el fondo del asunto fue dictada el 7 de febrero de 2003, se interpuso recurso extraordinario el 26 de febrero de 2003 y fue rechazado el 7 de abril de 2003.

Adviértase que, en la extensión temporal real y efectiva, mi representada sufrió prisión preventiva sin sentencia firme por un espacio holgadamente superior a los dos años. Ocurre que la cámara, arbitrariamente, añade un factor irrazonable para interpretar la ultraactividad de la norma, esto es, una “condición suspensiva” –como la designa el a quo– que no es reclamada por el legislador en ningún supuesto de ley más benigna, ni aún en aquellos que son más terminantes, por ejemplo, los que ocurren cuando se deroga una figura penal y aquello que era delito deja de serlo, no solo para quienes no incurrieron en él sino para aquellos que lo cometieron. No se trata ya de unos días más o menos sino de castigo de encierro o impunidad legalmente sancionada. De allí que durante el *tiempo intermedio* previsto en el art. 2 del código penal que rige la materia, no se exige a nadie el cumplimiento de ninguna condición. El legislador ha optado por no gravar la conducta del justiciable con el concurso de ningún factor que distorsione la aplicación de la ley más benigna, siendo suficiente, por caso, ponderar la fecha de comisión del delito.

Aquello de lo que ha prescindido el legislador no es constitucionalmente admisible que se lo arrogue el intérprete, reclamando la concurrencia de una condición que aquel no ha tenido intención de exigir. De este modo, como ocurre con el fallo impugnado, se invaden atribuciones de otro órgano de gobierno excluyendo las propias por otras ajenas. Se incurre, en consecuencia, en ingerencia constitucional del ámbito de actuación de los magistrados, pues ha dicho V.E. que “no incumbe a los jueces, en el ejercicio regular de sus atribuciones, sustituirse a los otros poderes del Estado en las funciones que le son propias, sobre todo cuando la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que le corresponden a los otros poderes” (Fallos: 310:112), pues en la elaboración del derecho los jueces participan en su propio ámbito, el que no incluye la facultad de instituir la ley misma (Fallos: 311:2553) puesto que corresponde al Congreso mantener el equilibrio que armonice las garantías individuales con las conveniencias generales (Fallos: 326:417).

Por todo lo expuesto, más lo que supla el mejor criterio de V.E., solicito se haga lugar a este recurso, se revoque la sentencia apelada mediante una declaración que, acogiendo los agravios volcados en esta presentación, discierna el tema disputado en la causa.

VI. Los recaudos del Recurso Extraordinario

El remedio federal que deduzco resulta procedente por las siguientes razones:

1) La resolución en recurso es una sentencia definitiva pues, al decir de la Corte Suprema, dirime el pleito y pone fin a la cuestión debatida de forma tal que ésta no puede renovarse (Fallos 137:354; 244:279; 188:393).

2) VE son el Superior Tribunal de la causa (Fallos 308:490 y 311:2478, entre otros).

3) Los agravios suscitan cuestión federal suficiente puesto que se halla en juego la garantía de debido proceso (art. 18 CN), principio de inocencia, principio constitucional de igualdad ante la ley, derecho al recurso efectivo (arts. 16 y 18 de la CN, art. 8 inciso 2 y 24 del Pacto de San José de Costa Rica; art. 14 incisos 1 y 2, artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y, la sentencia en recurso ha sido pronunciada en forma contraria al derecho federal invocado.

La cuestión federal surge también de la resolución que se recurre pues ésta desconoce, con excesivo apego formal a normas

Será Justicia.

Actividades de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, del Bloque de Defensores Públicos Oficiales del Mercosur y de la Reunión Especializada de Defensores Públicos Oficiales del Mercosur hasta diciembre de 2006

