

Sumario

AÑO I - Nº 3 - NOVIEMBRE 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**
Stella Maris Martínez

Foro de opinión

- 3** Memoria de las violencias, memoria de Derechos Humanos
Carmen Argibay

- 7** El futuro de la justicia
Ricardo Lorenzetti

- 16** Las personas privadas de libertad en el sistema
interamericano de derechos humanos
Florentín Meléndez

- 32** Panorama del régimen legal de drogas
Luis Fernando Niño

- 42** El principio de laicidad y sus manifestaciones
Enzo Musco

Nuestra doctrina

- 48** Salud y derechos humanos
Patricia Azzi

- 56** Apuntes sobre las leyes de violencia contra las mujeres
en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires
Julieta Di Corleto

- 71** La defensa ante el Tribunal Penal Internacional
Julián Horacio Langevin

- 94** Los “menores no acompañados” que ingresan solicitando
refugio en nuestro país y el rol de la tutoría pública
Carlos Alberto Lozano y Bettina Pancino

- 101** Detenidas embarazadas. Normativa y tratados
de derechos humanos
Juan Rubén Pulcini

- 119** El Protector de Naturales y el Defensor General de Pobres en
la estructura jurídica colonial de la América Hispana
Ana María Zapata de Barry

Planteos defensistas

- 124** “Recurso de hecho deducido por Mauricio Esteban Peralta
Cano, en los autos: Peralta Cano, Mauricio s/causa Nº 5921”
Stella Maris Martínez

- 144** “Recurso de hecho deducido por Miguel Ángel Gómez,
en los autos Gómez, Miguel Ángel s/causa Nº 6369”
Eduardo A. Dromi

- 164** “Alicia Clotilde Ávila, en causa Nº 1782 –Incidente de arresto
domiciliario–”. Sergio Raúl Moreno

- 168 Informaciones**

Editorial

Nuevamente, en mi calidad de Defensora General de la Nación y, por ende, de Editora Responsable de la Revista del Ministerio Público de la Defensa, me dirijo a Uds. –nuestros lectores– para presentarles el tercer número de nuestra publicación cuyo contenido, al igual que el de las anteriores entregas, nos colma de orgullo.

Comprobamos, con particular satisfacción, que los objetivos de la Revista se están cumpliendo ampliamente, en particular el relacionado a la difusión de la existencia y rol institucional del Ministerio Público de la Defensa y a la labor de sus integrantes. Así, no sólo recibimos solicitudes de ejemplares desde los distintos ámbitos del sistema de administración de justicia de las jurisdicciones provinciales, sino también desde los diversos países de Iberoamérica con los que mantenemos fluido contacto. En todos los casos consideran que nuestra Revista es un valioso instrumento de trabajo y agradecen y alientan la iniciativa.

En este número, en el espacio “Foro de opinión”, contamos con un valioso artículo del Sr. Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina Dr. Ricardo Lorenzetti, sobre “El futuro de la justicia”, en el que se esboza una verdadera plataforma de acción sobre el funcionamiento del Poder Judicial en los próximos años y sobre su relación con la comunidad.

No menor interés y jerarquía revisten los aportes de la Sra. Ministra de ese cuerpo colegiado, Dra. Carmen Argibay, “Memoria de las violencias, memoria de Derechos Humanos” y del Sr. Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Dr. Florentín Meléndez, “Las personas privadas de libertad en el sistema interamericano de derechos humanos”, fiel reflejo del compromiso de nuestra institución con la vigencia plena de los derechos humanos.

Similar enjundia y respeto por los valores democráticos que deben imperar en un estado social y democrático de derecho trasuntan los dos artículos restantes, debidos a la pluma de los Profesores Luis Fernando Niño y Enzo Musco, que versan sobre el “Panorama del régimen legal de drogas” y “El principio de laicidad y sus manifestaciones”, respectivamente.

Quien lea con atención estos cinco artículos vislumbrará claramente los principios sobre los que se asienta el accionar del Ministerio Público de la Defensa.

En la siguiente sección contamos con aportes de magistrados y funcionarios de nuestra institución que abarcan los distintos ámbitos de actuación de nuestro ministerio, revelan la capacidad técnica y las inquietudes intelectuales de sus integrantes y, en el caso de los artículos de la Dra. Ana María Zapata de Barry, ayudan a comprobar, a la luz de los antecedentes históricos que detalladamente señala, la profunda inserción en nuestra sociedad que tiene la figura del defensor de pobres, antigua denominación de nuestro oficio.

Concluimos el ejemplar publicando presentaciones judiciales que han obtenido respuesta favorable de la magistratura, con el objetivo de su difusión y utilización por los distintos operadores judiciales de los distintos ámbitos y jurisdicciones de nuestro país.

Concluyo renovando la invitación a participar de esta empresa intelectual con artículos, comentarios, noticias o sugerencias y agradeciendo a todos aquellos que, con sus palabras y gestos, nos demuestran que la iniciativa y el esfuerzo puesto en ella vale la pena.

Memoria de las violencias, memoria de Derechos Humanos*

Carmen Argibay**



Ante todo, comenzaré la presente disertación con un homenaje a Estela de Carlotto, a las Abuelas de Plaza de Mayo y a todas las mujeres del mundo que luchan por la paz, la justicia y contra la violencia. Mujeres que han recurrido a la ley, a la justicia, a la convivencia y a la confianza en ella, dejando a un lado la venganza y la violencia personal.

Esto es, en lo personal, una nota sobresaliente, identificatoria de todas esas mujeres del mundo que he visto luchar. Por ello, les pido a los aquí presentes un enorme aplauso para Estela de Carlotto y a las Abuelas de Plaza de Mayo.

Dado que me han hecho fama de ser un agente provocador –eso dicen todos desde siempre, y también me lo dijeron en el Tribunal de la ex Yugoslavia–, me propongo doblar la apuesta. Les pido que hagamos memoria, mucho más allá de la memoria personal de cada uno. Que hagamos memoria de la sociedad en que vivimos, con vistas a construir la sociedad en la cual deseamos vivir. Les pido que hagamos memoria y reflexionemos sobre el golpe del 24 de marzo de 1976, preguntándonos por qué hubo una enorme mayoría de la sociedad –del pueblo argentino–, que se calló la boca y que, encerrándose en su casa, apoyó, colaboró y formó a algunos de los señores que después iban a ser los dueños de la vida y la muerte de los argentinos, con el decreto de que ponían por encima de la Constitución un estatuto “para defender la Constitución”.

Esto me recuerda a las guerras preventivas. El tema es: en ese momento, ¿cuántos salieron a protestar y acompañar a las primeras mujeres que fueron a la Plaza de Mayo y que empezaron a dar vueltas a la Pirámide de Mayo, ese símbolo de nuestra libertad?

Sé muy bien que Estela de Carlotto tiene muchos motivos para quejarse de nosotros y de la justicia, y ojalá pudieramos decirle que esto va a cambiar mañana. Pero lamentablemente sabemos que esto no puede ser así. En primer lugar, no puede ser así por la siguiente razón: como me decía mi abuela hace muchos años, el pescado se pudre por la cabeza, y cuando la cabeza anda mal nada puede andar bien en el resto. Entonces, es verdad que estamos tratando de cambiar esto, pero lleva tiempo. Debe reconstruirse precisamente lo que se destruyó durante muchos años.

¿Qué pasa en el Poder Judicial? Todo aquello que pasa en la sociedad argentina, pasa también con relación a los jueces. Si bien somos una sociedad plural –por suerte, a pesar de que

* Conferencia pronunciada en ocasión de las Primeras Jornadas sobre Derechos Humanos y Derechos Sociales en la Justicia, que bajo el título “Defendamos lo Humano” fueron coorganizadas por el Ministerio Público de la Defensa y la Unión de Empleados de la Justicia de la Nación y realizadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, los días 29 y 30 de marzo de 2007.

** Ministra de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

no nos gusten nada ciertas pluralidades–, si bien hay una gran porción de la sociedad que está muy movilizada en busca de otras ideas, debemos aceptar esto también: los jueces –lo mismo que la Facultad de Derecho, el Poder Legislativo, las ONG– son un espejo de la sociedad.

Entonces, debe tenerse cuidado, que por querer también irnos demasiado a la tolerancia de esta pluralidad de la que estábamos hablando –que yo quiero para mi país y para mi sociedad–, ocurre que no podemos irnos al otro lado y olvidarnos cuál es el origen de estos problemas. Por ello, creo que los Derechos Humanos tienen como contrapartida esto de que son un valla contra el poder omnímodo del Estado. En este sentido, el Estado debe tener un límite, porque en caso contrario, directamente, anula a sus ciudadanos, no puede haber individualidades. Estos límites son los Derechos Humanos, están en nuestra Constitución, en nuestras leyes, en los convenios internacionales que el país ha firmado, y los jueces son los que tienen que hacerlos respetar. Todo lo demás son delitos comunes. Algunos delitos para nosotros no son delitos en otros países, y a la inversa, algunos delitos en otros países no son delitos para nosotros. Estos ya son variantes, esto hay que combatirlo con otras armas, esto se combate con el Código Penal, el Código Procesal, etc. Una cosa distinta, no confundamos los niveles por favor.

Todo es relativo en los seres humanos, no hay una sola verdad. Pero trataré de aproximarme lo más posible con mi verdad, la que viví el 24 de marzo de 1976 desde las tres de la mañana en la cárcel de Villa Devoto, en un lugar enorme, lleno de colchones vacíos, adonde se acercaban las guardias del otro lado de la reja y me miraban como si yo fuera un monstruo. También mi verdad del 22 de diciembre, nueve meses más tarde, cuando empecé a recorrer, otra vez, los pasillos de tribunales cuyas baldosas actualmente conozco, hasta la más ínfima. Había gente que se cruzaba de vereda para no saludarme. Yo me acuerdo de eso, tengo memoria y recuerdo que en la dictadura militar colaboraron muchos civiles, desgraciadamente, muchos colegas nuestros, que se olvidaron de todo lo que les enseñaron en esta Facultad, y tengo memoria de las consecuencias de todo esto. Se olvidaron por completo la frase de San Agustín *cumplir la ley*, lo que aquí equivaldría a *cumplir la Constitución*. ¿Quién se acuerda de ellos, dónde están, a quién le estamos pidiendo cuentas?

En lo personal, tengo muchas cuentas que pedirles, por ejemplo, a los señores de la Junta Militar, a los otros, a los que siguen más bajo, y a los que siguen un poco más bajo, y un poquito más. Pero también tengo que pedirme cuentas a mí misma y a la gente que me rodeaba, porque no lo vimos venir en esta forma, porque hubo tanta gente que aceptó este golpe militar, éste y los anteriores golpes –desde el año treinta que vivimos esto–. Debo aclarar que todo ello no es culpa nuestra, todos éramos muy jóvenes. Pero lo cierto es que veníamos acep-

tándolo. Nos pasó como sociedad, que queríamos un Estado de derecho.

También tenemos que recuperar la memoria en relación con lo que hicimos mal, cuando nos fuimos para un lado que no tendríamos que habernos ido, para que gran parte de la sociedad pudiera apoyar –o en todo caso callarse la boca por miedo– ese semejante horror ocurrido entre 1976 y 1983. Pero esto ocurre aún hoy en algunos lugares de nuestro país. Uno menciona ciertos nombres y la gente se pone blanca de miedo.

Es esta la memoria que debemos recuperar entre todos, que es realmente muy dura. A la gente le resulta mucho más fácil negar, olvidar, porque, precisamente, son hechos traumáticos, que nos marcaron mucho. Pero si podemos empezar a hablar, podemos empezar a reconocernos entre nosotros. A pesar de los malos recuerdo de aquella época, creo –de hecho lo he visto en Estela de Carlotto y en todas las Abuelas– que de esos dolores terribles se pueden sacar, todavía, ganas de sonreír, de construir y de hacer algo mejor.

Me gustaría que hagamos memoria, pero para tratar de que este grupo, nosotros, los que pensamos como ella [Estela de Carlotto], no seamos las mismas caras de siempre. Debemos hacer lo posible para atraer al resto de nuestra sociedad y buscar entre todos, dentro de la pluralidad de ideas, para decir ese “nunca más”, es decir: no sólo que “nunca más” tengamos un golpe militar, sino para que “nunca más” tengamos gente en esta sociedad que se olvide de que tenemos una Constitución y Derechos Humanos, que la justicia está para servir a la sociedad, de manera independiente. Esa es la garantía para todos los ciudadanos, cualquiera sea su idea.

Los Derechos Humanos existieron siempre –aunque no con ese nombre–, para hacer frente al poder del estado. Defienden al individuo, que es el más débil cuando está frente al poder del Estado. En este sentido, los Derechos humanos persiguen la protección de los ciudadanos frente al Estado. Este, cuando mata o secuestra o cualquier otra acción proveniente de su fuerza monstruosa, no comete delitos comunes sino que, más profundamente, viola Derechos Humanos, que establecen una protección legal especial por parte de la Constitución y las Convenciones, Tratados y Pactos Internacionales.

Todos tenemos una función que hemos aceptado, cuyo mandato está dado por la Constitución y nuestros propios principios. El mejor principio que podemos tener bien presente siempre –y que lo han hecho valer las abuelas–, y que debemos repetir hasta el cansancio es: “el fin no justifica los medios”, nunca.

Evoquemos la memoria, evoquemos los malos tratos, evoquemos los llantos, los dolores y también las alegrías. Pero evoquemos también algo más profundo: ¿qué hicimos mal? Es decir, no tanto qué hicieron los otros –eso ya lo sabemos–, sino qué hicimos mal como sociedad, a dónde vamos en el caso que seguimos no respetando la Constitución.

Esta es la memoria que quiero que hagamos, a la que desafío a todos doblando la apuesta: no es sólo esta memoria, que queremos que lleguen en los juicios llevados adelante sobre la represión de la dictadura. Es mucho más: es la memoria como pueblo, como argentinos, que debemos recuperar juntos con el fin de transmitirla a todos.

Tenemos gente magnífica, que está con nosotros, que piensa igual. Pero traigamos al resto, esforcémonos por atraerlos para los nuestros, para nuestras ideas. Si no los atraemos, al menos si les podemos exigir una cosa: si usted quiere ser argentino y vivir en la Argentina, tiene que respetar la Constitución, que es la voluntad de los argentinos. Desde luego que esto no implica que luego piense lo que quiera, mande sus hijos a la escuela que quiera, trabaje en lo que quiera.

Tenemos que analizarnos a nosotros mismos. Comencemos por esta introspección. Este es el trabajo más difícil para un juez, por ejemplo. El problema gira en torno a las presiones propias, a los prejuicios internos, nuestras circunstancias de vida, que nos hacen por ahí aproximarnos más a unos que a otros, o sentir más simpatía por unos que por otros. El juez, por el contrario, debe ser imparcial, aunque sea duro. Esto es importante, porque hay que construir esa memoria de la Argentina que todos soñamos, sino para nosotros mismos al menos para las generaciones futuras, los jóvenes.

Soy optimista. No creo en esas ideas de catástrofes, que el año 2025 es el fin de la tierra. De esta manera, me gustaría que hoy co-

mencemos con este camino de introspección, de autocrítica, de toma de conciencia sobre aquello que tenemos y no tenemos en común. Debemos buscar y encontrar aquello que sea lo mejor para el país, confiando, ante todo, en la Constitución y en nuestros conciudadanos que de igual a igual queremos construir este país, sin jerarquías ni protocolos, ni nada.

Para concluir, a lo mejor no es ésta la memoria de la que queríamos hablar todos. Por ello quiero agregarla y hablar de esta memoria. Vamos a hacer memoria.

El futuro de la justicia*

Ricardo Lorenzetti**



Quiero agradecer la gentil invitación que me formularon para abrir este Congreso, al que considero realmente importante. Los defensores son factores de cohesión social, y este es un elemento de extraordinaria relevancia en sociedades donde la fractura parece ser la regla, y no la excepción.

Así que la presencia mía no es sólo una presencia personal, sino también institucional. Porque la Corte Suprema de la Argentina entiende que debemos trabajar todos juntos, dentro de una posición amplia de lo que es el Poder Judicial y su relación con la sociedad. Y por eso creemos que los defensores tienen una importante actuación dentro del rol del Poder Judicial.

Quiero agradecerle particularmente a mi querida amiga, a la Doctora Stella Maris Martínez, por el empeño que ha puesto en la organización del evento y reconocer el éxito que tiene. También a la Universidad de Buenos Aires, especialmente a la Facultad de Derecho, que felizmente en este Aula Magna me he encontrado en innumerables oportunidades, en eventos de todo tipo, y que hoy recibe a los defensores del Mercosur. Creo que la Universidad sigue manteniendo y mantendrá, cada vez con mayor intensidad, este liderazgo en lo que es la investigación y la promoción de actividades en la sociedad civil, tan importante entre nosotros.

Y finalmente, quiero agradecer también la presencia de los representantes de países hermanos, con los cuales tenemos un destino común. Y ese destino común se elabora día a día en este tipo de reuniones. Tanto influyen las políticas generales de los gobiernos, como la acción de cada uno de los funcionarios y de los individuos en reuniones, que van entrelazando lo que es el Mercosur vivo, o las relaciones en toda América, como decía Stella Maris Martínez. Eso se vive, se palpa, y por eso es muy importante esta presencia.

El tema que hoy nos ocupa, es un tema realmente complejo. Porque hablar del futuro de la justicia sería como hacer un pronóstico. Y pronósticos, verdaderamente, hoy hemos descubierto que no tenemos bases fiables como para formular; y que ninguno de nuestros pronosticadores, en casi ninguna de las áreas científicas, ha sido exitoso en los pronósticos. Asistimos a una era donde se ponen en duda los pronósticos porque, tanto en el campo económico, como en las ciencias exactas, como en el derecho mismo, se ha llegado a la conclusión de que la cantidad de variables que influyen en los eventos son tan com-

* Conferencia pronunciada en el acto de apertura del IV Congreso de Defensorías Públicas Oficiales del Mercosur, 9 de mayo de 2007, Facultad de Derecho de la UBA. Versión de la exposición oral no revisada por el autor.

** Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

plejas, e interactúan de un modo tan elaborado y tan sofistificado, que es muy difícil acertar al prever el futuro.

Por eso es que no vamos a hacer exactamente un pronóstico de futuro, pero vamos a describir una situación con el suficiente grado de detalle, para que nos permita a nosotros encontrar cuáles son los caminos de acción. Es decir, lo que vamos a tratar de hacer es identificar algunos problemas actuales y en el futuro cercano, que nos guíen para la acción. No se trata, entonces, de hacer pronósticos teóricos sino de identificar cuál es nuestro rol, qué debemos hacer en los próximos años.

Hace poco tiempo oí decir, por parte de autores muy reconocidos internacionalmente, que hubo un siglo del Parlamento donde el gran protagonista fue el Parlamento, representante del todo el pueblo; pero que ahora estamos en un siglo diferente y ese es el siglo de los jueces. Me parecieron palabras, tal vez, demasiado pretenciosas para lo que es el mundo de hoy. Porque si nosotros señalamos que es el siglo de los jueces, estamos poniendo en cabeza del Poder Judicial una extraordinaria responsabilidad. Yo sería mucho más modesto.

Pero esta frase tiene una explicación. No es una frase dicha por alguien que ha pensado ligeramente, sino que ha sido elaborada por alguien que ha estudiado profundamente las transformaciones sociales de los últimos siglos.

¿Y qué es lo que ha ocurrido? Nosotros advertimos, por un lado, que los mecanismos por los cuales los ciudadanos resuelven sus conflictos de modo amigable están en crisis desde hace mucho tiempo. Advertimos que aumenta la conflictividad, ya sea porque las sociedades son menos homogéneas, ya sea porque aumenta la exclusión social... pero, en definitiva, surgen conflictos entre intereses individuales que se encuentran en disparidad, y estos conflictos son cada vez más complejos. Este aumento de la conflictividad social a escala nacional, regional y global, ha fracturado, ha puesto en cámara lenta, los modos de autocomposición. Cada vez hay más conflictos.

Los Parlamentos, como modo de resolución de estos conflictos a través de normas generales, evidentemente están en crisis. Porque los Parlamentos actuales ya no resuelven los problemas, más bien los exponen.

Si ustedes examinan las leyes actuales, en todo el mundo, verán que hemos pasado de una lógica jurídica deontica, clásica, como era la descripción de reglas precisas, de una ley que decía "este es el supuesto de hecho y esta es la solución", a toda una categoría nueva de conceptos jurídicos indeterminados. No está el supuesto de hecho y la solución, sino cláusulas generales, conceptos abiertos. El legislador no da la solución. Es como dice mi querido amigo de la Corte brasileña, Antonio Benjamín, estamos ante un estado teatral, que escenifica el conflicto, pero, puesto que es muy difícil para el legislador actual, no puede resolverlo.

Si ustedes toman cualquier tipo de legislación, vamos a

observar la proliferación frecuente de estos conceptos abiertos que alguien tiene que llenar. ¿Y quién es el que lo va a llenar? Naturalmente, el Poder Judicial. El legislador, legisla, pero deja al juez la definición de contenidos como qué es la buena fe en el derecho privado; o cómo se integran los tipos penales abiertos; o cómo se resuelven los conflictos de familia. Siempre se utilizan, en las legislaciones actuales, conceptos jurídicos abiertos, con lo cual se incrementa el rol de los poderes judiciales.

Tanto por la dificultad que existe en la autocomposición y proliferación de conflictos, como por el rol que actualmente se da en los Parlamentos, por ambos factores, se concluye en que una extraordinaria cantidad de cuestiones llegan a los poderes judiciales. Y por eso, nos guste o no nos guste, los poderes judiciales de todo el mundo hoy se ven con conflictos de una naturaleza absolutamente diferente de lo que era pensado para su función tradicional. Poderes judiciales que resuelven elecciones de presidentes, poderes judiciales que tienen que intervenir en el calentamiento global, poderes judiciales que tienen que resolver cuestiones relativas a la discriminación en las relaciones de familia, a la discriminación en las relaciones humanas, poderes judiciales que tienen que resolver la ausencia de prestaciones de salud, vivienda, alimentación, poderes judiciales que tienen que tratar la situación de los presos en las cárceles, que intervienen en políticas públicas.

Entonces aquí está un poco la explicación de por qué estos autores vienen diciendo que es la era de los jueces. Algunos lo leen como un elogio, es el gran poder de los jueces. Y otros, con cierto aire de dramatismo. Es un proceso de fracaso de los otros estadios y que genera una excesiva responsabilidad en los poderes judiciales.

Otro autor, Abi Saab, ha dicho: esto puede llevar a una explosión de los poderes judiciales en todo el mundo, a un estado de tensión tan grande que no sean capaces de administrar por sí solos esto que es una demanda social acumulada y una traslación de los problemas hacia los poderes judiciales.

Entonces, la era de los jueces es una era difícil. Es una era de una extraordinaria participación del poder judicial en la comunidad.

Y esto, para unos será motivo de optimismo, y para otros de pesimismo, pero sin duda es una realidad.

¿Qué debemos hacer con esta realidad? Y aquí voy al segundo aspecto que me parece interesante mencionar. Esta traslación de problemas ha hecho que se confunda con mucha frecuencia, en la comunidad, el valor justicia con el poder judicial. En la medida en que todo es trasladado al poder judicial, la expectativa de justicia es depositada en el poder judicial.

Aquello que en otras épocas era motivo de las grandes luchas sociales de los partidos políticos, de la discusión fuerte, de la discusión ardua de los grandes teóricos, de los grandes militantes, de los partidos que fundaron cada uno de nuestros países, parece haberse atenuado. Parece que hoy las políticas públicas no son las que forman los grandes debates comunitarios. Pareciera que la justicia, y aquello que estaba en esos debates, es problema del Poder Judicial.