En estas breves líneas queremos llegar las principales actividades desplegadas por la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF), creada en octubre de 2003 en la ciudad de Río de Janeiro, en ocasión de celebrarse el II Congreso Interamericano de Defensorías Públicas . Los fines de la AIDEF, detallados en el Estatuto, son los que a continuación se señalan: a) defender la plena vigencia y eficacia de los derechos humanos y las garantías reconocidas por los acuerdos, los tratados internacionales, las constituciones y las leyes internas en el ámbito de la defensa pública; b) establecer un sistema permanente de coordinación y cooperación interinstitucional de las Defensorías Públicas de las Américas y el Caribe; c) proveer la necesaria asistencia y representación de las personas y los derechos de los justiciables que permitan una amplia defensa y acceso a la justicia con la debida calidad y excelencia toda vez que sea requerida; d) propiciar que las legislaciones existentes en los países americanos y del Caribe y sus reformas respeten y hagan efectivas las garantías contempladas en los tratados internacionales de Derechos Humanos, especialmente aquellas que protegen los derechos de los grupos vulnerables; e) propender a la independencia y autonomía funcional de las Defensorías Públicas para el pleno ejercicio del derecho de defensa de las personas; y f) apoyar el fortalecimiento institucional de las Defensorías Públicas en equilibrio con los que ejercen las funciones acusatorias del Estado. El Consejo Directivo de la AIDEF, se encuentra integrado por dos representantes de cada país, uno institucional y el otro asociativo.

En marzo de 2005 los participantes del III Congreso Interamericano de Defensorías Públicas y I Congreso de la AIDEF aprobaron la Carta de Punta del Este, en la ciudad homónima. Al fijar las directrices y destacar el relevante rol de la Defensa Pública en el fortalecimiento de la democracia política social y económica en el continente, y tras destacar –entre los ejes principales– que la integración de los países de América debe tener como centro la protección y promoción de la dignidad humana de las personas, decidieron que la AIDEF prepararía un proyecto de Resolución para presentar ante los organismos internacionales sobre el derecho fundamental de acceso a la justicia y asistencia jurídica integral y gratuita asegurada por la Defensa Pública, recomendando la

previsión constitucional del derecho fundamental de acceso a la justicia y de defensoría pública autónoma.

Recientemente, al llevarse a cabo en San Salvador, República de El Salvador el II Congreso de la AIDEF y el IV Congreso Interamericano de Defensorías Públicas , los días 28, 29 y 30 de junio de este año, el Consejo Directivo de la AIDEF proclamó a la República Argentina como próxima sede del III Congreso de la AIDEF, a realizarse durante el año 2008, y eligió a las nuevas autoridades del Comité Ejecutivo para el período 2006-2008. Así, designó Coordinadora General a la Sra. Defensora General de la Nación, Dra. Stella Maris Martínez, Coordinador de América del Norte al Defensor Público del Condado de Dade, Florida, Bennet Brummer, Coordinador de América del Sur, al Defensor General de la República de Chile, Dr. Eduardo Sepúlveda Carrera, Coordinador de América Central, Defensora General de Guatemala, Dra. Blanca Aída Stalling, Coordinador del Caribe a la Defensora General de República Dominicana, Ángela Maritza Ramírez, Secretaria a la Sra. Defensora General de la República del Paraguay, Dra. Noyme Yore, Tesorero al representante de la Defensa Pública Oficial de la República Federativa de Brasil (por la ANADEF y CONDEGE), Vocal Primero al Procurador General de la República de El Salvador, Lic. Marco Gregorio Sánchez Trejo y Vocal Segundo al Defensor General de Panamá, Dr. Gabriel Fernández Madriz.

La Coordinadora General de la AIDEF, Dra. Stella Maris Martínez, ya ha convocado una Reunión del Comité Ejecutivo, que se realizó el día 8 de septiembre pasado, en la ciudad de Asunción, y fijó en la agenda los siguientes temas a tratar, teniendo en cuenta especialmente que las acciones a encarar, claro está, tiendan al cumplimiento de los propósitos de la AIDEF pero alejando a su fortalecimiento: a) determinación de la necesidad de elaborar el Plan de Trabajo para el período 2006-2008, consignando objetivos, metas, instituciones involucradas y período estimado para alcanzarlos; b) fijación de la fecha en que tendrá lugar la próxima sesión ordinaria del Consejo Directivo durante el transcurso del año 2007; c) designación por el Comité Ejecutivo de la AIDEF del Grupo de Trabajo a conformar destinado a actuar frente a la configuración de alguno de los supuestos, contemplados en el artículo quinto inciso i del Estatuto; a saber: “apoyar y defender a las defensoras y defensores públicos que con motivo y en ocasión del ejercicio de su función sean afectados en su seguridad o derechos”; d) creación y diseño de una página web de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, que contará con documentación, debida actualización de la información, etc.; e) adopción de mecanismos para la presentación de propuestas por parte de los Integrantes del Comité Ejecutivo, con el objeto de que el dictado de Cursos de Capacitación en sus respectivos países considere cupos para integrantes de las Defensorías Públicas que integran la AIDEF; f) suscripción de un Convenio Interinstitucional de Cooper-