Y entonces, alguien que dice “no hay seguridad en las calles, me siento inseguro, es injusto que a mi me roben, me asalten y demás...”, traslada el problema y piensa que el Poder Judicial tiene que ocuparse de la seguridad ciudadana. Alguien que dice “es injusto que yo no tenga una vivienda”, plantea a la justicia, entendiendo por ella al Poder Judicial, que le tiene que solucionar el problema. Y esto sucede en todos los campos imaginables.

Esta identificación entre el valor justicia y lo que hace uno de los poderes del Estado es absolutamente correlativa con el otro problema. El poder judicial está, entonces, con una extraordinaria carga de temas que van introduciéndose porosamente en todos los ámbitos. Y al mismo tiempo, con una extraordinaria expectativa social que identifica la justicia con el poder judicial.

Creo que éste es el escenario. Tal vez el escenario más difícil que alguien haya imaginado para los poderes judiciales en todo el mundo. Y es motivo de una extraordinaria preocupación, de una profunda preocupación. Para algunos es una crisis, para otros es una oportunidad. ¿Qué debemos hacer frente a este escenario?

Me parece que la primera observación es no pensar que el Poder Judicial lo puede todo.

Es muy importante que tengamos una idea clara de que el Poder Judicial puede hacer mucho, pero siempre tiene que reconocer que las políticas públicas le corresponden a los otros estadios. Y que las grandes decisiones sociales le corresponden al pueblo. Sería un error, para los jueces, sustituir las decisiones populares; sería un error muy grave sustituir los debates.

Y aquí entramos en una primera afirmación, que me parece importante en la doctrina actual, que se denomina “procedimentalismo”. ¿Cuál es la función de los jueces en estos campos de las grandes decisiones sociales? No es imponer sus propias concepciones sobre la noción de lo público, de lo que es bueno y de lo que es malo, sino reforzar los procedimientos para que la gente opine sobre lo que es bueno y lo que es malo en un país. Esto es, reforzar los procedimientos de la democracia, de la expresión de todo el pueblo.

Voy a dar ejemplos de lo que significa reforzar los procedimientos. En la Corte Suprema de Justicia de la Argentina hemos tenido dos casos interesantes, en los dos se nos pide que intervengamos frente a plebiscitos. Uno de ellos referido a un tema ambiental, y otro referido a una reforma constitucional provincial. En ambos nos alertaban diciendo que el resultado previsible de la consulta iba a ser malo, que iba a ser contrario a lo que decía la Constitución Nacional. Uno puede tener la tentación de intervenir y sustituir ese peligroso debate. Sin embargo, hemos reafirmado la tesis de autorestricción y decidir que se haga el plebiscito. Si el resultado de una mayoría circunstancial es contrario a la norma constitucional, ahí sí que cumpliremos nuestro rol, pues para eso decimos que tenemos una democracia constitucional. Porque las mayorías encuentran limitadas sus decisiones en los límites que marcan nuestro texto fundamental. Pero hay que reforzar el procedimiento, que la gente discuta, participe.

Otro camino es la legitimación amplia para que la sociedad civil, esta sociedad tan fuerte en la Argentina, que quiere participar, que ha entendido que ya la tolerancia excesiva no es buena, cuente con instrumentos eficaces y permanentes para manifestarse. Esta sociedad civil necesita instrumentos de legitimación amplia para pasar de una democracia discontinua a un sistema continuo o democracia intermedia, como se la llame. Frente a cada gran decisión que afecta la vida de cada uno de los ciudadanos, éstos no sólo tienen derechos electorales, tienen derechos de participación para opinar sobre el punto en particular. Fíjense ustedes cómo la construcción de un edificio, la modificación del paisaje, la decisión de construir una represa... cualquiera de estas decisiones que son normalmente políticas de Estado, y que antes nadie cuestionaba, hoy son motivo de actuación y de debate dentro de las políticas del poder judicial. Porque esto es lo que permite la legitimación. Es el otro camino para reforzar los procedimientos de opinión y de participación.

Entonces, esta primera idea proceduralista parece

adecuada para entender que los jueces y el poder judicial todo, deben mantener una posición activa en reforzar los procedimientos para que nuestra gente participe en todo tipo de decisiones, tenga las posibilidades de hacerlo, pero nunca caer en la tentación de sustituirlos.

La segunda precisión que corresponde en este campo, de qué es lo que debe hacer el Poder Judicial frente a estas transformaciones, es que nosotros tenemos un rol importantísimo, que fue el que pensaron los que diseñaron el estatuto del poder. En el caso de la Argentina, por influencia clara de Hamilton y la Constitución estadounidense, nosotros tenemos un sistema tripartito, y el rol del poder judicial es poner límites. Y esos límites no sólo abarcan el campo institucional, sino el campo de los derechos individuales.

Por aquí es por donde nosotros recibimos, en la actualidad, una cantidad extraordinaria de peticiones de los ciudadanos. Algunas, de defensa de los derechos individuales de contenido negativo. Y otras, de contenido positivo. Pero aquí encontramos el segundo gran rol del poder judicial en su conjunto.

Si el primero es reforzar la democracia y las instituciones a través de un criterio procedimentalista, el segundo, no menos importante, es la protección de los derechos individuales o derechos humanos, en su aspecto negativo y positivo.

Los de contenido negativo son ampliamente conocidos. Nosotros pensamos que existe ya una tradición muy importante, sobre todo en el campo del derecho penal, en lo que se refiere a la protección de las garantías del debido proceso. También hoy vemos un nuevo campo, sobre todo en las relaciones más privadas de las personas. Nuestra Constitución, como muchas otras, protege lo que denominamos la esfera de la libertad personal, que ya no es aquel ámbito privado donde nadie nos ve y hacemos lo que queremos, sino mucho más que eso: es una esfera para expresarnos, una esfera para comportarnos de acuerdo a nuestras propias convicciones, sin que nadie venga, desde afuera, a dirigirnos.

Es lo que dijo William Pitt en aquella famosa y muy citada frase, cuando definió el contenido de lo que es la privacidad y dijo:

"Habrá personas muy pobres en Inglaterra, con casas muy humildes. Y en esas casas humildes podrá pasar el viento, podrá pasar la lluvia, pero nunca va a pasar el rey de Inglaterra". Y esto lo dijo con la clara idea de que debía haber una protección, una frontera, un límite, un umbral, de defensa de las decisiones individuales. Y esto se ha ampliado en los últimos años.

Nosotros tenemos un caso que lo ejemplifica, donde una organización no gubernamental plantea que no hay legitimación para la inconstitucionalidad de una ley que se refiere a una pastilla que, según ellos, tiene efectos anticonceptivos. Sin entrar en la cuestión de fondo, el problema es si hay una organización no gubernamental que pueda tener tal legitimación. Y lo que dice la Corte (y lo hemos dicho en dos votos más desarrollados, la Doctora Argibay y yo) es que la legitimación es importante, pero hay un límite y es el de la esfera de la libertad.

Nadie puede dar representación a ninguna ONG para decidir las cuestiones que hacen a su vida privada. Esta es una esfera que hay que proteger. Una esfera de la libertad. Y la esfera de la libertad es muy importante en nuestros sistemas actuales, en todo el mundo.

Aquello que dijo William Pitt en el siglo XVIII, hoy es casi más importante que en aquella época. Porque hay muchos más reyes disfrazados de poderes de distinta naturaleza que se introducen en la vida privada. Entonces es muy importante este rol dentro de los derechos fundamentales de contenido negativo.

Y en los de contenido positivo, también tenemos una importante actividad que tienen que cumplir los poderes judiciales. Nosotros decimos, por volver a citar siempre nuestros ejemplos, para no referirnos a los de los otros países aquí presentes, que hoy la noción de *ciudadano* tiene un contenido material indiscutible. Si seguimos llamando *ciudadanos* en sentido formal, por sólo tener los derechos de ciudadanía, vamos a concluir que nuestro pueblo va a pensar que es una parodia, una ironía.

El sentido actual de *ciudadano* es que tenga lo suficiente para ser considerado un ente moral autónomo, como decía Kant. Y

por lo tanto, en sentido más actual, como lo ha dicho Rawls, tenga bienes primarios, tenga lo necesario para poder ser ciudadano. Este es el sentido actual de la ciudadanía.

Y esto nos lleva, como consecuencia, a afirmar que los derechos fundamentales positivos, tienen un contenido mínimo. No son normas declarativas. Y nosotros, la Corte Suprema de Justicia, hemos dicho, en materia jubilatoria, que hay un contenido mínimo. Reconocer los derechos de un jubilado, de una jubilación en el futuro, no es algo abstracto. Debe tener un contenido mínimo que le permita ser una persona.

Nosotros hemos dicho que cuando la ley dice que hay un derecho a prestaciones de salud, esto significa que no hay una mera declaración, sino que hay una acción. Y que si los demás poderes del Estado no lo cumplen, hay un contenido mínimo incumplido. Entonces los jueces pueden ordenar a los demás poderes del Estado, el otorgamiento de prestaciones de salud a quienes no las tienen, y como consecuencia de no tenerlas, su vida está en peligro. Y también hemos avanzado un poco más y lo hemos hecho en materia del derecho de alimentación, algo mucho más difícil. Pero hemos dicho, si alguien no tiene lo mínimo para alimentarse, ¿cómo puede ser llamado ciudadano? Entonces, ahí está el contenido mínimo de los derechos fundamentales y su exigibilidad judicial.

Y también en otras materias, que no son exclusivamente de este tipo, también siempre hablamos de un contenido mínimo, como dice la Constitución alemana, un contenido necesario. Esta es la idea, no son meras declaraciones. A mí me gusta citar aquí el ejemplo de Morgan, quien descubrió el Código de Hammurabi. Era una piedra lo que él descubrió, y esa piedra contenía los registros de las principales leyes de la civilización de Hammurabi. Y sobre la base de eso, este antropólogo descubrió y describió lo que era una civilización de miles de años. Imagínense, entonces, que un antropólogo, dentro de trescientos o cuatrocientos años, descubriera los digestos de leyes de nuestros países, y en función de eso pretendiera describir cómo vivían nuestros ciudadanos. Seguramente, en muchos casos, llegaría a errores increíbles, porque la distancia entre lo declarado y lo efectivamente gozado, es demasiado importante.

Es por ello que la función de los jueces, de los defensores, de todo el Poder Judicial, es achicar esta diferencia. Es mostrar que hay un contenido mínimo, que el derecho no puede ser sólo declarativo, porque ese contenido declarativo es absolutamente indispensable para quienes piensan que el derecho no tiene ninguna función social que cumplir. Pero nuestros ciudadanos no piensan lo mismo. Esto afecta la credibilidad del Poder Judicial y de la Justicia.

Si los derechos existen, hay garantías, hay acción. Pero estos derechos tienen que ser garantizados con un mínimo. Esta es la idea, me parece, más importante: que nosotros apliquemos esas garantías, y que sobre todo, nuestra población lo

entienda, puesto que todo ello hará la legislación sea mucho más creíble para nuestros ciudadanos.

Creo que, además, es necesario decir que esta idea de los derechos fundamentales de contenido mínimo también debe ser regional. Porque si no, ocurre este fenómeno, que algunos sociólogos del derecho han descrito como de “competencia legislativa”, en el cual las empresas, que tienen como objetivo la racionalidad económica, se van hacia donde pueden maximizar sus beneficios y, por lo tanto, donde todo les sea más barato, estas leyes de protección en un solo lugar serán problemáticas porque tienen un costo. Y si tienen un costo, las empresas van donde no hay leyes de protección. Y si la economía está globalizada y existe alta movilidad empresarial, se van a mudar hacia donde no haya protección.

Por lo tanto, los países, para evitar el desempleo, empiezan a ofrecer legislación de menor contenido protectorio para asegurarse las inversiones. A esto es lo que se llama “Mercado legislativo”. En la competencia, los países ofrecen leyes de menor contenido protectorio. La única forma de combatir esto es que en los bloques regionales –por ahora pues cuando haya una economía y una sociedad globalizada será distinto– se puedan establecer estos pisos mínimos. Que en toda nuestra región el criterio sea similar en la protección de los derechos individuales, para evitar esta oscilación.

Y no es lo que ha ocurrido en estos últimos años, donde las oscilaciones fueron muy fuertes, incluso dentro del ámbito del Mercosur. No son barreras para-arancelarias, por el contrario, esto es lo que define la calidad de vida de nuestros habitantes. Este es un gran debate que hay que dar.

La protección de los derechos fundamentales es un asunto de bloques regionales, y por qué no, de la economía global, que tiene que pasar a ser una sociedad global, institucionalizada. Creo que todavía ahí debemos discutir, si como dice un conocido autor italiano, los fundamentos de los derechos fundamentales están atados a la noción de ciudadanía o no. Porque decir esto significa que sólo los ciudadanos, en este caso los europeos, tienen esos derechos fundamentales; y quienes no son

ciudadanos europeos no los tienen. Y esto genera otro problema grave, que es la extraordinaria exclusión social que provoca tensiones en Europa y en América Latina.

Los derechos fundamentales en una sociedad global trascienden también el estatus de ciudadanía. Son mínimos, tienen que darse una plataforma, para que la sociedad sea viable. De lo contrario, las tensiones serán perdurables, consistentes y serán muy difíciles de resolver.

Es por ello que la función aquí de los poderes judiciales es afirmar este contenido mínimo y ordenar a los demás poderes el cumplimiento de políticas públicas para que esto suceda.

Y esto nos lleva a un tercer ámbito de actuación, el último que quiero tratar; y es que también los poderes judiciales intervienen en la agenda pública. Esto será cada vez más frecuente, los ejemplos hoy son abundantes. Fíjense que la Corte Suprema, en el caso de la Argentina (pero hay más ejemplos) ha intervenido en la definición de los derechos que tienen los detenidos. Pero lo ha hecho en una causa colectiva y esto implica una orden a un Estado provincial de realizar políticas públicas: no el contenido sustancial, pero sí el contenido mínimo de las políticas públicas. Es decir, “usted no puede hacer cualquier política pública en materia carcelaria, tiene que hacer como mínimo una que respete los derechos fundamentales de los detenidos”. Es una afirmación compleja, que lleva luego al control de este tipo de sentencias.

Es muy difícil porque no tenemos experiencia en procesos colectivos. Y la Corte argentina ha dicho también en materia ambiental que el Estado tiene que proteger el ambiente y por lo tanto le ordena presentar un plan para la limpieza del Riachuelo. Estamos hablando de políticas públicas. Y así en muchos otros campos. Pero no somos los únicos.

La Corte Suprema de los Estados Unidos empezó mucho antes, en el caso Brown. Y llevó 20 años de distintos procesos de ejecución, luego de dos sentencias de la Corte Suprema, en una actuación del Poder Judicial en las políticas públicas, para terminar con la discriminación en las escuelas. ¡Veinte años de litigios que terminó resolviendo el Poder Judi-

cial! Pero finalmente se transformó la discriminación en el sistema escolar de Estados Unidos. También debe remarcarse la influencia que tuvo la Corte Warren con las definiciones en materia de defensa de los derechos de los detenidos. Y últimamente, una Corte a la cual todos le criticaban que no era activista, que era demasiado pasiva, ha dictado una sentencia de un gran valor, porque ha dicho “señores, el Gobierno de Estados Unidos no suscribió el Protocolo de Kyoto en materia de contaminación ambiental, polución y que regula la emisión de gases de efecto invernadero, pero está absolutamente probado que esta emisión es la que causa el calentamiento global, y que ello es dañino para todos” entonces ordena a la agencia de control ambiental que regule los gases que emiten los vehículos. Otra intervención clara en políticas públicas. Lo que no hace el Poder Ejecutivo lo hizo la Corte, en una sentencia del 7 de abril de este mismo año 2007.

Fíjense, esto es casi inevitable hoy: no es que los jueces hagan políticas, sino que existen situaciones en las cuales los derechos fundamentales violados, esta función de garantía implica intervenir en la tutela de bienes colectivos. Y esto requiere una extrema prudencia para reconocer cuáles son los límites. Uno no debe avanzar, porque tampoco tenemos la información suficiente para definir políticas públicas; pero sí debemos hacer la defensa de los derechos de nuestros ciudadanos cuando esas políticas públicas afectan masivamente derechos fundamentales individuales o bienes colectivos protegidos constitucionalmente.

Fíjense entonces cómo los poderes judiciales también intervienen en la agenda pública, produciéndose esto que denominamos diálogo de poderes: el Poder Judicial afirma algo y los otros le contestan, y así se hace un diálogo recíproco, que va generando lo que por fin será una política de Estado. El resultado final es el de políticas de Estado, porque son definidas en este diálogo institucional de los tres poderes.

Sería bueno concluir afirmando que creo que el Poder Judicial tiene una extraordinaria responsabilidad frente a la comunidad, porque la comunidad se la encomienda. Y que entonces debemos ser responsables, asumir esta responsabilidad, y decir con toda claridad lo que pensamos: defender los derechos individuales, participar en la defensa de los procedimientos de la democracia, participar en la defensa de los bienes colectivos, intervenir institucionalmente en la agenda pública.

Yo creo que, en definitiva, de lo que se trata hoy es de mantener aquellas razones por las cuales los poderes judiciales fueron creados.

No es posible identificar la justicia, la realización del valor “justicia” con el Poder Judicial. Éste tiene capacidades limitadas. Pero lo que sí debemos hacer es mantener la idea de justicia, no el valor, sino la idea, la utopía de la justicia: debemos perseguirla incansablemente.

Esto es lo que debemos hacer, que no es ni más ni menos que volver a esta Facultad de Derecho cada tanto y recordar cuando éramos estudiantes y decir qué pensábamos en aquellos años cuando decíamos “Qué bueno estudiar Derecho” y que el Derecho es, como dijo ese gran jurista uruguayo que fue Couture, el modo normal de la convivencia humana.

Hoy vivimos momentos difíciles porque nuestros pueblos, el nuestro y el de casi todo el mundo, no entienden muy bien por qué estamos viviendo una crisis de la juridicidad. Y acá hay mucho que decir, no lo voy a decir porque es algo conocido. Pero hay una crisis importante acerca de la comprensión de que la regla de derecho sirve para regular la convivencia humana. Entonces, nosotros debemos

reafirmar nuestros ideales, debemos reafirmar nuestros ideales, transmitir nuestra convicción, porque si nosotros no estamos convencidos de lo que hacemos, mucho menos lo va a estar nuestro pueblo. Esto significa unirnos, tener un Poder Judicial fuerte, defender lo que creemos que es defendible y tratar de convencer a toda la comunidad de que el derecho es un sistema que es, hasta ahora, con sus defectos, el único y el mejor que tenemos para regular la convivencia humana.

Este es el gran desafío de los poderes judiciales: hacer que toda la sociedad hable el lenguaje del derecho y que no ocurra lo contrario, esta suerte de retorno a la Edad Media, como algunos autores han dicho. Reforzar el Estado de derecho, en definitiva, es nuestra función.

Las personas privadas de libertad en el sistema interamericano de derechos humanos*

Florentín Meléndez**



Palabras previas

En primer lugar, deseo expresar mi satisfacción especial y mi agradecimiento por la invitación que se le ha cursado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Es un honor participar en este evento de cierre del IV Congreso de Defensorías Públicas del Mercosur. En especial, agradezco a mi amiga y colega, la Doctora Stella Maris Martínez, porque fue ella precisamente la artífice de esta invitación, permitiendo de esta manera que esté nuevamente en este querido país para hablar sobre un tema común a todos los aquí presentes –abogados, jueces, defensoras y defensores públicos–: el de los derechos de las personas privadas de libertad en el marco del sistema Interamericano de protección de los derechos humanos.

Este es un tema relacionado de forma directa con el quehacer cotidiano de las funciones y el mandato de las Defensorías Públicas del continente, y de igual manera con las actuaciones de los jueces en materia penal (de los jueces penitenciarios, jueces de ejecución de la pena, fiscales), vinculado este tema también con el mandato y las funciones de los procuradores penitenciarios, de los *ombudsman*, los defensores del pueblo. Y, obviamente, también es un tema que está en el centro de las actividades de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: es parte del eje central de la Relatoría Especial sobre personas privadas de libertad de la Comisión que está a mi cargo.

Hablar de este tema significa referirse a las personas privadas de libertad: hombres y mujeres, menores de edad, adultas y adultos mayores. Es decir, aquellos sujetos de derecho, los internos, los reclusos, y sus familias que están definitivamente vinculados a este tema cuando, desde la perspectiva del sistema interamericano, tratamos de desarrollarlo en un evento de esta naturaleza.

Debemos destacar la importancia de este tema en el marco del presente evento, donde se encuentran presentes defensoras y defensores oficiales, porque permite destacar la relevancia que implica para todos los operadores judiciales –no sólo exclusivamente para los defensores y defensoras– el hecho de conocer las normas nacionales e internacionales aplicables en materia de personas privadas de libertad.

Asimismo, hablar y estudiar sobre este tema permite no sólo conocer la normativa, sino también aplicarla desde la

* Conferencia pronunciada en el acto de clausura del IV Congreso de Defensorías Públicas Oficiales del Mercosur, realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, los días 9, 10 y 11 de mayo de 2007.

** Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

perspectiva del derecho interno y del derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, es una vía para el conocimiento y la utilización de los mecanismos nacionales e internacionales que se han establecido para proteger a las personas privadas de libertad, no sólo en el ámbito del derecho interno, de la jurisdicción interna (que por supuesto esto es lo más importante en términos jurídicos, particularmente la protección constitucional), sino también la protección complementaria que desarrollan organismos internacionales como la Comisión Interamericana y la Corte.

Permite, en este sentido, ahondando más en el estudio de esta cuestión desde la perspectiva del derecho internacional, conocer e invocar la jurisprudencia, fundamentalmente la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia y la doctrina internacional. Asimismo, partir del tema central de análisis de los derechos de las personas privadas de libertad, que es la misma realidad que viven estas personas en distintos países de la región.

Sin embargo, no podemos estudiar el derecho ni ahondar en el estudio de la jurisprudencia, ni conocer los mecanismos y utilizar los mecanismos, si previamente no conocemos y no estamos compenetrados en la realidad, en la vida cotidiana que se observa tanto en las prisiones como en los demás centros de privación de libertad –que va más allá de las prisiones o de los lugares de reclusión de personas por motivo de delito o infracciones a la ley. En relación a esto último, el concepto sobre *personas privadas de libertad* de la Comisión Interamericana es mucho más amplio que el de las personas privadas de la libertad por motivo de delito. También nos preocupamos por aquellas que se encuentran privadas de su libertad por motivos psiquiátricos o de abandono o desamparo, en asilos de niños o de ancianos que, de alguna u otra forma, también son personas despojadas de la libertad que ameritan la protección del Estado o, en todo caso, de su supervisión cuando los centros de privación de libertad están en manos privadas.

En la exposición siguiente, me referiré en primer momento a la base normativa, es decir el desarrollo normativo que se ha observado en el sistema interamericano aplicable a las personas privadas de libertad. Seguidamente haré una breve mención a los mecanismos de protección y a los procedimientos que se han desarrollado durante las últimas décadas en el marco del sistema interamericano, los que son aplicables a las personas privadas de libertad. En tercer lugar destacaré la importancia de la jurisprudencia del sistema interamericano. Por último, finalizaré haciendo referencia a la realidad desde nuestra perspectiva, una especie de diagnóstico preliminar de la situación carcelaria, particularmente en América Latina, cuestión que se encuentra relacionada con la relatoría a mi cargo, desde donde visitamos las cárceles de los distintos países. En este sentido, cabe aclarar que la visita a la Argentina no es precisamente la excepción, porque también hemos visitado

ya varias cárceles y centros de privación de libertad en este país. Por último, concluiré mi exposición destacando la importancia del rol de los defensores y defensoras oficiales para la defensa de los derechos de las personas privadas de libertad en el continente: los derechos a la dignidad, a la vida, a la libertad, a debido proceso.

Desarrollo normativo del sistema interamericano

El sistema interamericano comienza un proceso de desarrollo evolutivo de sus normas desde su establecimiento en 1948 –año de creación de la OEA-. En ese año se adoptó el primer instrumento declarativo de derechos humanos: la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”¹, que es una declaración general que incorpora un breve catálogo de derechos y garantías del debido proceso aplicables a personas privadas de libertad. Sin embargo, se permite realmente el desarrollo de dicho sistema recién en el año 1969 con la adopción de la Convención Americana de Derechos Humanos², como así también de otros tratados internacionales incluyendo la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad³ (los cuales son un total de siete), todos ellos relacionados directa o indirectamente con la protección de las personas privadas de libertad. En este sentido, puede observarse en esa franja de tiempo un desarrollo evolutivo y progresivo del sistema normativo interamericano.

La Convención Americana da paso, quince años más tarde, a la adopción de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura⁴, directamente vinculada con personas privadas de la libertad. Posteriormente, se adopta la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas⁵. Igualmente, tiempo antes se había aprobado el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte⁶.

Es de destacar que el nombre mismo de estos tratados dicen mucho de sí, de sus contenidos y destinatarios: las personas privadas de libertad, condenados a muerte, torturados, sometidos a tratos crueles, inhumanos o degradantes, etcétera.

Estos instrumentos normativos que he citado protegen específicamente las garantías del debido proceso (garantías comunes para las víctimas y para los imputados de delito). Pero también hay garantías específicas dirigidas a proteger a las personas privadas de libertad en el marco de los procesos penales, como por ejemplo, la presunción de inocencia con sus efectos en la carga de la prueba, el derecho no sólo a la defensa sino a la asistencia letrada, el derecho a recurrir, como así también otros derechos y garantías procesales que son propios de las personas privadas de libertad (sujetos destinatarios de estas normas).

Debemos resaltar, asimismo, que este núcleo de instrumentos convencionales del sistema interamericano –el núcleo

¹ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948.

² Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

³ Adoptada en Ciudad de Guatemala, el 7 de junio de 1999, en el vigésimo noveno período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

⁴ Adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

⁵ Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

⁶ Aprobado en Asunción, Paraguay, el 8 de junio de 1990, en el vigésimo período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

duro por decirlo así–, reconoce derechos fundamentales que los Estados deben garantizar a las personas privadas de libertad: los derechos a la vida, a la integridad personal, física, psicológica y moral, el trato humano, el respeto a la dignidad humana y el derecho a la libertad que proclama que, en materia de los procesos penales, la regla general es la libertad y la prisión preventiva la excepción. Esta es una regla acuñada desde los años 60, primeramente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)⁷ y, tres años más tarde, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Asimismo, se establece, en materia de personas privadas de libertad, el principio de la readaptación como un fin de la prisión, reconocido en el marco de la Convención Americana.

Por otro lado, se suman a estos cuatro instrumentos convencionales mencionados –aplicables directamente a las personas privadas de libertad, y por supuesto también a otras personas que no están privadas de la libertad–, otros tres tratados del sistema interamericano.

Uno de ellos, de hecho muy relevante en materia de derechos humanos y con una importancia estructural, es el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominado Protocolo de San Salvador⁸. Si bien no hace una referencia explícita a las personas privadas de libertad, sí hace referencia a las condiciones carcelarias, al trato humano, a los servicios básicos esenciales que el Estado tiene que garantizar en las prisiones y en cualquier centro de privación de libertad de personas, reconociendo en tal sentido el derecho a la salud, a la educación, entre otros.

A esto se suma la Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, denominada Convención de Belém do Pará⁹, donde se hace referencia a la protección de las mujeres contra toda forma de violencia, incluida, por supuesto, la violencia tanto en el ámbito carcelario como en cualquier centro de privación de libertad, en donde sea afectada la integridad física, psicológica y moral de las mujeres.

Por último, si bien la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad no hace referencia expresa a las personas privadas de libertad, debe tenerse en cuenta que en los centros de privación de libertad también se encuentran personas con discapacidades físicas o mentales, que los hace por ello mismo más vulnerables dentro de las prisiones.

Esto es, entonces, la base normativa convencional y declarativa del sistema interamericano. Obviamente, sería ideal –al igual que las Naciones Unidas, que lo ha desarrollado ampliamente– contar con un instrumento normativo específico que regule la protección de las personas privadas de libertad en las Américas. Dado que la OEA no cuenta con un instru-

⁷ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966.

⁸ Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

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

mento de esta naturaleza, la Relatoría a mi cargo¹⁰ se ha tomado la tarea y la iniciativa, desde hace un par de años, de llevar adelante una iniciativa tendiente a motivar y a promover –en el marco de la OEA y más allá del ámbito de la Comisión Interamericana– la adopción de un instrumento específico. En tal sentido, sería conveniente que –debo aclarar que vamos en ese rumbo–, la OEA cuente con un Protocolo Facultativo de la Convención Americana para proteger a las personas privadas la libertad, que desarrolle las disposiciones y principios de dicha Convención y de los demás tratados a los que he hecho referencia.

Debe destacarse que si bien estos tratados son el *corpus juris* del sistema interamericano en materia de derechos humanos, no han sido recibido de igual forma por todos los Estados miembros de la OEA. Lamentablemente, a más de 50 años de existencia de la OEA, los Estados no han sido coherentes con sus discursos políticos, obstaculizando que estos tratados cobren vida en los sistemas jurídicos internos de nuestros países.

En este sentido, los siete tratados de la OEA sólo han sido ratificados en su plenitud por cinco Estados del continente: Uruguay, Paraguay, Ecuador, Panamá y Costa Rica. Existe un segundo bloque de Estados que ha ratificado seis tratados: Argentina, Brasil, Bolivia, Venezuela, Colombia, Perú, México y Guatemala. Por otro lado, nos encontramos con otros Estados que no han ratificado ni uno sólo de estos tratado de derechos humanos: Estados Unidos, Canadá y algunas islas del Caribe. Esta circunstancia definitivamente dice mucho acerca de la falta de voluntad política y de la coherencia del discurso político con la práctica, y especialmente, del compromiso con los habitantes sometidos a la jurisdicción de cada uno de los Estados miembro de la OEA.

Precisamente, debido a este vacío en la materia referida a las personas privadas de libertad, me tomé la tarea –desde hace unos tres años aproximadamente– de elaborar un proyecto o un anteproyecto de declaración de principios sobre los derechos de las personas privadas de libertad en las Américas. En este sentido, abrimos un proceso de consulta. En primer lugar, con el personal técnico de la Comisión. En segundo lugar, con los colegas comisionados. Luego, fuimos abriendo la consulta a varias universidades del continente, incluidas algunas Universidades de Argentina, Brasil, Uruguay, y Centroamérica, entre otras. También consultamos a expertos del continente y expertos europeos en materia penitenciaria, a organizaciones no gubernamentales y asociaciones que trabajan específicamente el tema penitenciario. Finalmente, en la última etapa consultamos a todos los gobiernos del continente.

Como resultado de todo ello, obtuvimos una respuesta muy positiva, más que nada de la sociedad civil y de las instituciones civiles. Sin embargo, fue diferente con relación a los gobiernos. De los 34 Estados que conforman la OEA, sólo 8

¹⁰ Al momento de dictar la presente Conferencia, el Doctor. Meléndez estaba por cumplir cuatro años como integrante de la Comisión Interamericana, y preside la Relatoría de personas privadas de libertad.

Estados respondieron. Entre ellos, fundamentalmente Argentina y México son los que en términos sustantivos aportaron mucho para enriquecer el texto originario de la declaración, el cual está muy alejado del borrador que inicié y redacté hace casi 3 años.

Actualmente tenemos ya un producto terminado, a punto de ser aprobado por la Comisión Interamericana. Esperamos que ello ocurra en el período de sesiones de julio, para luego entregarlo a los órganos políticos de la OEA, a la Asamblea General, al Consejo Permanente, a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, con el fin de que ellos lo retomen y lo puedan utilizar como insumo para una Declaración que tiene seis años de estar trabajando en ella, y todavía no han puesto una coma. Lamentablemente este es el ritmo de los Estados. No va en el mismo compás de las necesidades y de la urgencia de darle una respuesta a las condiciones precarias de las cárceles en el continente. Sin embargo, la Comisión Interamericana no puede ir a ese ritmo. Además, nuestro mandato no es permanente, son mandatos para cuatro años, un período en que definitivamente tenemos que producir frutos, y en la medida de nuestras posibilidades dar alguna respuesta coherente, compatible con las necesidades y las urgencias en el continente.

Esta Declaración, entonces, adopta un concepto extensivo y muy amplio de personas privadas de libertad. Por razones de tiempo no leeré el concepto, pero en su primer artículo hay una descripción conceptual de lo que significan las personas privadas de libertad para efectos de protección del sistema interamericano. Ahí comprendemos, por supuesto, todo tipo de personas privadas de la libertad por infracciones a la ley: menores infractores de la ley, adultos, procesados por delitos, condenados, etc. Pero también los enfermos mentales que están en los hospitales psiquiátricos, vinculados o no a hechos que, si no fueran enfermos mentales, serían considerados como delitos. Asimismo, comprende a niños en situación de calle que sean institucionalizados, ancianos (personas de la tercera edad que también, por razones humanitarias, están institucionalizadas), inmigrantes, refugiados, apátridas y cualquier otro tipo de persona que pueda estar institucionalizada.

Agrupamos los principios en tres grandes grupos. En primer lugar, hablamos de Principios Generales. En segundo lugar, de Principios relativos a las Condiciones de Detención. Y un tercer grupo de Principios relativos a los Sistemas de Privación de Libertad (es decir, el sistema penitenciario).

En el primer grupo, quisiera comentar rápidamente –para que dar una idea del contenido de esta Declaración– que, vale decir por el aporte que hemos recibido y no por el texto original, tenemos un instrumento de Naciones Unidas del año 1950, mucho más rico y, fundamentalmente, actualizado de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, que va más allá de los principios básicos de las Naciones Unidas aplicables también a los reclusos.

En los Principios Generales no nos inclinamos por el Principio de la Imparcialidad, que es el principio rector para Naciones Unidas. Nos inclinamos por el Principio del trato humano a las personas privadas de la libertad como columna vertebral de esta visión humanista de protección de las personas privadas de libertad. Y, por supuesto, también el Principio de igualdad y de no discriminación, el Principio de la libertad personal –la prisión preventiva es la excepción y la libertad es la regla general–.

También hablamos de las medidas alternativas o sustitutivas a la prisión, sugiriendo un amplio catálogo de casi 20 medidas alternativas o sustitutivas, para ser consideradas por los legisladores en el continente. También hablamos del Principio de legalidad, el Principio del debido proceso legal y el Principio del control judicial y ejecución de las penas dentro de los Principios Generales.

En el marco de los principios relativos a las condiciones de detención, nos referimos a los derechos, deberes y prohibiciones de las personas privadas de libertad, y en circunstancias que deben ser reguladas claramente en la ley y no en el reglamento penitenciario, que hacen referencia al ingreso, registro, examen médico, traslado, salud, alimentación, acceso a agua potable, albergue, educación, trabajo, actividades culturales y religiosas, hacinamiento, relación con el mundo exterior y separación de categorías. Asimismo, nos re-

ferimos, con una visión restrictiva por la misma naturaleza de las personas privadas de su libertad, a las libertades individuales y colectivas que también pueden ejercer, con las restricciones naturales de una persona privada de libertad, especialmente las personas que están procesadas por delito.

Con relación al tercer bloque de principios relativos a los sistemas penitenciarios, hacemos énfasis en el personal penitenciario, en el perfil del personal penitenciario, en los requisitos de ingreso y de ascenso, y en su educación y formación. También hacemos hincapié en la necesidad de regular actividades propias de la función penitenciaria, como son los registros corporales (por ejemplo, a las visitas), las inspecciones internas en los establecimientos, el régimen disciplinario y el debido proceso que debe acompañar el régimen disciplinario, la regulación del encierro y del aislamiento, la prohibición de los estados de incomunicación, las sanciones disciplinarias, la competencia disciplinaria, las medidas de prevención y combate de la violencia en los centros de internamiento y las situaciones de emergencia (por ejemplo, los motines), los límites relativos al uso de la fuerza y uso de armas en el interior de los centros penitenciarios. Por último, como corolario de toda la Declaración, hacemos referencia a las Reglas y Principios de Interpretación de las normas aplicables en materia penitenciaria.

Con esta Declaración, que esperamos utilizarla ya en el evento que celebraremos en la Argentina –gracias a la cooperación del gobierno de la Argentina y de las asociaciones que van a participar, incluidos por supuesto los Defensores Públicos, y esperamos que también del Mercosur–, que se realizará aquí en Buenos Aires en el mes de noviembre próximo, sobre buenas prácticas penitenciarias en las Américas. Este evento –una actividad de la Comisión Interamericana con el apoyo del Ministerio de Justicia y del Ministerio Público de la Defensa de la Argentina– estará orientado con una visión latinoamericana. Se invitará a todos los países latinoamericanos y a sus sistemas penitenciarios, esperando contar con la participación, no sólo de los defensores públicos, sino también de otros operadores judiciales, como así también de expertos internacionales y nacionales, para discutir, durante una semana, sobre las buenas prácticas penitenciarias. En este evento, esperamos utilizar y dar a conocer oficialmente esta Declaración de Principios de personas privadas de libertad.

Mecanismos y procedimientos de protección desarrollado en el sistema interamericano

El marco normativo del sistema interamericano descripto más arriba, se ha venido desarrollando, interpretando y utilizando, muchas veces de manera creativa por actores no estatales –organizaciones no gubernamentales, por ejemplo–, a través de los mecanismos y de los procedimientos de protección que ha creado el sistema interamericano. A continuación

haré una breve referencia a este tema, fundamentalmente al valor y a la importancia del sistema de casos que se ha desarrollado ampliamente en el sistema interamericano.

Ello reconoce, conforme al artículo 44 de la Convención Americana, que cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA, puede presentar denuncias, quejas o peticiones individuales ante la Comisión Interamericana por violación a los derechos, garantías y libertades reconocidas en la Convención –entiéndase de los derechos de las personas privadas de la libertad.

Esto le permite a la Comisión Interamericana, en una primera instancia, promover una solución amistosa de los casos, como la vía ideal de solución. Esto significa que el Estado reconoce responsabilidad –si hay evidencia, por supuesto– tomando medidas no sólo para remediar el hecho individual que se ha denunciado, sino con una visión estructural de largo alcance, con el fin de evitar la repetición de esa violación denunciada. Asimismo, le permite investigar e identificar a los responsables a fin de establecer e imponer sanciones legales conforme a su derecho interno. Y también, algo que no puede faltar desde la perspectiva de la justicia internacional y de la justicia interna: la garantía de reparación de las víctimas, tanto por daños materiales como por daños inmateriales.

Basado en ella, en caso de que no haya una solución amistosa del caso, la Comisión interamericana podrá continuarlo y llegar a un informe final de fondo, con recomendaciones que son, según mi interpretación, jurídicamente vinculantes para los Estados parte de la Convención Americana. En este sentido, no puede hacerse una interpretación literal o gramatical del término “recomendaciones” para deducir, colegir o suponer, vía interpretación literal o gramatical, que las recomendaciones sean meras recomendaciones o sugerencias que así como se pueden tomar, no se pueden cumplir.

Las recomendaciones no tienen fuente declarativa, sino convencional. Es decir, emanan de un órgano principal de la OEA, según la carta de la Organización: la Comisión Inter-

americana de Derechos Humanos. La misma Convención Americana, por naturaleza jurídicamente vinculante en estricto sentido –derecho convencional–, utiliza términos de carácter imperativo para referirse al carácter vinculante de la recomendación, por ejemplo el artículo 51, cuando plantea que los Estados partes deben tomar las medidas apropiadas para cumplir con las recomendaciones de la Comisión.

Si ubicamos el sistema de casos en estos términos –a pesar de que hayan sido discutidos por algunos Estados que se resisten a cumplir las recomendaciones de la Comisión Interamericana–, y en el contexto de una sociedad democrática y en el marco de un Estado constitucional de derecho, entonces sería incuestionable que las recomendaciones emanadas de un órgano principal de la OEA –en materia de protección a los derechos humanos– sean jurídicamente vinculantes. Sobre todo, si desde la perspectiva del derecho internacional público general (la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Carta de la OEA, la Carta de Naciones Unidas), el principio rector de donde emana la obligación jurídica internacional de los Estados en materia de derechos humanos es el de buena fe.

Un Estado democrático, que se precie de garantizar el Estado de Derecho a través de sus instituciones, no puede más que cumplir de buena fe las recomendaciones de la Comisión o las sentencias de la Corte Interamericana.

Si estos casos no son cumplidos se los someten a la Corte Interamericana, la cual falla a través de una sentencia que, de manera incuestionable, es jurídicamente vinculante para los Estados. En este sentido, la Corte y la comisión han emitido resoluciones, fallos y sentencias sobre personas privadas de libertad en el continente, a las cuales me voy a referir a manera de referencia más adelante. Pero en el sistema interamericano, en el marco de sus mecanismos, también existe un mecanismo importantísimo, que es clave para los Defensores Pùblicos para conocerlo y invocarlo: me refiero a esas acciones urgentes que son las medidas cautelares que adopta y emite la Comisión Interamericana y a las medidas provisionales que ordena la Corte Inter-

americana. En este sentido, tenemos también ya un amplio catálogo de medidas cautelares de la Comisión y medidas provisionales de la Corte, en materia de personas privadas de libertad. Estas acciones urgentes exigen tres presupuestos indispensables: que estemos frente a un caso de extrema gravedad y urgencia, donde el caso mismo o el hecho que se da a conocer a la Comisión sea susceptible de ocasionar un daño irreparable a un derecho protegido por el sistema interamericano. Ahí encontramos la garantía del debido proceso, el derecho a la defensa, la presunción de inocencia, los derechos inderogables o no susceptibles de afectación o suspensión –como la integridad personal o los riesgos de afectación de la vida de una persona privada de su libertad–.

Debe destacarse que cualquier persona puede pedir una medida cautelar. Por lo tanto, la legitimación procesal activa en el sistema interamericano es muy amplia. En este momento lo estamos tratando con la composición actual que tenemos de algunos de los comisionados, con una visión mucho más amplia y flexible del acceso al sistema. No queremos ser rígidos y estrictos en términos formales, para evitar impedirle a la víctima que va al sistema interamericano por no haber encontrar justicia en los tribunales sus propios países. Entendemos que no podemos ser tan estrictos, aunque, por supuesto, sin incumplir los requisitos esenciales que permiten a las víctimas el acceso a la justicia internacional.

Por lo tanto, cualquier persona puede pedir una medida cautelar a la Comisión. No necesariamente tiene que ser la víctima o el directamente afectado, sino que pueden hacerlo en su representación abogados o defensores públicos, que no necesariamente debe ser un funcionario del Estado. De hecho varios defensores públicos de distintos países han presentado medidas cautelares en favor de sus defendidos en casos de extrema gravedad y urgencia, o cuando haya evidencia o información confiable de que se pueda ocasionar un daño irreparable a la persona que está siendo privada de la libertad. Por ejemplo, una situación de incomunicación, de aislamiento, una interrupción del contacto con el defensor, la presunción de que pueda estar siendo torturado, mantenido en condiciones infráhumanas, o que, en los casos más graves, pueda ser ejecutado o desaparecido, como ha sido la historia negra de América Latina, en muchos países en las décadas anteriores.

Es de destacar que el acceso a la Corte Interamericana por la vía de las medidas provisionales no es directo, tal como se ha observado ya con el desarrollo de la subjetividad internacional del individuo en el sistema del Tribunal europeo. A la Comisión, como ustedes saben bien, se llega únicamente por la vía de la Corte o cuando hay demandas interestatales. A diferencia del sistema europeo, todavía no se ha desarrollado un acceso directo en el sistema interamericano. Por otro lado, las medidas provisionales tampoco puede presentarse de forma directa por un particular ante la Corte Interamericana, porque

no está legitimado por el sistema normativo, aunque sí se puede de hacer vía la Comisión manifestándole que le solicite a la Corte medidas provisionales. De hecho hay situaciones de extrema gravedad, donde el Estado no actúa con respecto a los pedidos de la Comisión, por lo cual aunque los defensores, sean públicos o particulares, o las organizaciones no gubernamentales, no nos solicitan medidas cautelares, si el caso es de extrema gravedad la Comisión igualmente peticiona, por motifs propio, dichas medidas. Asimismo, en el marco de un caso contencioso en la Corte, las partes pueden pedir medidas provisionales.

Por último, dentro de los mecanismos o procedimientos tenemos el de las visitas al terreno. Las relatorías, los relatores temáticos en el caso que compete a mi relatoría, visitamos las cárceles en distintos países. Hemos visitado cárceles en Brasil, Argentina, Colombia, República Dominicana y Centroamérica, y seguiremos visitando prisiones para verificar las condiciones carcelarias y las situaciones de las personas privadas de la libertad.

En esto también se lleva adelante las visitas *in loco* con todo el marco completo de la Comisión Interamericana. La Comisión en pleno (es decir, no sólo los relatores temáticos) ha visitado las prisiones de Argentina –por ejemplo, en los años 70–, de Guatemala, de Colombia. Esto nos permite alcanzar recomendaciones a los Estados en el terreno, en el mismo lugar de privación de la libertad.

Jurisprudencia del Sistema Interamericano

Cabe destacar que este marco normativo y estos mecanismos del sistema interamericano han permitido hasta ahora un rico, evolutivo y progresivo desarrollo de la doctrina de la Comisión y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre aspectos relacionados con personas privadas de la libertad. Para el caso, la Corte Interamericana tiene varias sentencias, a cuya jurisprudencia puede accederse libremente mediante la página web de la Corte¹¹ o de la Comisión Interamericana¹².

La Corte ha fallado en distintos temas. Se pueden citar los casos “Bámaca Velásquez vs. Guatemala”¹³, “Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras”¹⁴ y “Lori Berenson Mejía vs. Perú”¹⁵, a manera de referencia. Allí se ha hecho referencia a la obligación de los Estados de mantener la seguridad y el orden interno en las prisiones, pero con medidas compatibles a lo que exige el respeto a los derechos fundamentales, es decir un equilibrio entre el mantenimiento de la seguridad y el respeto irrestricto y los derechos humanos en las prisiones.

En otros casos (“Caesar vs. Trinidad y Tobago”¹⁶, “Tibi vs. Ecuador”¹⁷, “Bulacio vs. Argentina”¹⁸ y “Neira Alegría y Otros”¹⁹) la Corte Interamericana se ha referido al deber de protección y respeto de derechos inderogables de las personas privadas de libertad, a la prohibición de ejecuciones sumarias, a la protección de la vida, la integridad personal, al trato humano en los casos, entre otros.

¹¹ www.corteidh.or.cr.

¹² www.cidh.oas.org.

¹³ Sentencia de 22/2/2002.

¹⁴ Resolución de 7/2/2006.

¹⁵ Sentencia de 25/11/2004.

¹⁶ Sentencia de 11/3/2005.

¹⁷ Sentencia de 7/9/2004.

¹⁸ Sentencia de 18/9/2003.

¹⁹ Sentencia de 19/9/1996.

Asimismo, la Corte, tal como lo hizo el tribunal europeo en su momento, ha aclarado determinados conceptos, como son el de “detención ilegal” y “detención arbitraria”, diferenciando una categoría y otra. Para ello, confróntense los casos “Cantoral Benavides”²⁰ y “Villagrán Morales y Otros - Caso de lo chicos de la calle”²¹.

En muchos otros casos, la Corte se ha referido a la tortura, a los tratos crueles, inhumanos o degradantes, y al deber de investigar de oficio este tipo de prácticas prohibidas por el derecho internacional, en los casos “Gómez Paquiyauri vs. Perú”²², “19 comerciantes”²³, “Fermín Ramírez”²⁴, “Tibi vs. Ecuador”²⁵, “Loaysa Tamayo”²⁶, “Maritza Urrutia vs. Guatemala”²⁷, etcétera.