ción, Colaboración y Asistencia Recíproca entre las Defensorías Públicas que componen la AIDEF; g) elaboración de un Proyecto de Reglamento para ser posteriormente sometido a consideración del Consejo Directivo; h) habilitación de Libros de Registro de Asociados, de Actas, de Registro de Firmas, etc.; i) análisis e impulso, en su caso, de los trámites de la personería jurídica de la AIDEF. Como resultado de esta reunión del Comité Ejecutivo se avanzó en los aludidos aspectos de relevancia para la consolidación de la AIDEF y el fortalecimiento institucional de la Defensa Pública Oficial en el continente americano.

Respecto del Bloque de Defensores Públicos Oficiales del Mercosur, fue iniciado en el año 2003 en la ciudad de Córdoba y con Acta Fundacional de Asunción de fecha 11 de septiembre de 2004, cuyos Estatutos fueron redactados y aprobados en la ciudad Autónoma de Buenos Aires el 19 de noviembre de 2004 y vigentes desde el III Congreso de Defensorías Públicas del Mercosur, celebrado en Aracaju del 4 al 6 de agosto de 2006. El Bloque se encuentra integrado por un representante institucional y dos asociativos de cada país, ya que por Estatuto sólo pueden integrarlo los países que sean miembros plenos del Mercosur. Corresponde subrayar que en Aracaju, estado de Sergipe, Brasil, en oportunidad de reunirse también el Bloque, cuando se renovaron las autoridades, se eligió como Coordinadora General del organismo a la Sra. Defensora General de la Nación, Dra. Stella Maris Martínez; Secretaria, a la Sra. Defensora General de Paraguay, Dra. Noyme Yore; Vicecoordinador, al Sr. Presidente de la ANADEF, Dr. Leopoldo Portela; y Tesorera, a la Dra. Silvia Sturla, representante del Uruguay. Como vocales fueron designados, por la Argentina, el Dr. Juan de Dios Moscoso (Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Comisión del Ministerio Público de la Defensa) y el Dr. Ricardo Vera (Asociación Civil de Magistrados y Funcionarios del Ministerio Público de la Defensa); por Brasil, los doctores Renan Tavares y André Castro (CONDEGE y ANADEF, respectivamente); por Paraguay, el Dr. Camilo Torres y la Dra. Gloria Cartes; y por Uruguay, la Dra. Adriana Berezan y al Dr. Julio Guastavino. La Dra. Martínez convocó a cuatro reuniones desde su designación. Oportunidades éstas en que se suscribió un *Convenio de Cooperación Interinstitucional entre las Defensorías Públicas Oficiales* de los países mencionados y que es de uso práctico en la actualidad, se aprobó un proyecto de creación de un *Observatorio de Prisiones y Derechos Humanos* en el ámbito del Mercosur, ambas iniciativas fueron presentadas por la Coordinadora General, y se ha avanzando en acordar acciones tendientes a instaurar un sistema de pasantías entre los defensores asociados al Bloque para promover el intercambio de experiencias, con especial énfasis en mejores prácticas, entre otros importantes logros. En la última reunión, ha solicitado su incorporación al Bloque, la Defen-

soría Pública de la República Bolivariana de Venezuela, cuestión que, previo cumplimiento de ciertos requisitos exigidos, será tratada en la próxima sesión.

Finalmente, con relación a la Reunión Especializada de Defensores Pùblicos Oficiales del Mercosur (REDPO) fue creada por Resolución 12/04 del Grupo Mercado Común y por Decisión N° 06/05 pasó a estar coordinada por el Foro de Coordinación y Consulta Política (FCCP) del Mercosur. Durante la Presidencia Pro Tempore de la Argentina en el primer semestre de 2006, a cargo de la Sra. Defensora General de la Nación en su calidad de cabeza institucional de la Defensa Pública Oficial de la Argentina, luego de una Reunión Preparatoria en la ciudad de Brasilia, se llevó a cabo la III Reunión Especializada de Defensores Pùblicos Oficiales los días 4 y 5 de mayo en la ciudad Autónoma de Buenos Aires, manteniéndose, entonces, una Reunión Conjunta con la Reunión de Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur y Estados Asociados (RAADDHH), dado los cuantiosos temas de interés común que se comparten. Asimismo, la Coordinadora Nacional presentó el Proyecto de Reglamento Interno y un Proyecto de Decisión: *Solicitud de apoyo técnico al Sector de Asesoría Técnica de la Secretaría del Mercosur por la Reunión Especializada de Defensores Pùblicos Oficiales* y el diseño de una página web, todos aprobados por la REDPO en la ocasión, y respecto de la última dar inicio a la solicitud con el objeto de obtener la correspondiente autorización para su ubicada en el sitio de la Internet de la Secretaría del Mercosur.

Cabe destacar que en la II Reunión de la REDPO, desarrollada los días 22 y 23 de septiembre de 2005 en Montevideo, la Coordinadora Nacional de Argentina presentó también un Proyecto de Decisión: *Mecanismos de Colaboración y Asistencia Recíproca en Asuntos Penales y Civiles entre las Defensorías Pùblicas Oficiales de los Estados Partes*, que fue aprobado por la REDPO y está a la espera de la oportuna implementación por los Estados Partes. Se acordó, además, en tal oportunidad que la REDPO tendría representación en la RAADDHH, asistiendo un representante designado por la Sra. Defensora General de la Nación a la II, III y IV RAADDHH, habiéndose peticionado la inclusión en el Reglamento de la RAADDHH entre las Reuniones Especializadas y Grupos de Trabajo con los que estiman que tendrían que relacionarse a la REDPO así como en los X Objetivos del Plan de Trabajo, propuesta que fue aprobada y aceptada en la IV Reunión AADDHH. Representación que se continúo durante la Presidencia Pro Tempore de Brasil. Cabe recordar que en la REDPO intervienen los países Estados Partes del Mercosur y los Estados Asociados, con los alcances que establecen las normativas del MERCOSUR.

El recorrido que intentamos efectuar en la presente trata tan sólo de plasmar muy sucintamente las relevantes iniciativas mencionadas que abren innumerables posibilidades de

intercambio de experiencias y de acciones de cooperación, contribuyendo, sin dudas, al fortalecimiento de la Defensa Pública Oficial en el Mercosur y en el continente americano, guiadas por la férrea convicción de la importancia que reviste la consolidación y el afianzamiento de dicho sistema de servicio público –en el cual el modelo nacional y federal de la Argentina resulta de avanzada y cuenta con efectivo reconocimiento internacional, recalcado por eminentes especialistas como el Profesor Luigi Ferrajoli– con el fin precisamente de garantizar y preservar los derechos esenciales de los habitantes de los países de la Región.

IV Congreso de Defensorías Pùblicas Oficiales del Mercosur

El Bloque de Defensores Pùblicos Oficiales del Mercosur (BLODEPM), junto con el Ministerio Publico de la Defensa, la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional y la Asociación Civil de Magistrados y Funcionarios del Ministerio Público de la Defensa, organizan el IV Congreso de Defensorías Pùblicas Oficiales del Mercosur, que se realizará en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, los días 9, 10 y 11 de mayo del corriente año.

El evento contará con la participación de las máximas autoridades de la Defensa Pública de los Estados Miembros y Asociados del Mercosur.

En dicha ocasión disertarán el Dr. Ricardo Lorenzetti, la Dra. Elena Highton y la Dra. Carmen Argibay Molina, Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. También lo harán la Dra. Nilcea Freire (Ministra de la Secretaría Especial de Políticas para las Mujeres, Brasil), el Dr. Oscar Bajac Albertini (Ministro de la Corte Suprema de la República del Paraguay).

En el encuentro participarán distinguidas figuras del ámbito académico a nivel nacional e internacional: Luis Arroyo Zapatero (Catedrático y Rector Honorífico de la Universidad de Castilla-La Mancha, España), Carmen López Peregrin (Prof. Titular de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide, España), Alberto Silva Franco (Director del Instituto Brasilero de Ciencias Criminales), Arturo Caumont (Prof. de Derecho Civil de la Universidad de la República, Uruguay), Graciela Dubrez (Presidenta de la Delegación Argentina del Observatorio Internacional de Prisiones), Máximo Sozzo (Prof. de la Universidad Nacional del Litoral), Marcos Salt (Prof. de la Universidad de Buenos Aires), Eva Giberti (Prof. de Psicología de la Universidad de Buenos Aires), entre otros.