Se ha referido a los sufrimientos psicológicos y morales, y a los castigos o penas corporales en las prisiones, en los casos “Caesar vs. Trinidad y Tobago”²⁸, “de la Cruz Flores vs. Perú”²⁹, “Tibi vs. Ecuador”³⁰ y “Gómez Paquiyauri vs. Perú”³¹.

La Corte también ha hecho una referencia muy importante al uso de la fuerza y a los límites del uso de la fuerza en las prisiones en el caso “Castillo Petrucci y Otros”³² y “Loaysa Tamayo”³³.

Asimismo, la Corte se ha referido a un tema crucial en materia de régimen disciplinario carcelario, con relación a la prohibición de la incomunicación y a la aplicación restrictiva del aislamiento en las prisiones, en los casos “Bulacio vs. Argentina”³⁴, “Instituto de Reeducación del Menor”³⁵, “Hilarie Constantine y Benjamin y Otros vs. Trinidad y Tobago”³⁶, “Bámaca Velásquez vs. Guatemala”³⁷, “Cantoral Benavides”³⁸, “Tibi vs. Ecuador”³⁹ y “Lori Berenson Mejía vs. Perú”⁴⁰.

Por otro lado, la Corte se hizo referencia a un tema crucial que está cobrando muchísima importancia hoy en día, que es el tema del hacinamiento carcelario y la obligación que tienen los Estados de realizar una adecuada separación de categorías en las prisiones. Al respecto, pueden verse los casos “Tibi vs. Ecuador”⁴¹, “Fermín Ramírez”⁴², “Loaysa Tamayo”⁴³, “Instituto de Reeducación del Menor”⁴⁴ y “Lori Berenson Mejía vs. Perú”⁴⁵.

Asimismo, la Corte se ha referido al trato de los menores infractores de la ley en las prisiones, en los centros de internamiento. Al efecto, véanse los casos “Bulacio vs. Argentina”⁴⁶ –que es un caso argentino muy importante–, “Gómez Paquiyauri vs. Perú”⁴⁷ y “Instituto de Reeducación del Menor”⁴⁸.

Con relación a la salud, la Corte se ha referido a las condiciones sanitarias en las prisiones, en los casos “Caesar vs. Trinidad y Tobago”⁴⁹, “de la Cruz Flores vs. Perú”⁵⁰ y “Bulacio vs. Argentina”⁵¹.

En fin, esto es una referencia de los temas desarrollados por la Corte Interamericana, a través de los casos más importantes en materia de personas privadas de libertad. Por supuesto, todos ellos pasaron por la Comisión Interamericana, dado que no podrían llegar a la Corte si antes no pasaban por

²⁰ Sentencia de 18/8/2000.

²¹ Sentencia de 19/11/1999.

²² Resolución de 22/9/2006.

²³ Resolución de 4/7/2006.

²⁴ Resolución de 12/3/2005.

²⁵ Sentencia de 7/9/2004.

²⁶ Sentencia de 27/11/1998.

²⁷ Sentencia de 27/11/2003.

²⁸ Sentencia de 11/3/2005.

²⁹ Sentencia de 18/11/2004.

³⁰ Sentencia de 7/9/2004.

³¹ Resolución de 22/9/2006.

³² Sentencia de 4/9/1998.

³³ Sentencia de 27/11/1998.

³⁴ Sentencia de 18/9/2003.

³⁵ Sentencia de 2/9/2004.

³⁶ Sentencia de 21/6/2002.

³⁷ Sentencia de 22/2/2002.

³⁸ Sentencia de 3/12/2001.

³⁹ Sentencia de 7/9/2004.

⁴⁰ Sentencia de 25/11/2004.

⁴¹ Sentencia de 7/9/2004.

⁴² Resolución de 12/3/2005.

⁴³ Sentencia de 27/11/1998.

⁴⁴ Sentencia de 2/9/2004.

⁴⁵ Sentencia de 25/11/2004.

⁴⁶ Sentencia de 18/9/2003.

⁴⁷ Resolución de 22/9/2006.

⁴⁸ Sentencia de 2/9/2004.

⁴⁹ Sentencia de 11/3/2005.

⁵⁰ Sentencia de 18/11/2004.

⁵¹ Sentencia de 18/9/2003.

ella, es decir: sin un informe de fondo en la Comisión y la presentación de una demanda ante la Corte.

Sin embargo, debo destacar que la Comisión Interamericana ha adoptado informes de fondo de ciertos casos que no ha presentado ante la Corte, vinculados, asimismo, a personas privadas de libertad, pero de distintas materias. Por ejemplo, el caso “X e Y vs Argentina”⁵², relacionado con registro vaginal de visitantes a prisiones; un caso contra Ecuador, de un enfermo mental muerto en una prisión; un caso contra Perú, relacionado con violaciones sexuales en las prisiones; un caso contra Honduras, por la falta de separación de categorías entre adultos y menores de edad; un caso contra Brasil, sobre condiciones carcelarias, en un centro de menores de la ciudad de San Pablo.

Tenemos muchos casos de tortura, contra varios países, como República Dominicana y México, entre otros. Otros sobre tratos crueles, inhumanos o degradantes, estados de incomunicación en estaciones de policías, contra Ecuador por ejemplo. Muchos casos de pena de muerte, contra Estados Unidos y varias islas del Caribe. Otros sobre la prohibición de hablar en una lengua autóctona en una prisión de Honduras, con relación a personas descendientes de países africanos. Asimismo, otros casos de detención ilegal arbitraria, de encamamiento, de condenados y procesados. Todos estos han sido casos conocidos, procesados y fallados por la Comisión Interamericana, en el marco del sistema de casos, donde ha emitido recomendaciones que están bajo mi contralor.

Por otro lado, la Corte Interamericana ha dictado varias medidas provisionales que todavía están vigentes en varias prisiones –por ejemplo, en la provincia de Mendoza (Argentina), en una cárcel de San Pablo (Brasil); en una cárceles en Venezuela–.

La Comisión Interamericana ha decretado múltiples medidas cautelares respecto de casi todos los países del continente, por situaciones de extrema emergencia y gravedad en las prisiones.

Por supuesto esta jurisprudencia, donde se pusieron en marcha los mecanismos del sistema, se ha hecho receptiva en el desarrollo de la competencia consultiva de la Corte Interamericana en materia de prisiones –de personas privadas de libertad-. La Corte no sólo tiene la competencia contenciosa, sino que también emite opiniones consultivas a pedido de los Estados o de la Comisión Interamericana.

En este sentido, la Corte ha emitido, hasta el momento, cuatro opiniones consultivas, las cuales es muy recomendable que la estudien los defensores y defensoras oficiales, dado que están vinculadas al trabajo cotidiano de los operadores judiciales.

Cito algunas: la opinión consultiva N° 8, del año 1987, sobre el hábeas corpus y su carácter inderogable. La opinión consultiva N° 9, del año 1987, sobre garantías judiciales. Esta

⁵² Informe CIDH N° 38/96 de 15/10/1996.

opinión es clave, dado que aquí se hace referencia a determinadas garantías inderogables –o no susceptible de suspensión ni aún en estado de emergencia o conflictos armados–, como el derecho a la defensa y a la asistencia letrada.

Las opiniones consultivas Nº 17, sobre condición jurídica y derechos del niño, y 18, sobre condición jurídica y derechos de los inmigrantes, de los años 2002 y 2003, respectivamente. En la primera de éstas se hace referencia, tomando como base a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño⁵³, a las garantías procesales y el trato diferenciado de los adultos privados de libertad que deben recibir los menores infractores de la ley. Con respecto a la segunda opinión, en cuanto a los inmigrantes, la Corte Interamericana se refiere, entre otras cosas, al deber, jurídicamente vinculante respecto de los Estados, de notificar a las autoridades consulares de sus países cuando los extranjeros son privados de su libertad en un territorio que no es el propio.

Todo este desarrollo normativo, convencional, de la puesta en marcha de los mecanismos de la competencia consultiva y de las medidas urgentes, reflejan la respuesta del sistema interamericano –tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana– ante las duras realidades de la prisión.

En el caso de la Argentina, a través de una comisión carcelaria del Ministerio Público de la Defensa, se visita periódicamente las prisiones, no sólo para efectos formales de ejercer la defensa, no sólo para entrevistar al detenido y llevar adelante el cumplimiento de la defensa técnica, sino también para verificar las condiciones carcelarias de las personas que están defendiendo. Esto es justamente un ejemplo claro de buenas prácticas. Es una excelente y ejemplar buena práctica, en la tarea y el rol de los defensores y defensoras públicas en materia de verificación de condiciones carcelarias.

En este sentido, ya no sólo es el juez de la causa, o el juez penitenciario, o el juez ejecutor de la pena, o el *ombudsman*, o el procurador penitenciario, o el veedor de las personas privadas de su libertad, sino también el defensor, la defensora pública oficial, quien también lleva adelante la verificación de las condiciones carcelarias. Esa es una buena práctica.

Entonces, todo este mecanismo que se ha puesto en marcha, responde a las necesidades de dar respuestas a la realidad carcelaria. Por el momento, no contamos con un diagnóstico acabado sobre la realidad carcelaria observada en América Latina, en relación a los países que hemos visitado. Sin embargo, existe un encargo de publicar un informe regional sobre condiciones carcelarias, que probablemente se materializará el año próximo o el siguiente. En el caso de obtener una reelección en mi mandato, en lo personal continuaré, en los siguientes cuatro años, con la meta de preparar un informe sobre condiciones carcelarias en dos grandes dimensiones: en primer lugar, la cruda realidad, donde me referiré brevemente sobre la visión o diagnóstico preliminar que tenemos en la Comisión

⁵³ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989.

Interamericana. La segunda dimensión, que podría denominarse positiva –habitualmente no conocida o no compartida–, se refiere a las buenas prácticas. Esta última es muy relevante, dado que también hay buenas prácticas en el continente y en todos los países. Desde la Comisión, estamos trabajando sobre las buenas prácticas para multiplicarlas, para hacerlas valer y compartirlas. En lo particular, cerebro que vamos a tratar todo este asunto en el evento sobre buenas prácticas penitenciarias que se realizará aquí en Buenos Aires.

Diagnóstico preliminar de la situación carcelaria en América Latina

Pero entonces, ¿cuál es la realidad carcelaria en todos los países ante la que tenemos que reaccionar en el sistema interamericano? ¿Cuáles son las características esenciales penitenciarias para agregar en la actualidad? En este sentido, podemos mencionar siete puntos, todos ellos altamente preocupantes.

El primero de ellos está relacionado con el alto nivel de hacinamiento, sobre población e inadecuada separación de categorías, o la ausencia de separación en categorías, en muchas prisiones del continente. En particular, en cuanto a la precaria condición de infraestructura de las prisiones, hay prisiones que tienen más de cien años de existencia, y no tienen condiciones mínimas para albergar a personas. Esto se vincula con el uso abusivo de la prisión preventiva, a su uso desproporcionado e innecesario. En tal sentido, no existe una aplicación oportuna de derechos como la libertad condicional o una aplicación de medidas cautelares sustitutivas de la prisión preventiva. Hemos observado estas condiciones de hacinamiento y de sobre población, por ejemplo, en cárceles donde hay 10.000 internos, en Lima; La Victoria, en Santo Domingo, República Dominicana, 4.000 internos en una cárcel que tiene más de 100 años de existir; en el este de República Dominicana, donde murieron más de 100 personas incendiadas; Cali, Colombia, donde hay 3.000 internos, mezclados con discapacitados y ancianos de más de 80 años, al lado de los capos de ex funcionarios que viven en celdas de lujo con aire acondicionado y con mesas de billar, demostrando un gran contraste. Existe una separación de

categorías, pero no la que hace referencia la Comisión y la Corte Interamericana. No lo hemos observado ni en Mendoza, cuando la visitamos hace dos años, donde el hacinamiento dio lugar a una explosión de violencia, con resultados fatales, que se podían haber evitado.

Esta es la realidad que estamos viendo al visitar la prisión.

Pero también hemos registrado la violencia carcelaria como consecuencia de todo esto. Es decir, no sólo como consecuencia de los altos niveles de sobre población y de violencia, sino por la impunidad que existe en las cárceles, por el abandono en materia de seguridad del interior de las prisiones, que están en manos de los internos y no de la seguridad estatal. Esta cuestión está vinculada al ingreso fácil al interior de las prisiones de la droga, de las armas, del alcohol.

El año pasado, en Guatemala, en Pavón, se realizó un traslado con 3.000 elementos de las fuerzas militares policiales porque los presos tenían armas. Cuando tomaron el servicio penitenciario e ingresaron, encontraron armas de grueso calibre, ametralladoras, granadas, carros modificados de alta velocidad que salían a operar a la ciudad, en las noches, a secuestrar personas, quienes eran ingresadas a la cárcel y mantenidas en los túneles en las prisiones, y de ahí pedían rescate. Cuando se pagaba éste salían de la cárcel a entregar a las personas secuestradas, si es que las entregaban. Esto es un signo del abandono absoluto de las prisiones. Es la toma de las prisiones por el crimen organizado ante la inacción del Estado, con la complicidad de funcionarios del Estado.

La violencia carcelaria se ha visto en muchas prisiones, no sólo en Mendoza. Brasil es el ejemplo más arduo de la violencia carcelaria. También se la observa en Venezuela, en República Dominicana, en Ecuador, en mi país, en Guatemala, en Honduras.

Esto es sencillamente la principal preocupación que tenemos en la actualidad: la no existencia de los mecanismos necesarios para prevenir los focos de violencia y evitar estos resultados de muerte.

Asimismo, hemos observado con mucha preocupación la precariedad de los servicios básicos o la ausencia de servicios básicos. Me

refiero a lo esencial, a las cuestiones esenciales de vida, al protocolo del San Salvador, a la salud, a la dignificación, al agua potable como mínimo. A lo que una persona privada o no privada de la libertad, tiene derecho. Y si esta privada de la libertad, a cargo del Estado, con razón más aun, tiene derecho a que el Estado le provea definitivamente este tipo de servicios esenciales para vivir como ser humano. Esta vinculado con el albergue y la vivienda. Relacionado también con las condiciones de violencia, la falta de seguridad interna a la que me refería, hay cárceles que están abandonadas. Tengo un listado de prisiones, donde llegamos a la celda y la guardia nos dice: "Hasta aquí lo acompaña, de aquí para adentro usted entra bajo su suerte". Igualmente nosotros entramos a las prisiones de América Latina, aunque muchas de ellas están tomadas.

Otra cuestión complementaria de todo esto, es la falta de idoneidad y capacidad del personal penitenciario. Ello es lamentable, porque todavía tenemos brotes de militarización y de intervención policial del servicio penitenciario. Hay países donde las fuerzas armadas son las que controlan los complejos penitenciarios, tanto la zona del área perimetral como la parte interior. Son los que se encargan de los programas de rehabilitación –si acaso los llaman así–, la seguridad, el contacto directo con los internos, el registro de visitas, la inspección interna, etc. Quizá algunos piensen que este es el rol de los militares, pero ellos tienen una función determinada en una sociedad democrática y en un Estado democrático, que no es precisamente el control de las prisiones. Sin embargo, la prácticas de la tortura, de los tratos crueles inhumanos o degradantes, se siguen propagando en una práctica sistemática, con un claro olvido de los programas de rehabilitación.

Por supuesto que nos encontramos, en los países latinoamericanos, con buenas prácticas penitenciarias. Hay renovación legislativa y normativa en varios países del continente en relación a la política penitenciaria, compartida con los tratados internacionales. Asimismo, hay ratificación de tratados de derechos humanos que fortalecen la base normativa. También se han creado escuelas penitenciarias muy importantes. En lo personal, hace dos días diserté en una conferencia realizada en el Instituto Superior de Formación Penitenciaria, en la ciudad de La Plata. Asimismo, hay una escuela federal en las provincias. En Bogotá, Colombia, también hay una escuela muy importante, lo mismo que en Santo Domingo, República Dominicana. Vemos también establecimientos destinados a los jueces penitenciarios con buenas prácticas –jueces de ejecución de la pena–, a los procuradores penitenciarios y a los defensores públicos, lo que contribuye a las buenas prácticas mencionadas.

Pero no es la regla general en los demás países. No vemos una preocupación por crear una carrera administrativa penitenciaria destinada a la formación, capacitación y especialización del personal penitenciario.

Conclusión

Por último, deseo concluir mi intervención destacando el rol que rige en la actualidad –visto desde la óptica de la Comisión Interamericana– de los defensores públicos oficiales, no sólo en relación a la defensa técnica de las personas privadas de la libertad como legítimo derecho, sino a la defensa de los derechos a la vida, a la dignidad, a la libertad, al debido proceso como principio rector de razón *sine quanon* en un Estado de derecho, etc. En este sentido, es imprescindible resaltar el rol de las defensoras y defensores públicos oficiales para defender, en última instancia, el Estado de derecho con una visión estructural.

Y si bien, como expuso de una manera visionaria el primer día de este Congreso, el Presidente de la Honorable Corte Suprema de Justicia de la Nación de la Argentina, el Doctor Lorenzetti, quien afirmó con mucha propiedad que estamos en “el tiempo de los jueces”, resaltando la importancia del rol de los jueces y de los operadores judiciales, en lo personal quiero rescatar y compartir el pensamiento de Norberto Bobbio (profesor que tuve la suerte que me enseñara en mis cursos en España en la década de los 80), conforme al cual, consecuentemente, estamos en “el tiempo de los derechos”.

En este sentido, no podemos estar en tiempo de los jueces sino es sobre la base y la consideración de que estamos en tiempo de los derechos, porque los jueces son los defensores de los derechos. Ello debe ser visto así en el marco de una sociedad democrática y de un estado de derecho.

En consecuencia, si estamos en el tiempo de los jueces y los derechos, debemos enfrentar –tanto ustedes en su calidad de defensores públicos y operadores judiciales, como nosotros, la Comisión Interamericana, en cuanto organismo internacional de protección de los derechos humanos– los retos y desafíos actuales, de los nuevos tiempos, a saber: usando el derecho adecuadamente, usan-

do los mecanismos no sólo de la jurisdicción interna (privilegiando los mecanismos de la justicia constitucional, haciendo uso de los principios, de las reglas, de los medios directos, de interpretación de las normas de derechos humanos), sino también de la jurisdicción internacional.

Nos debe quedar claro que la perspectiva de un Estado de derecho no se agota con la interpretación literal o gramatical de las normas, regla o principio sólo aplicable a las normas o reglas absolutamente claras que nos provee el derecho interno o derecho internacional. Por el contrario, las normas complejas del derecho internacional de los derechos humanos requiere otros esfuerzos y otras herramientas para su implementación. En este supuesto, se exige, por parte de los operadores judiciales, una interpretación histórica y extensiva de las normas positivas de los derechos humanos, como así también restrictiva de aquellas normas que limitan los derechos positivos del orden interno e internacional.

Fundamentalmente se exige, tanto a los operadores judiciales como a quienes trabajamos en la justicia internacional, una interpretación sistemática e integral, que tome en cuenta una visión sistemática de la normas del derecho interno y las del derecho internacional de los derechos humanos, con un objetivo fundamental: darle vida y garantizar el efecto útil de las normas de los derechos humanos.

Concluyo pues, y agradezco fundamentalmente a mi querida amiga, la Doctora Stellla Maris Martínez, y también a mis amigas y amigos, las defensoras y los defensores públicos aquí presentes, la oportunidad para dirigirme a ustedes con estos comentarios sobre la situación de la Comisión Interamericana, no sin antes resaltar la importancia de la contribución que realizan cotidianamente al debido proceso, fortaleciendo de tal manera el sistema interamericano de protección de los derechos integrales.

Panorama del régimen legal de drogas

Luis Fernando Niño*



I.

En 2008 he de cumplir cuarenta años de actividad en el servicio de administración de justicia, en los tribunales penales de esta Capital, y otros tantos de estudios de esa rama del Derecho.

Esa prolongada permanencia en ambas áreas me ha permitido analizar los aspectos normativo y fáctico de la represión de la tenencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas para consumo propio, y elaborar una serie de conclusiones sobre ese tópico político-criminal; un tópico que me tocó conocer de cerca como empleado judicial, entre 1973 y 1976, cuando la derogación de la llamada “ley” 17.567, dictada por el gobierno de facto del general Onganía devolvió vigencia al antiguo texto del Código Penal de la Nación, el cual –valga anticipar– asignaba carácter meramente correccional a las conductas vinculadas a los “alcaloides” y “narcóticos” (conforme a la nomenclatura de la época); y luego, ya como funcionario y como juez de instrucción, durante el régimen de la ley 20.771, que mantuvo la competencia penal ordinaria para el conocimiento y decisión de las conductas de tenencia y tráfico de estupefacientes.

Dado que el tema, lejos de responder a una problemática local, configura uno de los asuntos más polémicos de la actualidad internacional, en el sector de la realidad que nos incumbe, he estimado propicio comenzar por el trazado de un cuadro de situación a escala continental de este fenómeno sumamente complejo, para luego recaer en el panorama legal que intenta abordarlo.

Entiendo que incurría en un formalismo inaceptable si me limitase a describir lo que buena parte de este auditorio conoce ya, repasando el articulado de la ley 23.737, sin apreciar en qué panorama social y económico se asienta la problemática a la que ella se refiere.

Obviamente, el carácter de esta participación sólo me permitirá esbozar someramente dicho cuadro de situación actual, para luego abocarme al derrotero legislativo patentizado en la Argentina desde 1922 a la fecha, y, finalmente, dejar abierta a posibles –y plausibles– debates la respuesta al interrogante respecto de la necesidad, oportunidad o conveniencia de mantener la normativa imperante, o bien proceder a una reforma que enfrente este tema de un modo más racional, más eficaz y, por sobre todo, más justo y equilibrado, con especial atención a la punición de la tenencia para propio consumo.

* Doctor en Derecho, Juez del Tribunal Oral N° 20 de la Capital Federal. Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal en posgrados de universidades argentinas y latinoamericanas. Director de la Maestría en Criminología de la Universidad de Lomas de Zamora.

II.

Es un hecho comprobado por instituciones insospechables de toda intencionalidad ideológica que América Latina es la región más desigual de la Tierra, rasgo negativo apenas comparable con el que se registra en el África subsahariana.

En otras palabras, es en estas latitudes donde el porcentaje más alto de las riquezas globales se concentra en el sector comparativamente más pequeño, repartiéndose el resto en los sectores masivos de la población.

Claro está que el de la desigualdad es un drama planetario. Sin ir más lejos, un estudio sobre la concentración de la riqueza en el mundo, efectuado por el Instituto Mundial para el Desarrollo de la Investigación Económica, con sede en Helsinki, en el que se incluyeron activos financieros, inmobiliarios, bienes de consumo durable y semovientes, confirmó, bien entrado el siglo XXI, que más de la mitad de la riqueza global –reiterémoslo, más del 50% de la riqueza global– está en manos de un 2% de la población mundial, y asentado fundamentalmente en los Estados Unidos, Europa y Japón.

Según las palabras textuales del informe, “la riqueza está fuertemente concentrada en América del Norte, Europa y en países de altos ingresos del Pacífico asiático. Colectivamente, gente de esos países atesora casi el 90% de la riqueza total del mundo”. Vale decir que, si imaginamos un mundo de diez personas, una de ellas posee mil dólares y los otros nueve tienen un dólar cada uno, según la distribución de la riqueza. Con un importante añadido: esta simplificación oculta la desigualdad que, a su vez, se da en el seno de cada país.

No obstante ello, como ya dijimos, América Latinarepresenta el extremo más intolerable en ese iníquo paisaje general.

También de acuerdo al informe de 2005 del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), América Latina y el África subsahariana, en ese orden, son los peores lugares del mundo en cuanto a desigualdad. Brasil, por ejemplo, adelanta a Sierra Leona en esa triste competencia. Con otra salvedad de enorme significación: nuestro gigantesco vecino alcanzó a ser la octava economía del mundo en 1998, si bien luego entró en un período de estancamiento, y este año sobrepasará los 190 millones de habitantes, contra los menos de seis que quedaron en la paupérrima Sierra Leona después de una década de guerra civil. Tal vez sea esa gigantesca e injusta brecha la que hace que San Pablo sea la ciudad con el mayor número de helicópteros per cápita de todo el continente, ya que los sectores adinerados evitan circular por vía terrestre, eludiendo cualquier aproximación a las favelas y los barrios careciados.

Esta generalizada inequidad mantiene a un número que oscila, según las estadísticas, entre 96 y 100 millones de personas en situación de pobreza extrema, de las cuales unos 45 millones son niños y niñas entre 0 y 12 años, y otros 17 millones, adolescentes entre 13 y 19 años, si se mantienen las proyecciones de otro estudio, titulado “El estado Mundial de la Infancia 2006”, realizado por Unicef.

Una de las consecuencias más graves de la desigualdad en los ingresos es la disparidad en la educación. México es un ejemplo ilustrativo de esta tendencia: el 20 por ciento más rico de la población completa 12 grados de educación, en promedio, mientras que el 20 por ciento más pobre solamente completa 3 grados. Un factor decisivo en esa desigualdad de oportunidades educativas está dada por el alto nivel del trabajo infantil existente en la economía más grande de toda la región: alrededor de tres millones trescientos mil niños de entre 6 y 14 años están obligados a trabajar para apoyar a sus familias, generalmente en actividades propias de la economía informal, como lo ha señalado Yokiro Ysukawa, representante de la Unicef en México. Y una vez más, corresponde agregar un detalle estremecedor: en las comunidades indígenas, el 36 por ciento de los niños y niñas de esas edades trabajan, lo que corresponde al doble del promedio nacional, según datos de esa misma fuente.

Aún no he revelado lo peor, si cabe. Junto a esas lamentables cifras, causa alarma el carácter anónimo en que se debate un número indeterminado de niños y adolescentes, en el área que nos preocupa. Si, en términos mundiales, según la Unicef, "más de la mitad de los nacimientos que se producen en el mundo en desarrollo todos los años (excluida China) no se registran, situación que priva a más de 50 millones de niños y niñas del derecho básico e inalienable de su reconocimiento como ciudadanos, en algunas zonas de América Latina y del Caribe, como sucede, por ejemplo, en la región amazónica de la República del Ecuador, sólo el 21% de los niños menores de cinco años tienen un certificado de nacimiento, mientras el promedio nacional es del 89 por ciento. En el 2003, 15 millones de niños de esa región carecían de este documento. Por tal razón, los estremecedores datos reveladores de una masiva exclusión social con que nos estamos manejando son eminentemente provisarios, puesto que los niños y las niñas sin certificado de nacimiento no aparecen en las estadísticas oficiales ni se les reconoce como miembros de la sociedad en la que viven. ¿Cómo habrán de garantizarles las respectivas autoridades gubernativas una educación, el acceso a la salud o a la justicia, o a cualquier otro servicio básico, sin contar siquiera con una identidad inscrita en los registros oficiales?"

En la década de los años 80 y parte de la siguiente, los gobiernos de la América Latina siguieron las directivas del llamado "consenso de Washington", mediante el cual organismos tales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional exhortaban y presionaban a los mandatarios a liberalizar y privatizar las economías de la región. Desde un primer momento, avizoramos algunos que esas medidas desencadenarían un efecto catastrófico en las –endémicamente deficitarias– economías periféricas. Y así fue, por cierto. Liberalizar las economías equivalía a deponer las barreras arancelarias aduaneras, permitiendo la irrupción indiscriminada de mercancías de los países más desarrollados, u otros "en vías de desarrollo" pero con verdaderos ejércitos de mano de obra esclava; y, también, de capi-

tales, en procura de mano de obra barata para aumentar la producción sin mayor incidencia en sus costos.

De tal suerte, los países del otrora llamado Tercer Mundo abrimos nuestro mercado laboral, sometiéndolo a la explotación de los capitales extranjeros y, de manera especial, de las compañías multinacionales.

En otras palabras, la reducción en aranceles y otras limitaciones comerciales dio lugar al libre flujo de capitales y mercancías a través de las fronteras, siguiendo las fuerzas del mercado. Pero a la fuerza de trabajo no le fue permitido moverse libremente, de país en país y de continente a continente, debido a las restricciones propias de las políticas migratorias nacionales, progresivamente endurecidas en los países desarrollados ante el aluvión de desplazados de sus propios aparatos productivos, merced a la privatización de las empresas estatales y al colapso de las industrias locales. De más está decir que las únicas beneficiarias netas de ese estado de cosas han sido y son las grandes multinacionales, que, en semejante clima económico, logran una producción manufacturada por mano de obra barata, en los países subdesarrollados, colocada luego en el inmenso y lucrativo mercado del Primer Mundo, con el imaginable rédito resultante. En resumen, las economías sucumben agobiadas por una impagable deuda externa y los trabajadores de ese mundo periférico permanecen pobres, en medio de procesos inflacionarios que devoran sus exiguos haberes; en tanto que también se verifica el fenómeno del paro o desempleo en los trabajadores del primer mundo, desfavorecidos por la volatilidad de un caudal económico sin patria ni arraigo. Sólo los grandes concentradores del capital trasnacional obtienen, pues, cada vez mayor bienestar y riqueza, secundados por pequeños grupos elitistas nacionales, favorecidos por la apropiación de industrias y servicios estatales ahora privatizados o por medidas económicas o financieras adoptadas a la medida de sus intereses, debido a la íntima relación entre esos grupos y el poder político de turno.

Tal como se indicó, fueron muchos los gobiernos de América Latina que adoptaron esa política económica, y los resultados están a la vista. Hoy, de una población total de 550 millones de almas en la región, 220 millones son po-

bres y unos 100 millones viven con menos de un dólar por día. No son noticias emitidas por el periódico cubano "Granma"; son datos recabados por James Painter, el analista de la BBC para la América Latina. Pero algunos gobernantes fueron más dóciles al influjo de los personeros del "consenso de Washington". Las medidas económicas ultraliberales adoptadas en la Argentina durante la década de los noventa, desembocaron en un auténtico desastre económico y social, del que sólo rescataré un dato: sólo entre 1999 y 2002, en el área urbana argentina, los pobres prácticamente se duplicaron, pasando del 23,7% al 45,4%; y la indigencia se triplicó en esos años, ascendiendo del 6,7% al 20,9%.

III.

En ese contexto cuadra ubicar el fenómeno del tráfico y la tenencia de sustancias psicotrópicas. Desbaratado el aparato productivo de los Estados de la región, la economía informal es una vía propicia para lograr la inserción de las inmensas legiones de desocupados al mercado y a cierto nivel de consumo. Y, a la par de la economía informal, aparece otra vía, más expedita y rentable, que es la que el destacado economista alemán Nicolás Hardingham, doctorado por las Universidades de Münster, München y Sorbona, llama economía sumergida o subterránea, y que permite a los sectores involucrados acceder a un determinado nivel de ingresos por medios ilícitos.

En un estudio titulado "Drogas y crecimiento económico; el narcotráfico en las cuentas nacionales", Hardingham apela a la comparación de la economía informal con un iceberg, del que emerge una pequeña porción, permaneciendo oculta aquella constituida por las actividades francamente ilegales de la economía, tales como el contrabando, los juegos ilegales, el tráfico de alcohol y de tabaco (en ciertos países, o destinado a menores de edad), y la que él denomina narcoeconomía, la rama más importante de la economía subterránea. Pero se apresura a aclarar que, para un segmento de la narcoeconomía, siguen siendo válidas las categorías del trabajo informal, refiriéndose expresamente al trabajo manual en los cultivos de la droga.

Como lo señala en otro interesante trabajo el economista peruano Manuel Lajo, en las regiones en que se produce la hoja de coca, está

presenta la mejor alternativa a cualquier cultivo legal. Conforme a su planteo, basado en cuadros estadísticos de los propios países desarrollados, la política de subsidios aplicada por los Estados Unidos y Europa Occidental para beneficiar a sus agricultores, que ha oscilado entre un 30 y un 60% del valor de los diferentes productos en las últimas dos décadas, impide la rentabilidad de otro cultivo que no sea el de coca destinada a la producción de cocaína. “Es imposible –señala– que puedan tener éxito los programas alternativos a la producción de coca si es que los productores obtienen cuatro dólares (13 soles en moneda peruana) por un kilo de hoja de coca, mientras que por un kilo de papa obtienen 130 veces menos, es decir diez centavos de sol”, situación que se repite, aunque en menor medida, respecto del arroz, el maíz amarillo, la leche e incluso cultivos tropicales como cacao, palma aceitera, café y frutas.

A esta altura, conviene que recordemos que unos cien millones de latinoamericanos vive con menos de un dólar por día, por lo que cuatro dólares por un kilo de hojas de coca representa un estímulo difícil de eludir, sobre todo si el esfuerzo dirigido a otro cultivo recibe un pago menor a la centésima parte de ese monto.

En otro orden, también merece consignarse que son necesarios 110 kilos de hojas de coca, que para el campesino y su familia suponen, entonces, un ingreso de 440 dólares, para lograr un kilo de sulfato de coca, materia semielaborada que se cotiza en la misma zona de producción, en Perú, Bolivia y parte de Ecuador, entre dos mil y cinco mil dólares; pero que, refinada en laboratorios clandestinos brasileños o colombianos y convertida así en clorhidrato de cocaína, asciende a 12 a 15 mil dólares. Continuando esa cadena, según datos de fines de agosto de este mismo año, proporcionados por el general Álvaro Caro Menéndez, jefe de la Policía Antinarcóticos de Colombia, ese kilogramo de cocaína valdrá, al llegar a Miami 20.000 dólares, 25.000 dólares en Nueva York y hasta 35.000 dólares en Europa. Ello, sin contar con que los traficantes adulterarán su mercancía, con agregados tales como lactosa, anfetaminas, talco, leche en polvo, “estirando” la sustancia hasta dejar sólo un 15% de su contenido original, con el consiguiente rédito extra para sus arcas.

Distintos organismos internacionales calculan que en Colombia se producen cada año unas 800 toneladas de cocaína y que el 90% de la droga que se consume en Estados Unidos procede de ese país. Y, aunque de dos años a esta parte, a raíz del denominado “Plan Colombia”, los decomisos de dicha sustancia por parte de las autoridades locales en zonas marítimas comenzaron a registrar grandes volúmenes, todo lo que se ha conseguido fue el aumento del precio del producto, paladinamente admitido por el general Caro Menéndez; y, como ya lo señala el especialista peruano Manuel Lajo, al hablar del nuevo auge de la cocaína en su país, el desplazamiento temporario del centro de operaciones al Perú o a Ecuador.

Un negocio que moviliza cuatrocientos mil millones de dóla-

lares al año no parece destinado a desaparecer por acciones esporádicas, por bienintencionadas que ellas sean, las que, coyunturalmente, producen el efecto paradójico de mayores ganancias para los grandes capitalistas de la narcocoeconomía.

IV.

Trazado así, a grandes rasgos, el panorama socioeconómico continental, pasemos a examinar el legal, de fronteras para adentro.

Como todos sabemos, el Código Penal de la República Argentina (ley 11.179) entró en vigor en 1922, y se mantiene hasta la fecha, si bien con gran cantidad de reformas materializadas a lo largo de esos ochenta años. En su texto original, no existía ninguna referencia a la tenencia de drogas, limitándose a prever una leve pena de prisión para quienes, encontrándose autorizados para la venta de sustancias medicinales, las suministraran en especie, cantidad o calidad distinta de la correspondiente a las prescripciones médicas o diversa de la declarada o convenida.

Recién cuatro años más tarde, a través de la ley 11.331, se decidió imponer pena de tres meses a un año de prisión a quienes, sin hallarse autorizados para la venta, tuvieran en su poder alcaloides, narcóticos o sustancias medicinales, careciendo de una razón legítima para ello.

Desde entonces y durante más de cuatro décadas, no registró variantes el tratamiento de la tenencia de tales sustancias, hasta que una nueva modificación, concretada por la dictadura militar que gobernó al país entre 1966 y 1973, introdujo diversas figuras, genéricamente vinculadas al comercio ilícito de estupefacientes, con escalas penales de uno a seis años de prisión para las modalidades básicas y de tres a ocho años para las agravadas. No obstante ese aumento global de las respuestas punitivas a tal clase de conductas, el legislador de facto tomó la previsión de dejar expresamente al margen de toda represión la tenencia de tales materiales o sustancias cuando su cantidad no excediera la correspondiente a un uso personal (ley 17.567).

Por tal motivo, durante el lustro 1968-1973, la posesión de drogas permaneció desincriminada en la Argentina; y con un correlato

importante: a lo largo de esos cinco años no se registró un aumento significativo del fenómeno que nos ocupa, desvirtuando los apocalípticos vaticinios de los cruzados del modelo prohibicionista.

Paradójicamente, la restauración del régimen democrático, acompañada por la derogación en bloque de toda la legislación represiva sancionada por el régimen anterior, dejó sin efecto la plausible salvedad referida a los tenedores para propio consumo; y cuando, en 1974, el parlamento nacional volvió a ocuparse de esta materia, lo hizo con renovado celo punitivo, aumentando la escala penal para los tipos legales básicos relacionados con el tráfico ilícito, que se fijó entre los tres y los doce años de prisión. Pero eso no fue todo: la tenencia de estupefacientes, “aunque estuvieran destinados a uso personal”, según textual alusión de la nueva norma, se penaría desde entonces con uno a seis años de prisión y una multa (art. 6, ley 20.771).

Desde entonces y hasta 1989, se desarrolló una interesante corriente jurisprudencial que, basándose en la máxima contenida en el artículo 19 de la Constitución Nacional¹, y haciendo uso de la facultad de control difuso de constitucionalidad de las leyes, declaró inaplicable –en unos casos– o drásticamente inconstitucional –en otros– la disposición legal que penalizaba aquella relación real del sujeto con alguna de las sustancias prohibidas, en la medida en que no se hubiera lesionado o puesto en peligro concreto el bien jurídico de la salud pública.

Con el tiempo, esos fallos aislados lograron corroboración por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, en su composición original posterior a la recuperación de las instituciones republicanas, se inclinó por la lisa y llana declaración de inconstitucionalidad del precepto sancionatorio de la tenencia para uso personal.

Mas esa creciente línea de pronunciamientos judiciales, en la que participó activamente quien les habla como juez de primera instancia,

¹ CN, art. 19, 1º párrafo: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados...”.

iba a resultar enfrentada por la creación de un nuevo instrumento legislativo, vigente a partir de 1989 y hasta la actualidad. En concordancia con el paradigma férreamente prohibicionista patrocinado *erga omnes* por el gobierno de los Estados Unidos, embarcado en lo que uno de sus presidentes no vaciló en llamar la “guerra total contra las drogas”, el legislador argentino expidió su más reciente producto en la materia con el nada original resorte de aumentar las escalas penales, fijadas en cuatro a quince años para las figuras básicas de tráfico, entre las que se incluyen el mero almacenamiento y la tenencia con fines de comercialización, penalizando además, explícitamente, la simple tenencia (uno a seis años de prisión y multa) y aquella que, por su escasa cantidad y demás circunstancias estuviere inequívocamente destinada a consumo personal (un mes a dos años de prisión), conforme rezan los dos párrafos del artículo 14 de la ley 23.737.

De tal manera, nuestros parlamentarios se alzaron contra el texto de la ley Fundamental de 1853, adjudicando relevancia jurídico-penal a un comportamiento protegido por el principio constitucional al que nos hemos referido, que veda toda injerencia estatal en el ámbito privado de los individuos.

Dado que he preferido concentrarme, por razones de tiempo, en ese inadmisible extremo punitivo no he de extenderme en la cita de otros dispositivos altamente criticables de la ley en vigor y sus normas complementarias, tales como la previsión de medidas de seguridad sin límite temporal –“por el tiempo necesario”– para los individuos dependientes, o la introducción de figuras claramente odiosas para un Derecho Penal democrático y liberal que se precie de tal, como la de la “confabulación”, que permite retrotraer la relevancia penal de la conducta a momentos previos al comienzo de ejecución de la conducta típica, la del “arrepentido” o delator, que obtiene beneficios que llegan a la exención de pena por sus revelaciones de identidades o informaciones, y la del “agente encubierto”, facultado para delinquir en miras a sus hipotéticas aportaciones a la investigación, instituto ya denostado en el siglo XIX por el ilustre Francesco Carrara.

V. El oyente poco familiarizado con el funcionamiento de las agencias de control social que componen el sistema penal podría preguntarse a qué se debe tanta energía en criticar la decisión político-criminal de sancionar la tenencia simple y –más aún– en atacar abiertamente la punición de la tenencia inequívocamente destinada al consumo personal. Al fin y al cabo –se diría– lo esencial es que se combatá rigurosamente el tráfico ilícito, y a tal fin parecen encaminarse los duros montos punitivos de las figuras legales existentes, en tanto que las penas privativas de libertad reservadas a los tenedores son sustancialmente más bajas, y hasta se cuenta con una medida de seguridad curativa para el consumidor dependiente.

A ese bienaventurado interlocutor he de hacerle presente, en primer lugar, que los gastos gubernamentales de todos los países enrolados en el belicismo protagonizado por la Drug Enforcement Administration (DEA) y demás agencias estadounidenses no han

dejado de crecer, y que ello ha ocurrido en desmedro de la implementación progresiva de políticas de prevención, capacitación y educación llevadas adelante por algunos países europeos, con atractivos resultados, como sucedió en el caso de Holanda².

Si las cifras recogidas a partir de 1976, fecha de la implementación de esta *realpolitik* en materia de sustancias tóxicas, son favorables al reino neerlandés, el pronóstico es más auspicioso aún: mientras que en los Estados Unidos, líder en la pretendida gesta prohibicionista, las estadísticas revelan que un millón setecientas mil personas han consumido o consumen cocaína³, en tanto que setenta y dos millones han consumido marihuana, al menos, una vez⁴, el número de adictos holandeses menores de 22 años, a derivados menores del opio, descendió de 14,4 % en 1981 a 1,2% en 1998, registrándose un aumento de la edad promedio de drogadependientes, de los 27 años computados en 1978 a los 37 años en 1998, lo que demuestra el envejecimiento del segmento de adictos y la menor incorporación de jóvenes a tales prácticas⁵.

En segundo término, cabe señalar que la decisión políticocriminal de colocar al margen de la ley, a millones de usuarios de drogas, adolescentes y jóvenes en su abrumadora mayoría, no sólo pasa por alto que ellos son las reales víctimas del narcotráfico, sino que los somete, como a cualquier delincuente, a los factores negativos detectables en el funcionamiento real de los sistemas penales contemporáneos, con la arbitraria construcción de sus preceptos y sanciones, la clara selectividad perceptible en su aplicación, y sus insoslayables efectos de estigmatización social y desocialización penitenciaria⁶.

Una tercera consecuencia de la criminalización de la tenencia de drogas por parte de meros consumidores está dada por su forzado acercamiento directo a los narcotraficantes, en condiciones de clandestinidad, situación que los torna más vulnerables aún, al hacerlos presa fácil de coacciones, extorsiones y demás conductas ilícitas de sus vendedores o intermediarios. En esa riesgosa y secreta conexión cuadra ubicar la génesis del extendido fenómeno del minitráfico por parte de tales sujetos.

Una cuarta derivación del estado de cosas que describo es la frecuencia de los envenenamientos y las muertes por sobredosis, favorecidos por la clandestinidad en que deben moverse los usuarios, al hallarse amenazados por la persecución policial o de las fuerzas de seguridad encargadas de reprimir tanto el tráfico como la mera tenencia de tóxicos. Las cifras aportadas en notas precedentes eximen de mayores comentarios.

Pues bien, desde tiempo atrás vengo esgrimiendo otra buena razón para oponerse a ese avance de la ley represiva y de los

² Ver Niño, Luis Fernando, *¿De qué hablamos cuando hablamos de drogas?*, en Sorokin, Patricia (comp.), *Drogas: mejor no hablar de ciertas cosas*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1997, ps. 179 y ss., donde se vuelcan datos extraídos del Fondo de las Naciones Unidas para el control del abuso de drogas y de la Interpol, que permiten afirmar, tomando en consideración las poblaciones totales de EE.UU. y los Países Bajos, que en el primero de tales países, que gasta –proporcionalmente– el doble que el pequeño país del Viejo Continente, se registraron en 1991 ocho veces más muertes por abuso de drogas que en el segundo, y que el número total de adictos a cualquier tipo de sustancias, tanto de uso restringido como prohibido, representaba el 0,2% de la población del país europeo, decantado por la preventión y la ayuda, frente al 10 % que algunas encuestas revelaban en la megapotencia del Norte, arrojando una relación de 1 a 50 entre ambos.

³ Datos de 1998 del NIDA (National Institute of Drug Abuse), "Substance Abuse and Mental Health Service Administration", US Department of Health and Human Services, National Household Survey on Drug Abuse: Population estimated - 1998, Washington D.C., 1999, ps. 19-31.

⁴ U.S. Department of Health and Human Services, National Household Survey on Drug Abuse, Washington D.C., 1997.

⁵ Rocoronia, Aquiles J., *¿Guerra a las drogas o a los consumidores?*, en "Encrucijadas", Revista de la Universidad de Buenos Aires, n° 8, junio de 2001, p. 43.

⁶ En el programa de investigación Derechos Humanos y Sistemas Penales en América Latina, sustentado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica, coordinado por el Profesor Eugenio R. Zaffa-

roni y en el que quien suscribe se desempeñara como Secretario de Investigación, se detectaron cuatro factores negativos característicos de aquellos sistemas: violencia extra-sistémica, burocratización, sectorización funcional y corrupción. La combinación de todos ellos arroja, entre otros efectos, los señalados en el texto (IIDH, Informe final, Depalma, Buenos Aires, 1986).

magistrados que la utilizaren para vulnerar la privacidad garantizada a los individuos, además de la flagrante inconstitucionalidad que supone dar cauce a un proceso penal cuando no ha existido ataque al bien jurídico de la salud pública, sino – en todo caso– el acto preparatorio de una autolesión, por definición impune en el ordenamiento de una república laica y no confesional.

El hecho de otorgar relevancia penal a la simple tenencia de drogas desplaza la actividad de las agencias del control social formal a la casi exclusiva detección e introducción en su maquinaria institucional de los usuarios lisos y llanos, creando en la ciudadanía la falsa sensación de que se está operando rigurosamente contra lo que todos visualizamos como un grave problema social, cuando –en realidad– el personal y los recursos técnicos y materiales asignados a ese rubro delictivo quedan concentrados en la persecución de quienes –lo reafirmo– no pasan de constituir las verdaderas víctimas del comercio ilícito; y que, dicho sea de paso y en términos más generales, son también los afectados principales por las deficiencias de un sistema social frustrante, que les incita a consumir, pero les impide incorporarse eficaz y duraderamente al aparato productivo, debido a la crítica situación padecida por nuestra sociedad en las últimas décadas, como ya quedó explicado al principio de esta exposición.

Hace ya un lustro, el Ministerio Público Fiscal de la República Argentina publicó datos que confirmaban mi antigua aseveración en tal sentido⁷.