Haciendo una breve referencia histórica, el BLODEPM es un órgano creado el 11 de septiembre de 2004 por los representantes de las Defensorías Pùblicas Oficiales de los

países miembros plenos del Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay), en la ciudad de Asunción (Paraguay). El 6 de diciembre de 2006, reunido el BLODEPM en la ciudad de Río de Janeiro, se incorporó la República de Bolivia. Asimismo, la Defensoría Pública de la República Bolivariana de Venezuela ha solicitado su incorporación, cuestión que será tratada en la próxima sesión del órgano.

Cabe destacar que la Sra. Defensora General de la Nación, Dra. Stella Maris Martínez, es la Coordinadora General del Consejo Directivo del BLODEPM, cargo que ejerce desde el 4 de agosto de 2005 y por un período de dos años; ello por votación del Consejo Directivo en la reunión llevada a cabo en la ciudad de Aracaju, Estado de Sergipe, Brasil. Al acercarse la fecha de conclusión de dicho mandato, se elegirán, con ocasión del presente Congreso, las nuevas autoridades del BLODEPM, las que serán presentadas el último día a las 19 horas, previo al acto de cierre del evento.

Primero Defendamos lo Humano: Primeras Jornadas sobre Derechos Humanos y Derechos Sociales en la Justicia

Las Jornadas se desarrollaron durante los días 29 y 30 de marzo del presente año en el Salón de Actos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Miembros del Poder Ejecutivo Nacional, del Ministerio Público, del Poder Legislativo, y del Poder Judicial tuvieron a su cargo las exposiciones y compartieron su visión con estudiantes, abogados, trabajadores judiciales, miembros de organizaciones sociales y ciudadanos interesados en la temática.

La Defensoría General de la Nación fue uno de los organizadores del evento y, asimismo, “en virtud de la relevancia institucional y la importancia de fomentar el debate en torno a la efectiva vigencia de las garantías fundamentales y los derechos sociales”, la Defensora General dispuso a través de resolución “promover la participación de los integrantes del Ministerio Público de la Defensa en el evento”.

El acto de apertura tuvo lugar el jueves 29 de marzo, a las 10:30 horas, con la presencia del Dr. Carlos Tomada (Ministro de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación), la Dra. Stella Maris Martínez (Defensora General de la Nación), el Dr. Pablo Mosca (Presidente del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación), y el Dr. Julio Piumato (Secretario General de la Unión de Empleados de la Justicia de la Nación y Secretario de Derechos Humanos de la CGT). Dio la bienvenida a los organizadores el decano de la Facultad de Derecho, Dr. Atilio Aníbal Alterini.

En su discurso, la Dra. Martínez se dirigió a los jóvenes trabajadores de la Administración de Justicia y dijo: “Es central el papel de las nuevas generaciones, de los empleados. Ustedes deben ser también operadores de los derechos humanos … tener una presencia permanente que señale cualquier error o cualquier omisión que se pueda cometer; … son los que deben actuar como garantes específicos de derechos humanos en cada uno de sus lugares de trabajo y esto va más allá del discurso, de la declaración, es el trabajo de todos los días. Es el respeto al preso, el respeto al familiar del preso, a la persona humilde que viene a luchar por sus derechos, a la persona que a lo mejor es un diferente; a la persona que puede tener problemas mentales. Todo esto es respetar lo humano, no sólo las bonitas declaraciones. Asumir que el otro merece tanto respeto como merezco yo”.

Por la tarde se desarrollaron los dos primeros paneles; el primero desde las 15 horas, sobre Memoria y Derechos Humanos , con las exposiciones a cargo de Estela Carloto (Presidente de Abuelas de Plaza de Mayo); Dra. Carmen Argibay (Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación); Lic. Marita Perceval (Senadora Nacional del PJ y Presidenta de la Comisión de Defensa); Dr. Gastón Chillier (Secretario Ejecutivo del Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS), y el Dr. Agustín Colombo (Embajador y familiar de desaparecidos). El panel fue coordinado por el Dr. Julio Gómez Carrillo, Director del Instituto de Estudios, Formación y Capacitación de la UEJN.

Desde las 18, el segundo panel, estuvo referido a “el respeto de los DDHH en el sistema de justicia”, con las disertaciones a cargo del Dr. Eduardo Freiler (Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Capital Federal), Dr. Claudio Martín Armando (Defensor Público Oficial ante los Tribunales Orales en lo Criminal), Dr. Félix Crous (Responsable de Política Criminal de la PGN), Dr. Luis Niño (Juez de Tribunal Oral en lo Criminal de Capital Federal), Lic. Alberto Buela (Presidente del Centro de Estudios Estratégicos Sudamericanos (CEES) y asesor de la CGT. Este segundo panel de la jornada fue coordinado por el Dr. Gabriel Ignacio Anitua (Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación).

El día viernes 30 de marzo, por la mañana, se desarrolló el tercer panel, sobre La defensa de los derechos sociales desde las instituciones políticas , con las disertaciones a cargo del Dr. Héctor Recalde (Diputado Nacional y Asesor de CGT), Juan Carlos Schmidt (Secretario General del Sindicato de Dragado y Balizamiento), Dr. Rafael Follonier (Secretario de Provincias del Ministerio del Interior), y Juan Cabandié (Coordinador del Consejo Federal de Juventud). Este panel fue coordinado por el Dr. Ariel Pringles (Secretario de Relaciones Institucionales e Internacionales y de DDHH de la UEJN). El cuarto panel comenzó a las 15:00 horas, se denominó La vigencia de los derechos sociales en el acceso a la

justicia . Allí expusieron la Dra. Ana María Zapata de Barry (Defensora Pública Oficial ante los Jueces de Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral), Dra. Diana Cañal (Juez Nacional del Trabajo), Dra. Patricia Azzi (Defensora Pública Oficial ante los Jueces Federales de Primera Instancia de la ciudad de Mar del Plata), y la Dra. Cecilia González (de la UEJN- Seccional 2 de la Ciudad de Buenos Aires. El Dr. Arsenio Mendoza (Defensor General de Entre Ríos), se excusó puesto que la situación de las inundaciones en su provincia requería su presencia allí. La coordinación de este último panel estuvo a cargo de la Dra. Silvia Martínez, Defensora Pública Oficial ante los Jueces y Cámara de Apelaciones en lo Criminal de Instrucción.

Como resumen de las jornadas es válido citar lo oido entonces: "Es nuestra obligación que los derechos humanos no sean un bonito discurso, sino que estén al alcance de nuestra accionar diario". Así habló la Defensora General de la Nación Stella Maris Martínez al hablar en el acto de clausura, en el que fue acompañada en el estrado por el Vicedecano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, Dr. Túlio Ortiz; el Secretario General de la Unión de Empleados de la Justicia Nacional, Dr. Julio Piumato; y el Presidente del Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Dr. Jorge Rizzo, quienes también dirigieron sus respectivos mensajes a los presentes en el Salón de Actos de la Facultad de Derecho, en la tarde del viernes 30 de marzo.

En uno de los tramos de su exposición de cierre la Defensora General de la Nación destacó la valiente actitud demostrada en el ejercicio de su cargo por una funcionaria de la Defensa Oficial, a la que rindió "un merecido homenaje" y para quien pidió un fuerte aplauso, que por varios minutos resonó en el enorme salón en el que había más de mil personas.

Agregó luego: "Esto es el mensaje que queremos transmitir. Nuestra opción por los Derechos Humanos es firme, seria, continua, permanente y estamos dispuestos a hacer todos los sacrificios necesarios para que la política de derechos humanos que se enuncia a nivel nacional sea una realidad en el interior del sistema de administración de justicia".

La reunión, de acceso libre para todo público, fue co-organizada por el Ministerio Público de la Defensa de la Nación, la Unión de Empleados de la Justicia Nacional y el Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y contó con la adhesión y el auspicio de numerosas instituciones de todo el país, encabezadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Consejo de la Magistratura de la Nación, Ministerio de Trabajo, Procuración General y Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, entre otras.

El objetivo, ampliamente logrado según los organizadores, fue generar un ámbito de debate y reflexión acerca de la necesaria incorporación del respeto a los derechos humanos y sociales como valores fundamentales sobre los cuales se debe construir la nueva justicia en la Argentina.

Nuevos convenios marco de colaboración suscriptos por el Ministerio Público de la Defensa

Durante el año 2007, la Defensoría General de la Nación ha suscripto nuevos convenios marco de cooperación y asistencia técnica para el desarrollo y cumplimiento de proyectos, programas y actividades de investigación tendentes a garantizar la efectiva protección de los derechos humanos.