Conforme esos guarismos, la Justicia Federal en lo Criminal y Correccional se encuentra abocada mayoritariamente a las infracciones a la vigente ley de drogas ilícitas, restando intelectos y recursos a la indagación de las restantes modalidades delictivas que afectan a bienes plurisubjetivos de interés nacional. Pero lo verdaderamente intolerable es que, de esa fracción mayoritaria del caudal laboral de tales tribunales, un 60% corresponde a casos de tenencia simple o para propio consumo, y otro 16% a casos de tenencia en los que se presumen fines de comercialización, totalizando más de las tres cuartas partes del despliegue de esa rama de la judicatura y sus organismos auxiliares.

En el fuero federal de la ciudad de Buenos Aires, las cifras a las que oportunamente pude acceder fueron abrumadoras; valga decir que, analizado todo un semestre, sólo se registraban casos de tenencia simple, tenencia para consumo y tenencia con fines presuntos de comercialización⁸.

Como lo he apuntado en algún trabajo anterior, “un enorme aparato estatal se dedica esencialmente a martirizar a los tenedores simples y usuarios de drogas prohibidas, trátese de experimentadores, principiantes o adictos”⁹.

Puede aventurarse, sin temor a errar, que este desconcertante cuadro de situación, que –como expresamos al comienzo– excede ampliamente las fronteras de uno u otro país del área, beneficia, ante todo, a los narcotraficantes, cuyas maniobras quedan al margen de las praxis policial y judicial específicas.

Nótese que, en términos relevantes estadísticamente, son tres las categorías de individuos captados por las agencias del

⁷ Análisis Estadístico del Funcionamiento del Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación, Buenos Aires, febrero de 2001, apartados 1 a 6).

⁸ Análisis Estadístico, cit., apartado 6, p. 13.

⁹ Niño, Luis F., *Los muertos que vos matás*, en “Encrucijadas”, Revista de la Universidad de Buenos Aires, n° 8, junio de 2001, ps. 16 y siguientes.

control social a lo largo y ancho de nuestro continente: en primer lugar, los simples productores, campesinos hambreados, desplazados en muchos casos de sus lugares de origen por el desmoronamiento de las economías nacionales, a los que Hardinghaus diferencia del resto de los intervenientes en la cadena de la narcoeconomía, por entender que se limitan a cultivar la única especie que les permite alzarse sobre las condiciones de pobreza extrema a las que los somete el injusto reparto de las riquezas antes graficado. En segundo término, las "mulitas", hombres y mujeres de igual condición cultural y socioeconómica, que no vacilan en ingerir cápsulas o adherir a su cuerpo envoltorios con los que intentan pasar los controles aduaneros, arriesgando su vida y su libertad por una paga que, aunque muchas veces irrisoria, representa mucho más de lo que la miseria en que sobreviven les permite adquirir. Y, por último, los usuarios, entre los que la mano invisible del sistema selecciona a los más vulnerables, tornándolos tempranamente clientes habituales de comisarías y juzgados de turno.

Cabe, asimismo, suponer que un régimen legal como el vigente también favorece a los funcionarios y magistrados burócratas, en tanto y cuanto posibilita que se limiten a atrapar y a juzgar, respectivamente, personajes de mínima

o ninguna peligrosidad, con buen rédito funcional en lo atinente a los difusos criterios de eficiencia policial con que se manejan las instituciones de seguridad; y a los corruptos que pretendan justificar, con la iniciación de procesos que rondan lo bagatilar, la ausencia de los estrados judiciales de quienes se han asegurado la inmunidad ante toda reacción social.

También es juicioso estimar que este panorama de aparente fracaso encubre otro, perverso pero exitoso, relativo al control puro y duro de masas de jóvenes arrastrados al subempleo, el desempleo o la marginación más absoluta por el efecto retardado de aquellos programas ultra-liberales a los que me he referido, impuestos sin concesiones a nivel regional por mandatarios que, desentendidos de todos los valores de la Ilustración, arrastraron al abismo a nuestras comunidades.

Lo indiscutible es que ese inicuo tratamiento penal de la cuestión arremete contra aquellos a quienes se debería preservar de manera primordial, devolviéndoles el reconocimiento de su dignidad y de sus Derechos Humanos más elementales. Ningún criminólogo consciente puede eludir este aberrante trastocamiento de los fines declarados del *ius puniendi* sin convertirse en cómplice.

El principio de laicidad y sus manifestaciones*

Enzo Musco**



I.

El principio de laicidad ha seguramente condicionado –desde el Iluminismo y de manera más o menos significativa– el propio desenvolvimiento del derecho penal. Basta para ello pensar en que ha sostenido y estimulado el extenso y articulado proceso de secularización del derecho penal, trayendo esto como resultado la reafirmación de una matriz político-criminal típica –y propia– del estado social y democrático de derecho. No debe sorprendernos que, en fecha más o menos cercana, haya sido objeto de atención por parte de aquellos ambientes culturales que han hecho del integrismo ideológico y religioso su propia razón de ser y haya sido puesto bajo crítica por aquellos ambientes con lenguaje político corriente que persiguen objetivos de predominio político-cultural sobre los aspectos sociales. Hoy por hoy, ello es a menudo invocado en el contexto del debate político, en tanto pilar fundamental que permite contraponer, por un lado, los requerimientos de la Iglesia Católica, en su búsqueda por introducir en la elaboración de la Constitución Europea las “raíces cristianas” de ese continente y, por el otro, un argumento primordial en la batalla contra el resurgimiento del integrismo católico en Europa (en Italia) y el mundo (basta pensar al respecto en el reciente viaje del Papa a América Latina).

Dejando aquí de lado cualquier exquisitez lingüística en punto a los alcances semánticos del término “laicidad”, de lo que se trata es de fijar de la manera más estricta posible cuál es el significado moderno que un tal concepto reviste, sobre todo, al interior de un Estado social y democrático de derecho. Ello es así, pues los múltiples significados que –en la experiencia común– usualmente se le atribuyen al término laicidad, nos hablan, a todas luces, de un concepto claramente indeterminado y polifacético. Pero si asumimos que el término contiene varios significados en función del contexto en el que se inserta, ello puede ayudarnos a comprender en profundidad los propios alcances de la expresión sin correr el riesgo, por cierto, de perder de vista su complejidad.

II. La constitucionalización del principio de laicidad

Resulta indudablemente oportuno comenzar una reflexión sobre el principio de laicidad, apelando para ello a la importan-

* Traducción de Juan Lucas Finkelstein Nappi y María Soledad Pennise.

** Profesor ordinario de Derecho Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la *Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”*.

te posición que, en una sentencia reciente (Nº 203/1998), suscitó la Corte Constitucional italiana, en la medida en que le reconoció a aquel cartabón el carácter de principio supremo del ordenamiento constitucional italiano. Así pues, el Tribunal Supremo tuvo ocasión de sostener que “el principio de laicidad que emerge de los arts. 2, 3, 7, 8, 19 y 20 de la Constitución importa no tanto la indiferencia del Estado para con la religión sino, antes bien, una garantía de que ese mismo Estado promoverá el respeto a la libertad de religión, en un régimen de pluralismo confesional y cultural”; en efecto “la laicidad del Estado-Comunidad (...) responde no tanto a postulados ideologizados y abstractos de extraneidad, hostilidad o confesionales del Estado persona o de sus grupos dirigentes, respeto a la religión o a un credo particular. Por el contrario, lo que ello significa es que el Estado se pone al servicio de una concreta instancia de la conciencia civil o religiosa de los ciudadanos”.

Y bien, esta definición parece enunciar los caracteres en los cuales el principio de laicidad se concretiza y adquiere forma en el interior de nuestro ordenamiento. Así, en la cuestión vinculada con la enseñanza de la religión en la escuela pública, la Corte confirma, amplía y reafirma como el principio de laicidad encuentra ciudadanía en nuestro sistema jurídico, sobre todo en una dimensión que lo califica como manifestación ulterior del pluralismo confesional y cultural.

La importancia de esta toma de posición de la Corte Constitucional es obvia: aunque en la exégesis de la Constitución italiana no exista una previsión expresa que reconozca al principio de laicidad– a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos europeos¹–, ello –no obstante– debe ser deducido –o reconstruido– a partir de una lectura integradora de lo dispuesto en una serie de normas constitucionales (en particular, los arts. 2, 3, 7, 1º párrafo, 8, 19, y 20) que contribuyen a definir los aspectos de fondo que gobiernan al Estado mismo. Así pues, el principio de laicidad encuentra su fundamento expreso y también su implícito contenido.

Las consideraciones que se acaban de formular ponen al descubierto la mirada simplista que, sobre el principio en cuestión, campea en el imaginario colectivo. Y así, el reconocimiento de que el Estado resulta –frente a la Iglesia– independiente y soberano, constituye solo el primer segmento de una reconstrucción conceptual que no se limita a defender la autonomía del Estado ante las injerencias cléricales, sino que extiende sus alcances a la *salvaguarda de la libertad de religión, del pluralismo cultural* y sobre todo de *la libertad de conciencia*. Son esas las tres directrices a través de las cuales se articula el principio de laicidad en nuestro Estado Republicano.

III. Laicidad como salvaguarda de la libertad de religión

En su afán por delinear la raigambre constitucional del principio de laicidad, la Corte Constitucional se ha preocupado

¹ Cabe recordar que en Francia, las Constituciones de la IV y de la V República individualizaban a la laicidad como una característica fundamental del Estado; art. 1: “Francia es una república indivisible, laica, democrática y social”.

por aclarar que el Estado no asume una posición hostil en punto a la religión; antes bien, tutela la posibilidad de ejercerla (y expresarla) en un contexto pluralista y tolerante. El sentimiento religioso es, por tanto, interpretado como una manifestación de la personalidad humana y, en función de ello, digna de una fuerte protección por parte de todo el ordenamiento jurídico.

Los conceptos de *no indiferencia* y de *pluralidad de fe religiosa* han sido sucesivamente invocados en el contexto de otros pronunciamientos constitucionales (sentencia Nº 508/2000; y sentencia Nº 440/1995 y 508/2000).

Vale decir a este respecto que la Corte ha tomado distancia de aquellas concepciones del fenómeno religioso que lo circunscriben a un esfera puramente “privada”, sin asumir, por lo tanto, una posición de abstención o extraña hacia ella; sino en una perspectiva de laicidad “positiva”, entendida en el sentido de una valoración “favorable”, en consecuencia no destacada e indiferente, respecto al fenómeno religioso. De aquí la admisibilidad de intervenir en el sostenimiento de la actividad religiosa².

La expresión “laicidad positiva” es en el fondo aquella que mejor representa el valor y la compleja dimensión de un principio que, en este contexto, resulta irrenunciable para nuestro ordenamiento jurídico, inspirado, por lo demás, en los valores del pluralismo ideológico y cultural.

Laicidad positiva en la medida en que el Estado asume la responsabilidad de defender y garantizar la libertad de expresión religiosa y, al mismo tiempo, *la libertad de no profesar ninguna fe*.

Desde esta óptica, resulta erróneo identificar al principio de laicidad con el concepto de anticonfesionalidad o aconfesionalidad. De hecho, la llamada aconfesionalidad es un concepto diverso del de anticonfesionalidad, en cuanto esta última lleva insita la idea de una negación hacia el sentimiento religioso, que, por el contrario, el Estado entiende, estando al tenor de algunas normas constitucionales y de algunas sentencias de la Corte, enaltecer y promover. El alcance de la aconfesionalidad indica una debida ausencia de la dimensión religiosa en las elecciones públicas del Estado que se declara constitucionalmente independiente y soberano. La ausencia de tales dimensiones es, sin embargo, interpretada como una mera abstención y extraña respecto al fenómeno religioso.

Así pues, utilizando las consideraciones siguientes, la Corte ha llegado a la afirmación, tantas veces evocada por la doctrina penalística, de que la “idea de la ‘religión de Estado’ [es] incompatible con el principio constitucional fundamental de laicidad del estado”. Agregando, además, que en las valoraciones constitucionales en nombre de la igualdad es irrelevante también el criterio numérico.

² Stefano Sicardi, *Il principio di laicità nella giurisprudenza della Corte costituzionale (e rispetto alle posizioni dei giudici comuni)*, en www.associazionedeicostituzionalisti.it.

IV. Laicidad como pluralismo cultural

La laicidad como pluralismo (o relativismo) cultural constituye una manifestación ulterior con arreglo a la cual el principio constitucional en cuestión puede ser interpretado. El Estado es laico precisamente porque no puede imponer modelos éticos o morales de comportamiento. Por el contrario, su rol primordial ha de dirigirse (teleológicamente) a regular las relaciones sociales *ne cives ad arma veniant*.

En un Estado de derecho no puede admitirse la posibilidad de imponer modelos éticos a los cuales adecuar la propia conducta de vida. El deber de abstenerse de imponer un determinado modelo ético-ideológico o religioso trae como consecuencia la tolerancia y la incentivación de múltiples instancias (o miradas) culturales, como así también el respeto de los diversos sentidos religiosos, éticos o morales.

La idea de laicidad tal como puede ser reconstruida a partir del texto constitucional, en forma alguna puede identificarse con el rechazo apriorístico de cualquier tipo de mirada religiosa o moral. Semejante enfoque de la cuestión, lejos de promover una visión laica, respetuosa del pluralismo y de las elecciones subjetivas de los individuos, opta por un modelo confesional. No en vano algunos autores han afirmado que la ideología del estado “ateo” constituye un retorno al estado confesional.

El estado, por el contrario, lejos de buscar una cierta identificación ético-ideológica, debe acoger –a los efectos de compatibilizar y componer– las diversas instancias (o miradas) culturales provenientes de la sociedad.

El concepto de laicidad –conforme a la exégesis constitucional y a su consagración jurisprudencial– es aquel que garantiza e intenta compatibilizar el mayor número de intereses. En una hipótesis de conflicto, un Estado de Derecho que persigue objetivos pluristas y personalistas debe orientarse principalmente a componer de manera equilibrada los diferentes intereses en conflicto, habilitando el uso de la violencia sólo en aquellos casos en los cuales el ejercicio de autodeterminación moral e individual provoque un daño social materialmente relevante.

Un Estado laico convive y encierra una pluralidad de intereses, de modo que los casos de conflicto a este respecto deben ser resueltos a merced de su propia mediación.

El pluralismo cultural y confesional viene así a representar una de las proyecciones de un Estado democrático, en el ámbito del cual son reconocidos las garantías y los derechos individuales.

V. Laicidad como libertad de conciencia

El principio de laicidad del Estado emerge de manera asaz visible incluso en los ámbitos de reflexión vinculados con la bioética, como aquellos que conciernen a determinar el inicio y el fin de la vida humana.

En líneas generales, la tutela de la libertad de conciencia también ha sido respaldada por parte de algunas sentencias de la Corte, en cuyo seno destacan cómo ella representa una cuña para una correcta y exhaustiva interpretación del principio de laicidad. Así, en las sentencias N° 203 de 1989 y luego en la N° 203 de 1991 se abordó la cuestión vinculada con el modo en que se impartía la religión católica en las escuelas públicas. Allí se sostuvo que la tutela de la libertad de conciencia aparece en función del respeto del valor de la interioridad de la persona, toda vez que se respeta el denominado “no-obliga” para los sujetos de diferente credo religioso.

Un mismo orden de ideas enarbola la Corte cuando aborda la temática –extremadamente delicada por cierto– de la legitimidad del testimonio juramentado en el procedimiento civil (sentencia N° 147 de 1995), donde reitera que la libertad de conciencia debe “ser protegida en una medida proporcional a la prioridad absoluta y la carácter fundante con la que está reconocida en la escala axiológica de la Constitución italiana”.

VI. Laicidad del derecho penal

En este cuadro –bien que general y resumido– dirigido a desentrañar el rol del principio de laicidad del Estado, resulta comprensible que en el sistema penal ello sea tendencialmente interpretado de manera más pesada y por lo tanto casi más bien como carácter que como principio del derecho penal, para querer re-

marcar su esencial función efectiva y práctica y no solo abstractamente ideológica.

Si, como se ha visto, a nivel general en nuestro ordenamiento el concepto de laicidad es deducible de una lectura orgánica de la Constitución, como asimismo proclamado por la citada sentencia de la Corte Constitucional N° 203/89, es también cierto que el alcance del principio de laicidad al interior del ámbito penal se entronca con los principios fundamentales que gobiernan el derecho penal moderno.

Así las cosas y, en primer lugar, cabe recordar el irrenunciable principio de *materialidad*, según el cual toda respuesta penal será ilegítima si no reconoce como causa fuente una conducta, re conducible a un tipo legal, que ponga en peligro o lesione al bien tutelado, provocando una alteración (o mutación) material de la realidad. Por ello, una formulación negativa de aquel principio puede resumirse con el brocado latino *cogitationis poenam nemo patitur*. El derecho penal, en tanto laico, no puede censurar “el foro interno de la conciencia”, las convicciones personales, la eventual actitud de infidelidad hacia el ordenamiento; las elecciones individuales, hasta que no se exterioricen en un hecho típico, son intangibles, formando parte de aquella esfera de autonomía que no puede ser objeto de censura penal.

En segundo lugar, debe mencionarse al principio de *ofensividad* con arreglo al cual en ausencia de un bien jurídico objeto de tutela debe excluirse la aplicación de una sanción penal: de aquí el problema prodrómico³, pero no por ello menos trascendente, que se vincula con la individualización de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal. Los bienes a proteger en un sistema jurídico-penal que encuentre inspiración en el principio de laicidad no podrán consistir en comportamientos considerados –por algunos– como meramente inmorales, sin que hayan provocado un efectivo daño social.

Ahora bien: resulta imposible en este punto no invocar otro principio fundamental del moderno sistema penal que concretiza el carácter laico de la pena y que no es otro que el de *fragmentariedad* de la intervención punitiva, sobre todo a partir de aquella dimensión según la cual “*no todo lo que es moralmente reprobable* (para algunos) puede resultar penalmente relevante”.

En este contexto, tampoco puede obviarse la disposición contenida en el artículo 25 de la Constitución italiana en tanto y en cuanto establece el principio fundamental relativo a la *delimitación de la responsabilidad penal* personal. Conforme a él, la atribución de responsabilidad sólo resultará admisible (y válida) en aquellos casos en los cuales la conducta pueda ser legítimamente reconducida al tipo legal taxativamente delimitado en la ley. El reconocimiento de que el *ius puniendi* sólo puede ser legítimamente ejercido por el Poder Legislativo, excluye interferencias externas de otros órganos en la individualización de la conducta ilícita. De los principios de lesividad y

³ N. de T.: De acuerdo a la 20^a edición del *Diccionario de la Real Academia Española*, la expresión “pródromo” es definida como el “malestar que precede a una enfermedad”.

legalidad se deduce el carácter de *extrema ratiō* que debe presidir la intervención penal, como así también aquellos que exigen la estricta necesidad, la subsidiariedad y la efectividad del ejercicio del poder punitivo. En esta senda, en modo alguno pueden ser desatendidas las implicaciones que apareja la laicidad en la órbita procesal penal, en la medida que la vigencia del principio por el cual *nemo tenetur se detergere*, señala la idea de la culpabilidad entendida como juicio de naturaleza objetiva. El principio por el cual la reconducción del hecho al sujeto por medio de una atribución de responsabilidad forma parte del ámbito competencial de la acusación, representa la expresión más nítida de la exigencia de laicidad.

Todos estos principios constitucionales adjetivan y realizan los caracteres laicos que permean en un derecho penal moderno: ello representa, en palabras sencillas, el “*principio supremo del ordenamiento*” en tanto síntesis y expresión de todos los principios constitucio-

nales que forman parte del derecho en su conjunto. Y, por otra parte, cabe a ello agregar que el principio de laicidad en materia penal resulta verdaderamente irrenunciable, puesto que constituye el punto axial de todos los otros principios que presiden la intervención del Estado en esta materia tan delicada.

He aquí la consecuencia ideológica y política de mayor trascendencia: así, no resultará legítimo –desde la perspectiva del principio de laicidad– un ejercicio de poder punitivo que pretenda reprimir conductas humanas que no aparejen una lesión concreta y efectiva al bien jurídico, o que no hayan producido una mutación material de la realidad, o que no hayan sido contrastadas con valores socialmente compartidos, o que no respondan al principio de subsidiariedad que debe gobernar la materia.

Solamente una intervención penal respetuosa de tales cánones podrá ser considerada sustancialmente “laica”.

Salud y derechos humanos

Patricia Azzi*

Es un gran honor integrar este panel con tan distinguidas expositoras, coordinadora y público aquí presentes, en este importante evento, que organiza 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 Capital Federal.

Debo aclarar, en primer lugar, y antes de entrar específicamente en el tema, con el objeto de hablar desde una perspectiva netamente práctica, que la Defensoría Pública Oficial ante los Juzgados Federales de Primera Instancia de Mar del Plata hasta mediados de 2001 intervenía fundamentalmente en causas penales en la función específica de defensa técnica de personas imputadas de la comisión de delitos, en menor medida como Ministerio Pupilar –tanto en materia penal como civil– y en una proporción inferior al 10% en materia civil ya sea en representación de pobres como de ausentes.

A partir del año 2001, y como consecuencia de la grave crisis que atravesó nuestro país, comenzamos a recibir demandas de patrocinio jurídico especialmente ante la eventual promoción de acciones de amparo. En un principio, ustedes recordarán, a raíz del recorte del 13% impuesto a los haberes de los jubilados. Posteriormente, con motivo de las restricciones impuestas a los depósitos bancarios. Y, por último, y a raíz del quiebre registrado en el sistema de salud, comenzamos a recibir cada vez una mayor demanda tanto de evacuación de consultas como de patrocinio jurídico, creciendo a niveles anteriores impensados, aproximadamente en un mil por ciento. Esto implicó para el equipo de trabajo que conformamos la Defensoría Pública mencionada un enorme esfuerzo para dar una adecuada respuesta a tal demanda, como aconteció en otras Defensorías Públicas.

En esta materia realizamos numerosas gestiones extrajudiciales, de conformidad con las facultades atribuidas por la Ley de Ministerio Público (ley 24.946). Siempre, insisto, en el caso de las personas carentes de recursos. Dichas gestiones extrajudiciales tienen un resultado satisfactorio en una altísima cantidad de supuestos, con una respuesta al reclamo y una solución al conflicto a todas luces más conveniente, no resultando necesario llegar a judicializarlo. En otros casos ante la negativa o silencio debemos recurrir necesariamente a la promoción de acciones de amparo para garantizar el derecho a la salud.

* Defensora Pública Oficial ante los Tribunales de Primera Instancia.

Ahora bien, después de este paréntesis y entrando ya en el tema que nos convoca, haré un recorrido por las normas que consagran el derecho a la salud en nuestra Constitución Nacional, los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, la legislación nacional, algunos precedentes de nuestro Máximo Tribunal, el aporte realizado por prestigiosos juristas y a la misión, llamados a cumplir en este contexto, y siempre desde la producción y reflexiones que la tarea nos generó.

Corresponde, entonces, comenzar por recordar que es con el Estado de Derecho que el ciudadano pasa a ser titular “de derechos ya no sólo ‘naturales’ sino ‘constitucionales’...”¹. En esta concepción prevalecen “los derechos de libertad”². Ahora bien, la evolución hacia un Estado de Derecho Social ha llevado a incorporar en los textos constitucionales del siglo pasado (siglo XX) a otros derechos esenciales –los llamados “derechos sociales” o de “segunda generación”– y ya no como prohibiciones sino como obligaciones o prestaciones del Estado (aunque debo aclarar que esta clásica distinción no es absoluta). Y justamente, el derecho a la salud se inscribe dentro de estos derechos sociales.

El tratamiento del tema, e insisto de modo práctico pues tomaré fundamentalmente como base los planteos que hemos efectuado, impone definir qué se entiende por “salud”.

La Constitución de la OMS la ha definido como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

La Constitución de la OMS entre sus principios básicos declara que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.

La Organización Mundial de la Salud, organismo de las Naciones Unidas especializado en salud, se creó el 7 de abril de 1948. Tal y como establece su Constitución, su objetivo es que todos los pueblos puedan gozar del grado máximo de salud que se pueda lograr.

Ahora bien, debe tenerse en claro –como ha dejado sentado nuestro Supremo Tribunal de la Nación– que debe entenderse el derecho a la salud “como una derivación del derecho a la vida y, en palabras de Morello, a la vida digna. La Corte Suprema sostuvo que la autoridad pública tiene el deber impostergable de garantizar con acciones positivas el derecho a la preservación de la salud, comprendido en el derecho a la vida, más allá de las obligaciones que pesan sobre las obras sociales públicas o privadas y en virtud de los deberes que imponen los tratados con jerarquía constitucional”³. La Corte Suprema de Justicia ha dicho también que “la vida de los individuos y su protección –en especial, el derecho a la salud– constituyen un bien fundamental en sí mismo que,

¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, 3^a ed., Ed. Trotta, Madrid, 1998, p. 860.

² Idem, p. 861.

³ Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Ed. La Ley, 3^a ed., Buenos Aires, 2005, p. 388, con cita de Morillo, Augusto M., *El derecho fundamental a la vida digna*, en “El Derecho”, 24/11/2000 y considerando 6 de la mayoría en “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud u Acción Social” C.S.J.N, octubre 24 de 2000, con nota de Morillo, Augusto, *El derecho fundamental a la vida digna*, en “El Derecho”, 24/11/2000.

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 artículo 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...”⁴. La Corte Suprema de Justicia de Nación ha dejado en claro 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”⁵.

El derecho a la salud, la vida y a la dignidad e integridad personal se encuentran consagrados en los artículos 33, 42 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

Entre los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados con jerarquía constitucional la consagran los artículos:

- XI y XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;
- 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos;
- 2, 4, 5, 26, 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica;
- 2 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;
- 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño;
- 12 y 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y
- 5 de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

Así, y a modo de ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 12, inciso d, impone entre las medidas que los Estados Partes –la Argentina lo es– 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 artículos 2 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 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 artículos 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 artículo 29, inciso c, el derecho a la salud, por ser éste inherente al ser humano.

⁴ Cfr. CSJN, 1/6/2000, “Asociación Benghalensis y otras c/Estado Nacional”, en “La Ley”, Suplemento de Derecho Constitucional, 12/3/2001, p. 15, del dictamen del Procurador General al que se remitió el voto concurrente mayoritario del Alto Tribunal.

⁵ CSJN, Fallos 278:313, consid. 15.

También hay tratados que no poseen tal jerarquía –pero si superior a las leyes– como la Convención Interamericana para la Eliminación de toda Discriminación contra las Personas con Discapacidad (aprobada por ley 25.280).

En el ámbito infraconstitucional, se encuentran las leyes federales 23.660 y 23.661, sus normas reglamentarias y complementarias.

El artículo 3 de la ley 23.660, establece que: “las obras sociales destinarán sus recursos en forma prioritaria a prestaciones de salud”, y agrega: “en lo referente 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 artículo 2 de la ley 23.661 establece: “el seguro tendrá como objetivo fundamental proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas (...) que respondan al 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”.

Sin perjuicio de las obligaciones puestas a cargo de las Obras Sociales u otros agentes de salud, el Estado también ha asumido concretas cargas públicas en orden a la satisfacción de los derechos a la salud y a la integridad física y psíquica.

Por eso, “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 menoscabo de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios’ (consid. 27)”⁶.

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, a fin de procurar que la prestación se efectúe por los canales adecuados, en primer lugar, por la propia obra social u otros agentes de salud, demandando la responsabilidad de estos en el cumplimiento de la obligación de salud puesta a su cargo, pero en todo caso asumiendo la satisfacción inmediata del

⁶ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. *El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible*, nota a fallo CSJN, “C. de B., A.C. c/Secretaría de Programa de Salud y Otro”, 24/10/2000, en “La Ley”, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, 25/6/2001, ps. 9-21.

derecho por la repartición o dependencia competente, sin perjuicio de las acciones legales y/o administrativas que resultaren procedentes contra aquellos cuando no brindan la cobertura a la que se encuentran obligados.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación 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 dignidad⁷.

El año pasado, la CSJN en el caso “Reynoso” del 16 de mayo de 2006, remitiéndose –salvo una disidencia parcial– al dictamen del Procurador Fiscal hizo lugar íntegramente a la demanda. En la acción de amparo promovida, se reclamó la provisión al amparista de insulina humana 100V, cintas reactivas para el control de glucemia y jeringas descartables y, asimismo, se reclamo la cobertura al 100% de la medicación Ampliaclil y de pañales descartables. Se trataba de una anciana de 75 años, que se desplazaba en una silla de ruedas, que presentaba demencia senil e incontinencia como complicaciones directas del estado avanzado de la diabetes, y a cuyo respecto tramitaba un juicio por insanía y curatela, resultando, conforme a los certificados médicos, que los medicamentos le eran absolutamente indispensables, así como los pañales descartables por carecer de autosuficiencia, y como única forma de continuar con una vida mínimamente digna. No tenía ninguna posibilidad de acceso a dichos fármacos e insumos, debido a sus escasos ingresos que consistían en ese momento en una mínima pensión de \$241 y la ayuda de su hija que sólo percibía \$150 del Programa Jefe de Hogar. La parte actora como en muchos otros casos estuvo representada desde el comienzo del juicio por la Defensa Pública Oficial.

Retomando, ahora, nuevamente, la definición de salud de la Organización Mundial de la Salud como el estado de completo bienestar físico, psíquico y social de una persona, cabe remarcar que 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.

Se desprende, entonces, de las normas citadas 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 obligado a hacer efectivas⁸.

Queda claro que no fue éste el objetivo que persiguió, por ejemplo, el Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE) al entrar en vigencia, si bien fue ampliado por normas complementarias y modificatorias, desde que excluyó muchas de las prestaciones que se valen del desarrollo de la

⁷ CSJN, Fallos 289:430.

⁸ En este sentido, cfr. CSJN, 24/10/2000, “C. de B., A.C. c/Secretaría de Programas de Salud y otro”, en “La Ley”, 2001-C, p. 32, consid. 21, no obstante estar referenciado el caso a un menor con discapacidad.

tecnología y que han servido para mejorar la calidad de vida de los pacientes. Debe tenerse presente que el decreto que indica justamente la necesidad de elaborar un PMOE, 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, después el PMOE fue prorrogado, modificado y ampliado por otras normas que sí la han tomado en cuenta.

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 a nuestro parecer y así se ha planteado– se detectó en su momento en el contenido del PMOE.

Cabe destacar que 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 se ha denominado “prohibición de regresividad”, surge del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC).

El artículo 2.1 del PIDESC establece: “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas (...) 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 N° 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 tiem-

po”. “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. 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” (O.G. N° 3, punto 2).

La obligación mínima asumida por los Estados 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 los Estados se obligan a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente aceptan la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o de derogar los derechos ya existentes⁹.

La obligación asumida por los Estados es ampliatoria, de modo que la derogación o

⁹ En sentido similar, Fabre, C., *Social Rights under the Constitution. Government and Decent Life*, Oxford (2000), ps. 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”.

reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido.

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”¹⁰.

En la Observación General N° 14, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado, sobre el alcance del derecho a la salud, que 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 Salud¹¹.

De allí los indicios de inconstitucionalidad que tendrá toda medida, también la normativa, que empeore la situación de goce de los derechos del Pacto, que excluya coberturas que resultan prestaciones esenciales, fundamentales para el mejoramiento de la salud, e imposibles de sustituir –con iguales resultados– por otras vías alternativas.

Ahora bien, ha de tenerse en claro, en primer lugar, que son, justamente, los Estados Nacionales quienes deben respetar y garantizar el cumplimiento de los derechos humanos. El servicio de administración de justicia (derecho del habitante) juega en este campo un papel preponderante. La protección internacional es siempre subsidiaria de la nacional. Ésta última, insisto, es la que debe garantizar y resguardar los derechos de fuente convencional, pero agotadas las gestiones en el ámbito interno para re establecer derechos conculcados es posible reclamar en la sede internacional por la responsabilidad del Estado.

El derecho internacional de los derechos humanos otorgó un gran impulso a los humanos y humanas al reconocer el carácter de denunciante en los sistemas internacionales de protección. Es importante remarcar que la normativa local y las sentencias de los órganos jurisdiccionales nacionales pueden constituir infracciones a los compromisos de fuente convencional¹². Introduzco estas reflexiones debido al tema en tratamiento –los derechos sociales y específicamente el derecho a la salud, integridad y calidad de vida digna– ya que el Estado tiene las obligaciones referidas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos comenzó resolviendo denuncias por violaciones a los derechos de libertad o la vida –obviamente según el procedimiento de la CADH a requerimiento de la Comisión IDH. Pero ya han comenzado a recibir litigios relativos a los derechos sociales. Entre otros temas: vinculados a la seguridad social (jubilados y pensionados) o a la propiedad de los pueblos originarios

¹⁰ Cfr. Abramovich Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed. Trotta, Madrid, 2002, p. 95.

¹¹ 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.

¹² Cançado Trindade, 1998: 583/584.

(por ejemplo Comunidad Mayagna vs. Nicaragua). La Comisión Interamericana se encuentra también abocada al tratamiento –y baste como ejemplo los informes elaborados así como las peticiones tratadas en los últimos períodos de sesiones– de denuncias por presuntas violaciones a derechos humanos de esta naturaleza.

Cabe destacar que el Estado es responsable por los actos y omisiones de sus agentes, pero además también lo es por la de los particulares ya que es responsable de asegurar los derechos humanos como surge de los artículos 1 y 2 CADH.

Finalizando entonces, debe tenerse presente que los instrumentos internacionales y los mecanismos de protección citados constituyen, en definitiva, herramientas de acción para garantizar también los derechos sociales.

Retomando la introducción es claro que Ministerio Público de la Defensa tiene un rol de relevancia –como indicaba la Señora Defensora General de la Nación, Doctora Stella Maris Martínez– ya que somos operadores

de derechos humanos, dado que el servicio que brindamos a los habitantes de este país, que, en definitiva, son los titulares del derecho del servicio de la defensa pública, garantiza a los sectores carentes de recursos, y más vulnerables, en los supuestos de afectación a los derechos sociales, como es el caso del derecho a la salud, la protección de sus derechos a través de los medios más apropiados en cada supuesto. Esto, sin dudas, constituye un notable avance para el respeto y aseguramiento de sus derechos. Además de, por un lado, contribuir a la pacificación social y a la consolidación del sistema democrático y, por el otro, de alimentar el derecho a la esperanza que podemos construir sociedades más humanas con verdadera equidad y con mayor justicia social.

Por último, agradezco nuevamente la oportunidad y el honor de participar en este evento. Muchas gracias a los organizadores, a las expositoras, coordinadora y a todos los aquí presentes.

Apuntes sobre las leyes de violencia contra las mujeres en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires*

Julieta Di Corleto**

I. Introducción

Comprender el fenómeno de la violencia contra las mujeres implica aprehender la dimensión individual de su ocurrencia –cómo afecta a una mujer determinada–, pero también destacar su dimensión social y política. Esta última mirada pretende hacer visible la subordinación que le da sustento y develar su carácter público por sobre su condición de privado. Aun cuando la violencia ocurre en el ámbito del hogar, ésta excede el espacio de lo doméstico.

A pesar de que las crónicas periodísticas han avanzado en el reconocimiento de la violencia como un problema social, en la administración de justicia aún prevalecen decisiones judiciales que no solo trivializan este fenómeno, sino que refuerzan la discriminación contra las mujeres. Así, por ejemplo, en algún caso de homicidio se ha llegado a reducir la pena del marido agresor justificando dicha atenuación en la voluntad de la esposa de divorciarse, y en el hecho de que la muerte de la mujer –provocada de manera dolosa– constituía una “pena natural”¹.

La vigencia de estos análisis podría ser explicada en razón de que nuestra tradición jurídica ha legitimado la discriminación contra la mujer por su condición y según su estado de familia². Esta subordinación jurídica –otro modo de ejercer violencia– facilitó la imposición de roles fundados en la desigualdad de género, un hecho generador de violencias más tangibles –como el maltrato y la violencia sexual dentro del matrimonio, el acoso sexual en el trabajo o la trata de personas para su explotación sexual–, todas éstas, prácticas vigentes que no siempre son reconocidas judicialmente.

En este trabajo me propongo analizar, para el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, de qué manera se articulan los recursos jurídicos disponibles para las mujeres víctimas de violencia³.

Por tanto, el estudio no se limita a analizar la legislación penal –una mirada que podría soslayar la consideración de soluciones no punitivas– sino que también tiene en cuenta los medios propuestos en la legislación civil. El análisis conjunto de esta normativa pondrá a la luz el hecho de que nuestra legislación no reconoce la naturaleza sistémica de la violencia contra las mujeres.

* Exposición presentada en el Seminario sobre “Derechos Humanos y la Problemática de Género” organizado por la Defensoría General de la Nación en mayo de 2007.

** Abogada (UBA), LL.M. Harvard Law School, Prosecretaria Letrada de la Defensoría General de la Nación.

¹ Cfr. Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 de Necochea, “L., M. E. s/ homicidio calificado”, rta. 13/6/2003.

² Al respecto, cfr. Lamberti, Silvio, *Matrimonio y violencia invisible contra la mujer. Evolución del sistema familiar en el Derecho Civil Argentino*, en Lamberti, Sánchez y Viar (comps.), *Violencia familiar y abuso sexual*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2003, ps. 40 y siguientes.

³ Esto significa que no es mi objetivo profundizar en el análisis de los proyectos de ley presentados o que están por presentarse en el Congreso Nacional, sino antes bien referirme a los recursos jurídicos vivientes.

II. La ausencia de vínculo entre discriminación y violencia

La violencia de género es un problema social que tiene su raíz en el desconocimiento de ciertos derechos iguales para las mujeres. Esta clase de violencia debe ser entendida en vinculación con la posición de la mujer dentro de la familia, con la discriminación en el empleo, con la falta de oportunidades educativas y con la ausencia de apoyo social. Esta visión del problema aleja cualquier análisis que pretenda hacer de la violencia un conflicto de índole privada, un trastorno de la personalidad o un problema psicológico del agresor, de la víctima o de ambos⁴.

El vínculo entre discriminación y violencia fue internacionalmente reconocido en 1992 en la Recomendación General nº 19 emitida por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Allí se estableció: “la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”⁵. Con posterioridad, en diciembre de 1993, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, cuyo preámbulo dejó sentado: “la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra”, y que “es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre”⁶. Más recientemente, en el marco del sistema interamericano, la Convención de Belem do Pará reconoció: “la violencia contra las mujeres es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres” y reafirmó el vínculo entre discriminación y violencia estableciendo que la primera es una forma más de la segunda⁷.

Este reconocimiento a nivel internacional no tiene su correlato en la legislación interna que no hace referencia alguna al vínculo entre discriminación y violencia. Desde el derecho civil, la Ley Nacional sobre Protección contra la Violencia Familiar nº 24.417⁸ está pensada para atender las necesidades de un grupo heterogéneo de víctimas, entre ellas las mujeres víctimas de violencia⁹. De la manera en la que fue formulada, la ley desconoce la raíz social de la problemática y resuelve el conflicto como si se tratara de un asunto interpersonal entre la víctima y el agresor. Basada en la idea de que es un problema entre dos partes, la ley 24.417 no garantiza la asistencia integral a la víctima.

⁴ Para una contextualización de la violencia contra las mujeres, cfr. Pitch, Tamar, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Ed. Trotta, Madrid, 2003, ps. 121-180.

⁵ Cfr. Recomendación General nº 19, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 11º período de sesiones, 1992. Si bien la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer no hace referencia explícita a la violencia contra las mujeres, en dicha recomendación se especificó lo siguiente: “Esa definición incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones de la Convención, sin tener en cuenta si hablan expresamente de la violencia”.

⁶ Cfr. ONU, Resolución de la Asamblea General 48/104, 20 de diciembre de 1993.

⁷ El artículo 6 de la Convención de Belem do Pará establece: “El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a) el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación...”.

⁸ La ley, de vigencia exclusiva en la ciudad de Buenos Aires, fomentó la sanción de leyes de este tipo en las distintas provincias del país.

⁹ En su artículo 1 la ley establece: “Toda persona que sufriese lesiones o maltrato

físico o psíquico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar podrá denunciar estos hechos en forma verbal o escrita ante el juez con competencia en

asuntos de familia y solicitar medidas cautelares conexas. A los efectos de esta ley se entiende por grupo familiar el originado en el matrimonio o las uniones de hecho”.

Desde el derecho penal tampoco se prevén medidas que garanticen una respuesta integral. Bajo el prisma del castigo –donde la responsabilidad penal es siempre personal–, aquello que se denuncia como social y político queda reducido a un conflicto particular entre el agresor y la víctima¹⁰. Desde el derecho penal tampoco se ensaya ninguna alternativa que permita a la mujer posicionarse de manera independiente frente al proceso. Más allá de la enunciación formal de derechos a la víctima¹¹, no existe una regulación que atienda las necesidades específicas de quienes padecen la violencia.

Por otra parte, cabe añadir que no existe vínculo alguno entre los dos sistemas legales. No solo se cuestiona que los jueces civiles y penales actúan con total independencia el uno del otro, sino que existe una exagerada fragmentación de las instituciones con competencia para recibir denuncias¹². Si bien es cierto que esto supone una gran oferta de agencias disponibles para atender las demandas de las mujeres, debe considerarse que carecen de una adecuada coordinación. Esto genera la duplicación de servicios, con el consecuente dispendio de recursos, y lo que es aún más grave deviene en mayor confusión para las víctimas. Mientras la ley 24.417 dispone que sea el juez quien reciba la denuncia, la legislación penal ofrece como alternativas hacerlo ante la policía, el Ministerio Público o el Juzgado de turno¹³. La falta de claridad sobre cómo se articulan estos recursos ha llevado a que muchas de las presentaciones de carácter civil sean realizadas en comisarías¹⁴.

A estas deficiencias se suma la ausencia de una legislación que identifique como actores relevantes al sistema educativo, a los medios de comunicación o a las compañías publicitarias.

¹⁰ Para esta idea sigo a Tamar Pitch, *Responsabilidades limitadas. Actores, conflictos y justicia penal*. Actores, conflictos y justicia penal. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, ps. 136-137. Allí se argumenta que la criminalización refuerza la individualización de la responsabilidad y hace desaparecer el trasfondo del conflicto.

¹¹ Cfr. los artículos 71 a 89, CPP Nación.

¹² Recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha creado una nueva dependencia que recibe denuncias en casos de violencia doméstica para el ámbito de la ciudad de Buenos Aires. La acordada Nº 39/06 dispone que las funciones de la mencionada oficina serán las siguientes: a) ofrecer información vinculada con la problemática de la violencia doméstica, en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, b) recibir el relato de los afectados que concurren y labrar las actas correspondientes, c) informar a las personas acerca de cuáles son los cursos de acción posibles según el conflicto que manifiesten padecer, efectuando en su caso, las pertinentes derivaciones, d) seguir el funcionamiento de las redes de servicio y derivación que se establezcan, e) disponer la

realización de los exámenes médicos, psicológicos, psiquiátricos y/o sociales que sean necesarios, f) seguir la actividad desplegada por los servicios médico, psicológico y de asistentes sociales pertenecientes a la oficina, g) facilitar el traslado de las personas desde y hacia la oficina y los servicios de atención médica, asistenciales, de patrocinio jurídico u otros existentes en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires y dependencias de la Policía Federal Argentina, h) realizar el seguimiento de los casos ingresados a la oficina, la elaboración de estadísticas y realización de informes de evaluación del funcionamiento de la oficina y del fenómeno de la violencia doméstica.

¹³ Un obstáculo para la obtención de apoyo frente a la violencia es la falta de información sobre dónde realizar una denuncia.

cia. Un estudio realizado a cuatro años de vigencia de la ley 24.417 determinó que las víctimas de violencia carecen de información clara acerca de a quién recurrir, qué pueden solicitar y de qué modo pueden hacerlo. Al respecto, cfr. Birgin, Haydée, *Imagen y percepción de la Ley de violencia familiar en Argentina*, en “Debate Feminista”, año 13, vol. 26, 2002.

¹⁴ Según un estudio, durante los meses de enero a octubre de 2004, de las 2.621 denuncias de violencia tramitadas ante la justicia civil, 2.471 se habían iniciado por intervención policial. Al respecto, cfr. Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, “Informe sobre género y derechos humanos. Vigencia y respeto de los derechos de las mujeres en Argentina”, 2005, Ed. Biblos, cap. 8, elaborado por Haydée Birgin y Gabriela Pastorino.

tarias¹⁵. La legislación analizada parece identificar a la administración de justicia como único actor responsable de la erradicación de la violencia contra la mujer. Sin embargo, la violencia contra las mujeres no puede ser resuelta exclusivamente a través del litigio de casos individuales. Por el contrario, un abordaje adecuado requeriría un programa amplio que establezca medidas de diversa naturaleza, como por ejemplo, la implementación de programas educativos, el control de la publicidad sexista, la formación de funcionarios judiciales y policiales y la actuación coordinada de autoridades sanitarias y judiciales¹⁶. De todos modos, frente a la opción del recurso legal, para garantizar un litigio que dé seguridad a las afectadas se debería prever una amplia oferta de servicios jurídicos, acceso a viviendas y subsidios, todas éstas medidas que, basadas en el reconocimiento de la situación de desigualdad, fomentaran un mínimo de autonomía a la mujer maltratada.

En síntesis, tanto la legislación civil como la penal no advierten la necesidad de revertir la discriminación que da sustento a la violencia de género. Por el contrario, teniendo como cimiento una sociedad desigual, donde la diferencia establece una forma de discriminación, el derecho construye al fenómeno de la violencia y a sus víctimas de manera abstracta y neutral.

III. La violencia contra las mujeres y sus víctimas según nuestra legislación

La aparente neutralidad de las normas puede operar para la reproducción de las prácticas sexistas que sustentan la violencia. Por esa razón, el análisis de las leyes vigentes puede ser de utilidad para determinar qué lugar tiene la violencia contra las mujeres en nuestra sociedad y para develar qué tipo de víctima es concebida por la legislación.

En materia civil, la ley 24.417 establece que cualquier persona víctima de violencia familiar puede presentarse a formular una denuncia por maltrato sin contar con asistencia le-

¹⁵ Los tratados internacionales suscriptos por la Argentina contienen un mandato expreso a favor de esta acción. Cfr. artículo 5º de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y artículo 6 inc. b de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Asimismo, en la Recomendación General N° 3, el Comité de la CEDAW instó a todos los Estados Partes “a adoptar de manera efectiva programas de educación y divulgación que contribuyan a eliminar los prejuicios y prácticas corrientes que obstaculizan la plena aplicación del principio de igualdad social de la mujer”. Cfr. Recomendación General N° 3, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 6º período de sesiones, 1987.