El 8 de febrero de 2007 se realizó un acuerdo amplio de colaboración entre el Ministerio Público de la Defensa y la Unión de Empleados de la Justicia de la Nación, en el que se enfatizó en el compromiso de ambas partes de realizar acciones de capacitación y perfeccionamiento de los integrantes del organismo.

Por su parte, el 15 de febrero de 2007 se celebró un convenio con la Fundación de la Merced para la prevención de la violencia y la integración social, con el objeto de promover el desarrollo de actividades conjuntas destinadas a prevenir la violencia y fomentar la integración social tanto en las personas privadas de libertad y sus familias como en los sectores más vulnerables de la sociedad.

Programas de expansión del servicio y acceso a la justicia

ÁREA DE ASISTENCIA INTEGRAL AL INMIGRANTE. La Secretaría de Política Institucional confeccionó y publicó una guía de Asistencia Integral al Inmigrante que proporciona datos sobre la documentación necesaria para regularizar la residencia de los inmigrantes, sus costos, direcciones de los centros donde deben tramitar esta documentación, así como todo otro dato de interés que pueda facilitar el proceso de regularización migratoria.

Esta guía también contiene todos los datos útiles de los Consulados –teléfonos, horarios de atención, teléfonos de emergencia, dirección–, direcciones y teléfonos de Organismos Gubernamentales y ONG, información útil por país, información general, como comedores, hogares y jardines maternales.

La guía fue publicada en el mes de diciembre de 2006 y entregada a todas las dependencias del Ministerio Público de la Defensa y a entidades involucradas.

ÁREA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA MUJER. Se promovieron acciones tendentes a implementar un área específica de protección de los derechos de las mujeres. Con este fin se participó en diferentes charlas, talleres y debates en los cuales se discutieron los mecanismos y las estrategias necesarias para cambiar la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres en nuestro país.

En el último de los talleres se discutió el informe del

CEJIL sobre mujeres privadas de libertad, llevado a cabo en colaboración con la Defensoría General de la Nación que aportó una encuesta realizada en las Unidades Penitenciarias de mujeres. Esta información sirvió para reflejar la situación particular de las mujeres detenidas.

A su vez, se remitió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) nuestras observaciones al Anteproyecto de Declaración de Principios sobre la Protección de Privados de Libertad.

PROYECTO DE INTERCAMBIO DE EXPERIENCIAS CON BOLIVIA Y URUGUAY: EUROSOCIAL JUSTICIA. Siguiendo el plan de actividades programado en el marco del Proyecto de Intercambio de Experiencias Fortalecimiento de la Defensa Pública , durante los días 14, 15 y 16 de marzo de 2007 se llevaron a cabo las jornadas de Intercambio de Experiencias Defensa Pública entre las defensorías de la Argentina, Bolivia y Uruguay, organizadas por la Defensoría General de la Nación.

En estas jornadas participaron 25 defensores públicos uruguayos, 10 bolivianos y 15 argentinos, seleccionados en virtud de las incumbencias funcionales, necesidades y particularidades de las diversas defensorías y su relación con los programas en ejecución.

La actividad fue desarrollada en el marco del programa de transferencia de experiencias Sectores vulnerables. Defensa Pública y Acceso a la Justicia, del programa EUROSOCIAL Programa regional para la cohesión social en América Latina , en el que la Defensoría General de la Nación ha sido elegida como organismo responsable para realizar la transferencia de tres experiencias exitosas de programas de acceso a la justicia a las instituciones de defensa pública de la República Oriental del Uruguay y la República de Bolivia: Programa para la aplicación de tratados de Derechos Humanos en el ámbito interno , Comisión de cárceles y Programa para la atención de problemáticas sociales y relaciones con la comunidad .

Comisión de Reforma del Código Procesal Penal de la Nación y de las Leyes de Organización de la Justicia y del Ministerio Público

La Sra. Defensora Pública interinamente a cargo de la Secretaría General de Política Institucional, Dra. María Fernanda López Puleio, ha sido designada como Integrante de la Comisión Asesora para la Reforma de la Legislación Procesal Penal en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, para la elaboración de un anteproyecto de reforma del Código Procesal Penal de la Nación, ley de Organización de la Justicia y ley del Ministerio Público (Res. N° 238/07 del Sr. Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Dr. Alberto Iribarne).