¹⁶ El gobierno ha anunciado la futura presentación de un proyecto de ley para combatir la violencia familiar (cfr. la noticia publicada en el diario Clarín, disponible en www.clarin.com/diario/2007/04/30/um/m-01410174.htm, página visitada por última vez el 21 de mayo de 2007 y Carbajal, Mariana, “Un freno a la violencia”, nota publicada en Página12, 19/8/2007, disponible en www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/index-2007-08-19.html, visitada por última vez el 19 de septiembre de 2007) que, según información periodística

ca, contempla: “[la inclusión] en el Programa Médico Obligatorio (PMO) los tratamientos de atención psicológica y médica para agresores y víctimas de violencia familiar. También ordena la implementación de una serie de políticas públicas como la ejecución de programas de capacitación de personal judicial y policial de todo el país en la temática y también de médicos y docentes para la detección precoz de víctimas de los diversos maltratos previstos en la iniciativa. Además, indica la necesidad de que el tema de la violencia fa-

miliar se incluya en las currículas escolares y universitarias”. Cfr. Carbajal, *Un freno a la violencia*, cit. En el Congreso Nacional, bajo el número de expediente 0294-D-2006, tramita el proyecto de ley presentado por la diputada Marcela Rodríguez, cuyos artículos 5 a 10, contemplan la organización de una política pública. El proyecto puede consultarse en www.1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=sí&numexp=0294-D-2006, visitado por última vez el 18 de septiembre de 2007.

trada¹⁷. De acuerdo con el texto legal, cuando la afectada es una adulta, la facultad de reclamar la protección judicial le compete a la víctima. La denuncia solo será obligatoria para terceros en caso de que se trate de profesionales de la salud, de servicios asistenciales, sociales, educativos, y siempre que la violencia recaiga sobre menores e incapaces, ancianos y discapacitados¹⁸. Una vez iniciada la intervención judicial, el juez debe convocar a las partes a una audiencia de mediación¹⁹, en la que, teniendo en cuenta los diagnósticos de interacción familiar, instará a las partes y al grupo familiar a asistir a programas educativos o terapéuticos.

Más allá de la propia naturaleza privada del derecho civil, es interesante destacar que la legislación refuerza la concepción de la violencia como un asunto privado. Se puede llegar a esta conclusión si se considera que la ley no previó la posibilidad de que terceros intervengan a favor de las víctimas adultas²⁰, lo que marca al proceso civil con la misma impronta de lo que se verá en el penal en cuanto a la forma de iniciación del procedimiento. La excepción –configurada para el supuesto en que funcionarios públicos tienen la obligación de denunciar– opera con debilidad en razón de que, además de las limitaciones sustantivas ya analizadas, la ley no prevé la protección del denunciante frente a eventuales acciones legales del denunciado o de terceros, un hecho que desincentiva las denuncias²¹. Adicionalmente, al resultar un procedimiento que depende de la instancia de la parte, la duración y continuidad del proceso está supeditada a la actividad desarrollada por los abogados de los intervenientes²². Los estudios realizados dan cuenta de que uno de los mayores impedimentos para el desarrollo de los procesos en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires ha sido la falta de un mecanismo que garantice el patrocinio jurídico gratuito para quienes no cuentan con re-

¹⁷ Cfr. artículo 1 de la ley 24.417, y artículo 5, decreto 235/96. Este último establece: “Asistencia letrada: No se requiere asistencia letrada para formular las denuncias. Se garantiza la asistencia jurídica gratuita a las personas que la requieren y no cuenten con recursos suficientes a través de los Defensores de Pobres, Incapaces y Ausentes en lo Civil y Comercial, de los Centros de Atención Jurídica Comunitaria dependientes de la Secretaría de Asuntos Legislativos del Ministerio de Justicia y de los consultorios jurídicos dependientes de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y de otros organismos públicos. El Ministerio de Justicia abrirá y llevará un registro de organizaciones no gubernamentales (ONG) en el que podrán anotarse aquellas que estén en condiciones de prestar asistencia jurídica gratuita. La prestación se regirá por convenios que el Ministerio de Justicia suscribirá con esas instituciones, en los que podrá incluirse el compromiso de las entidades de brindar capacitación especializada en temas de violencia familiar. A los mismos fines, el Ministerio de Justicia podrá celebrar convenios con la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y con el Colegio de Abogados de la Capital Federal”.

¹⁸ De conformidad con el artículo 4 del decreto 235/96, la obligación de denuncia debe ser cumplida dentro de un plazo máximo de setenta y dos horas, salvo que el

caso se encuentre bajo atención ante los organismos administrativos o que, por motivos fundados a criterio del denunciante, resulte conveniente extender el plazo.

¹⁹ El artículo 5 de la ley 24.417 establece: “El juez, dentro de las 48 horas de adoptadas las medidas precautorias, convocará a las partes y al Ministerio Público a una audiencia de mediación instando a las mismas y a su grupo familiar a asistir a programas educativos o terapéuticos”.

²⁰ En caso de que un tercero realice una denuncia, el juzgado podría rechazar la presentación o citar a la afectada a corre-

borar lo denunciado. Sobre el alcance del artículo 1 de la ley 24.417, cfr. Lamberti, Silvio y Sánchez, Aurora, *Régimen Jurídico de la Violencia Familiar. El sistema de la ley 24.417 y su decreto reglamentario 235/96*, en Lamberti, Sánchez y Viar (comps.), *Violencia familiar y abuso sexual*, cit., p. 65.

²¹ Cfr. Lamberti y Sánchez, *Régimen Jurídico de la Violencia Familiar. El sistema de la ley 24.417 y su decreto reglamentario 235/96*, cit., p. 66.

²² Cfr. Pastorino, Gabriela, *Trabajo realizado para UNICEF Argentina*, documento en poder de la autora.

cursos²³. De este modo, las falencias de un sistema de asistencia jurídica refuerza la naturaleza privada del proceso en tanto deja a las víctimas sin siquiera el respaldo del impulso procesal dirigido por un letrado.

Si se trata de analizar qué perfil de víctima fue concebido por la ley 24.417, la excepción establecida al artículo 56 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –la cual permite que las denuncias no tengan asistencia letrada–, avala la idea de que la ley intentó brindar protección tanto a las mujeres que no cuentan con los recursos económicos para proveerse de asesoramiento como a las que no lo requieren porque conocen sus derechos y son capaces de evaluar por sí solas las implicancias del litigio²⁴. De todos modos, el hecho de que no se exija asistencia letrada para presentar la denuncia no siempre ha sido considerado como un beneficio. Los estudios realizados al respecto dieron cuenta de que las personas que atravesaron el proceso sin abogado estuvieron disconformes con los resultados, entre otros motivos, por la ausencia de respuesta del juzgado, por el maltrato que sintieron²⁵ y por la falta de apego de los tribunales a los procedimientos legales²⁶. Por lo demás, las restantes instancias del procedimiento sí requieren de asistencia letrada, pero como se sostuvo, ésta no siempre es fácilmente accesible. En consecuencia, para quienes se encuentran en desventaja económica y social, los costos económicos para la contratación de un abogado y las dificultades para acceder a un servicio de asistencia jurídica gratuita se constituyen en obstáculos para dar continuidad a la denuncia²⁷. Por ello se ha dicho que la problemática de la violencia recibe una respuesta jurisdiccional diferente según la clase social de las involucradas. En los supuestos en los que intervienen personas con una posición acomodada, la presentación se realiza con patrocinio letrado y la presencia de este profesional determina que el procedimiento se encamine por los carriles formales²⁸.

En el ámbito penal, la violencia contra las mujeres queda connotada por diferentes tipos legales que habilitan distintos mecanismos de iniciación de la acción. Como regla general el Código Penal establece el sistema de acción penal pública, una opción que desecha cualquier criterio de oportunidad y demuestra el interés del Estado por la efectividad de la sanción penal²⁹. Existen algunos hechos de violencia contra las mujeres –abarcados por los delitos de lesiones graves y gravísimas, amenazas, entre otros– en los que el Estado parece reconocer la gravedad del problema. En estos casos, el proceso penal deja en claro que la violencia contra las mujeres no está permitida. Si se pretende analizar qué víctima es concebida por la legislación, es posible argumentar que bajo este sistema el Estado asume una posición paternalista, por un lado, porque evita que los agresores tengan algún tipo de control sobre la justicia, y, por el otro, porque decidiendo por las víctimas a favor de la persecución penal las libera del miedo y el chantaje al que po-

²³ Cfr. Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, *Informe sobre género y derechos humanos. Vigencia y respeto de los derechos de las mujeres en Argentina*, cit. Un estudio más reciente ha dado cuenta de que el 50% de las mujeres de bajos recursos no sabe que hay servicios de asistencia jurídica gratuita y alrededor del 12% sabe que existen, pero no los conoce. Cfr. Birgin, Haydée y Kohen, Beatriz, *Justicia y género, una experiencia en la ciudad de Buenos Aires*, en Haydée Birgin y Beatriz Kohen (comps.), *Acceso a la justicia como garantía de igualdad*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2006, ps. 246-247.

²⁴ Cfr. el artículo 5 del decreto 235/96.

²⁵ Cfr. Birgin, *Imagen y percepción de la Ley de Violencia Familiar en Argentina*, cit.

²⁶ Cfr. Pastorino, *Trabajo realizado para UNICEF Argentina*, cit.

²⁷ Sobre las variables a tener en cuenta para el acceso a la justicia, cfr. Gherardi, Natalia, *Acceso a la justicia y servicios jurídicos gratuitos en experiencias comparadas*, en Birgin y Kohen (comps.), *Acceso a la justicia como garantía de igualdad*, cit., p. 129. Relatando las experiencias en la ciudad de Buenos Aires, cfr. Birgin y Kohen, *Justicia y género, una experiencia en la ciudad de Buenos Aires*, cit., ps. 242 y siguientes.

²⁸ Cfr. Pastorino, *Trabajo realizado para UNICEF Argentina*, cit.

²⁹ Es sabido que el sistema de acción pública exige que ésta sea ejercida de oficio por los órganos del Estado y que no se suspenda, interrumpta ni haga cesar, con independencia de la voluntad del afectado. Cfr. artículos 71 y 234, CPN y 5, CPP Nación.

³⁰ Cfr. Pitch, *Responsabilidades limitadas. Actores, conflictos y justicia penal*, cit., ps. 267 y ss. Es importante reconocer que existirá una diferencia significativa entre quienes fueron víctimas de violencia por parte de un conocido o de un extraño. Las primeras pueden temer en mayor medida algún tipo de represalia.

³¹ Esta afirmación podría ser relativizada si se tiene en cuenta que en algunos casos la denuncia de la agredida es fundamental para dar a conocer el hecho a la autoridad pública. Por otra parte, con independencia del mecanismo a través del cual se inicia la acción, en un sistema de acción pública, las presiones pueden trasladarse a otra parte del proceso, por ejemplo, para el momento en que la mujer debe declarar ante las autoridades.

³² Cfr. Pitch, *Responsabilidades limitadas. Actores, conflictos y justicia penal*, cit., 267 y ss. Este tipo de representación puede perjudicar a una mujer que, temerosa de las consecuencias que pueda tener un proceso penal, o decidida a reanudar la relación con su agresor, resuelva modificar su primera declaración, exponiéndose al riesgo de un proceso por el delito de falso testimonio. En estos casos, el sistema de acción penal pública resulta contraproducente.

³³ La práctica judicial indica que, lejos de preservar la intimidad en esos procesos se avanza más de lo debido en las esferas que deben mantenerse fuera del conocimiento de terceros. Al respecto, cfr. Di Corleto, Julieta, *Límites a la prueba del consentimiento en el delito de violación*, en "Nueva Doctrina Penal", 2006/B, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, ps. 411 y ss. Sobre la necesidad de preservar

drían estar expuestas en el momento de realizar una denuncia penal³⁰. Bajo este esquema, el Estado releva a la mujer de decidir sobre la iniciación de la acción³¹, lo que en otras palabras significa que afecta su capacidad de decidir libremente si desea participar en una acción penal que, en algunos casos, no será propia³².

Ahora bien, otros hechos de violencia quedan agrupados bajo el sistema de instancia privada, en el cual la denuncia de la agredida es una condición necesaria para que la acción sea impulsada por los órganos públicos. Los delitos contra la integridad sexual se escurrieron dentro de esta categoría bajo el argumento aparente de preservar la intimidad de las víctimas³³. En estos supuestos, el sistema responde a uno de los cimientos más relevantes de la cultura patriarcal – aquel que sostiene que la violencia contra las mujeres es un asunto de índole privada y deja a criterio de la afectada la opción de iniciar una acción penal. Si se trata de reflexionar acerca de la víctima, para estos casos, la ley concibe a una mujer con capacidad de decidir de manera autónoma y libre si inicia una acción penal. En el momento de tomar esa decisión, la afectada deberá considerar si cede frente a la posibilidad de exponerse a una segunda victimización, aceptando que el proceso destinado a hacer efectivo su reclamo pueda duplicar su perjuicio³⁴.

Llamativamente, el legislador no solo ha mantenido a los delitos contra la integridad sexual bajo un régimen de instancia privada, sino que además ha creado un instrumento que permite evadir de pena al autor de una violación: el instituto del avenimiento. De acuerdo con lo establecido en el artículo 132, CPN³⁵, el delito de abuso sexual agravado con acceso carnal es el único hecho que, bajo determinadas condiciones, permite un mecanismo de composición entre la víctima y el agre-

la intimidad de la víctima, ver el argumento tradicional presentado por Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, p. 530.

³⁴ Al respecto se ha dicho que es contradictorio pretender que las mujeres reviertan la situación de control a la que están sometidas, a través del sometimiento al sistema de justicia penal que puede ser igualmente violento. Cfr. Mills, Linda G., *Killing her Softly: Intimate Abuse and the Violence of State Intervention*, en "Harvard Law Review", N° 13, 1999, ps. 555 y ss.

³⁵ El artículo 132, CPN, establece: "En los delitos previstos en los artículos 119, 1º, 2º y 3º párrafos; 120, 1º párrafo; y 130 la víctima podrá instar el ejercicio de la ac-

ción penal pública con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas. Si ella fuere mayor de dieciséis años podrá proponer un avenimiento con el imputado. El Tribunal podrá excepcionalmente aceptar la propuesta que haya sido libremente formulada y en condiciones de plena igualdad, cuando, en consideración a la especial y comprobada relación afectiva preexistente, considere que es un modo más equitativo de armonizar el conflicto con mejor resguardo del interés de la víctima. En tal caso la acción penal quedará extinguida; o en el mismo supuesto también podrá disponer la aplicación al caso de lo dispuesto por los artículos 76 *tert* y 76 *quater* del Código Penal".

sor. Cumplidos los requisitos de esta norma, el delito se asimila a un delito de acción privada, porque la opción de recurrir a este instituto convierte a la voluntad de la víctima en la llave que regula la persecución estatal.

Sobre el avenimiento se ha sostenido: “nadie garantiza a la víctima su ‘libertad’ (...) de proponer –habrá tantas fuentes de presión sobre ella como las que el denunciado consiga convocar para convencerla de que modifique su actitud–, ni su ‘condición de igualdad’ –una falacia cuando hay un proceso crónico de victimización–, porque en una relación de victimización prolongada existe un desequilibrio de poderes invisible pero real y consolidado: desequilibrio y falta de libertad –presiones– que el medio social suele consistentemente reforzar. Que en este contexto los jueces aparezcan garantizando la libertad de la víctima de proponer un avenimiento, o la condición de igualdad de la víctima de una violación en una ‘negociación’, es francamente una canallada y una hipocresía”³⁶.

Al igual que otros institutos ideados recientemente en el marco de las legislaciones provinciales³⁷, estos mecanismos

³⁶ Cfr. Pluis, Liliana, *Cambio Social, Cambio Legal. En torno a la reforma del Título “Delitos contra la Honestidad” del Código Penal Argentino, hoy “Delitos contra la Integridad Sexual”*, en “Plenario”, edición electrónica, marzo 2000, disponible en www.aaba.org.ar/ple00307.htm#21b, visitada por última vez el 28 de marzo de 2007.

³⁷ El Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires también habilita mecanismos de composición entre la víctima y el agresor, en principio, para cualquier delito investigado. El artículo 56 establece: “Criterios especiales de archivo. El Ministerio Público Fiscal podrá archivar las actuaciones respecto de uno o varios de los hechos imputados, o de uno o más participes, en los siguientes supuestos: a) Cuando la afectación del bien jurídico o el aporte del imputado en el hecho fuera insignificante y siempre que la pena máxima del delito imputado no supere los 6 años de prisión, b) cuando, el daño sufrido por el imputado a consecuencia del hecho tome desproporcionalada, superflua o inapropiada la aplicación de una pena, excepto que mediaren razones de seguridad o interés público, c) cuando la pena en expectativa carezca de relevancia en consideración a las de los otros delitos imputados. Para aplicar estos criterios a un imputado, se considerará especialmente la composición con la víctima. El imputado deberá acreditar haber reparado el daño ocasionado o expresar la posibilidad de hacerlo. A tales fines, se convocará a una audiencia en la que aquél deberá ser asistido por su Defensor. El archivo deberá ser motivado y podrá estar sujeto a condiciones. El particular damnificado o la víctima serán notificados y podrán impugnar el archivo conforme al artículo 83 inc. 8. Sin perjuicio de lo anterior también el Fiscal General podrá proceder de oficio a la revisión de la razonabilidad y legalidad del archivo, para lo cual resultará obliga-

toria la comunicación”. Por su parte, el art. 323, inc. 7, dispone: “En los casos de archivo sujeto a condiciones, una vez cumplidas las mismas, el juez de garantías, a pedido del Fiscal, podrá transformar el archivo en sobreseimiento. Si el pedido lo efectuare el imputado se deberá correr vista del mismo al fiscal, y si éste sostuviere ese pedido se procederá conforme lo indicado precedentemente”. Paralelamente, la ley de Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires, a través de su art. 38, autoriza a los fiscales a utilizar mecanismos alternativos de conciliación y mediación cuando ésta sea la vía más adecuada para la solución de los conflictos. Adicionalmente, también en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, en función de lo regulado por la ley 13.433, los casos de violencia contra las mujeres dentro del ámbito intrafamiliar –con excepción de los homicidios– son considerados como especialmente susceptibles de ser sometidos al régimen de mediación. El art. 6 de dicha norma establece: “Casos en los que procede. La Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos departamental deberá tomar intervención en cada caso en que los Agentes Fiscales deriven una Investigación Penal Preparatoria, siempre que se trate de causas correccionales. Sin perjuicio de lo anterior, se consideran casos especialmente susceptibles de sometimiento al presente régimen:

gimen: a) Causas vinculadas con hechos suscitados por motivos de familia, convivencia o vecindad. b) Causas cuyo conflicto es de contenido patrimonial. En caso de causas en las que concurren delitos, podrán tramitarse por el presente procedimiento, siempre que la pena máxima no excediese de seis años. No procederá el trámite de la mediación penal en aquellas causas que: a) La o las víctimas fueran personas menores de edad, con excepción de las seguidas en orden a las Leyes 13.944 y 24.270. b) Los imputados sean funcionarios públicos, siempre que los hechos denunciados hayan sido cometidos en ejercicio o en ocasión de la función pública. c) Causas dolosas relativas a delitos previstos en el Libro Segundo del Código Penal, Título 1 (Capítulo 1 - Delitos contra la vida); Título 3 (Delitos contra la integridad sexual); Título 6 (Capítulo 2 - Robo). d) Título 10 (Delitos contra los Poderes Públicos y el orden constitucional). No se admitirá una nueva medición penal respecto de quien hubiese incumplido un acuerdo en un trámite anterior, o no haya transcurrido un mínimo de cinco años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflictos penal en otra investigación. A los fines de garantizar la igualdad ante la ley, el Ministerio Público deberá arbitrar mecanismos tendientes a unificar el criterio de aplicación del presente régimen”.

de composición depositan en la mujer la responsabilidad de castigar al agresor. Así se habilita un cierto margen de negociación bajo reglas que no están claramente definidas. Si se tiene en cuenta que se trata de mujeres que padecen la violencia, resulta difícil evaluar el tipo de acercamiento que la norma propone, pues se promueven concesiones mutuas en un contexto en el que a la víctima no se le debería exigir ninguna concesión. Si la violencia dentro de la pareja es una forma de establecer el control sobre la agredida, quizás sea difícil modificar ese esquema en el marco de estos procedimientos, sobre todo cuando la falta absoluta de juridicidad, más que otorgar mayor autonomía a la mujer, sobredimensiona sus capacidades de negociación. Los estudios sobre contextos de conciliación han señalado el interés de los agresores por monopolizar el discurso, interrumpir a los otros intervenientes y recurrir a diferentes mecanismos de intimidación para hacer valer sus argumentos. También se ha puesto de manifiesto que, como contrapartida, las agredidas tratan de calmar a sus agresores en lugar de reaccionar contra sus formas de mantener el control³⁸.

Resulta así que nuestro sistema de justicia penal aborda la violencia contra las mujeres de manera ambivalente, regulando los procesos según dos esquemas de acción que tienen implicancias contradictorias. Para una clase de hechos –las lesiones graves y gravísimas, las amenazas, entre otros–, la ley asume a la violencia como un asunto de interés público y concibe a la mujer como un sujeto vulnerable que no puede decidir sobre la conveniencia de iniciar un proceso penal³⁹. Para otros casos –paradójicamente los más graves⁴⁰–, la ley asume que la violencia es un asunto privado y concibe a la mujer con capacidad de decidir libremente sobre el inicio de un proceso y, en algunos supuestos, sobre la pertinencia de no castigar al agresor.

Las contradicciones apuntadas deberían ser tenidas en cuenta por el legislador. Si bien podría argumentarse que no es el sistema de acción penal lo determinante para la protección de los derechos de las mujeres –en razón de que el Estado debería trabajar para proveer a las víctimas de las condiciones de seguridad para que puedan denunciar y transitar el proceso sin presiones–, lo cierto es que cuando como regla general se opta por un sistema de acción penal pública, y cuando las mujeres son sometidas a una segunda victimización si denuncian los hechos que las damnifican, mantener en paralelo un sistema de instancia privada resulta funcional para la protección de los agresores. Piénsese, por ejemplo, en la vulnerabilidad de las personas que denuncian hechos de violencia policial: el temor a las represalias y la falta de protección adecuada para las víctimas seguramente operarán como disuasivos para la realización de una denuncia. Para estos casos, el establecimiento de un régimen de iniciación de la acción a través de la instancia de parte jugará a favor de los agresores y en detrimento de las víctimas.

³⁸ Al respecto, cfr. Krieger, Sarah, *The Dangers of Mediation in Domestic Violence Cases*, en “Cardozo Women’s Law Journal”, Nº 8, 2002, p. 244.

³⁹ Se da así el caso paradójico de que una mujer violada y luego amenazada, podría impedir que se llevara adelante un proceso por el primer delito pero no por el segundo. Incluso se registran procesos en los que a instancias de la actuación de un Fiscal de instrucción, la violación cometida mediante la amenaza con un arma de fuego quedó reducida a este último tramo de acción cuando citada nuevamente luego de haber realizado la denuncia de lo ocurrido fue “preguntada si desea instar la acción penal”, y la mujer contestó que no. Cfr. Juzgado Correccional Nº 1 de San Isidro, expte. 0853/03.

⁴⁰ Estoy haciendo referencia al delito de abuso sexual agravado.

En síntesis, tal como está planteada, la ley civil refuerza la concepción de la violencia como un asunto de índole privada. Esto así en razón de que, por un lado, regula un proceso de parte con la exigencia de asesoramiento jurídico, pero por el otro, el Estado no brinda las herramientas jurídicas para que dicho recurso sea accesible a la generalidad. Por su parte, la legislación penal aborda la violencia contra las mujeres de manera contradictoria, en algunos casos, asumiendo que se trata de un asunto público, pero en otros supuestos dejando sujeta en manos de la víctima la decisión de activar la persecución penal.

⁴¹ Respecto de las medidas cautelares, se ha iniciado un debate en punto a su condición de cautelares o autosatisfactivas. Al respecto se ha dicho: "La nota que las diferencia radica en que los caracteres de provisionalidad e instrumentalidad propios de las medidas cautelares se hallan ausentes en las autosatisfactivas. Es que éstas no dependen de un proceso principal, sino que satisfacen por sí mismas a la parte que ha obtenido su dictado, pudiendo entonces darse por satisfecha la pretensión y concluir allí mismo el proceso. Hay que destacar aquí, que la medida es de carácter definitivo, y hace cosa juzgada, justamente por su carácter autosatisfactivo, y por ello no basta para su procedencia la mera verosimilitud del derecho, sino que exista una fuerte probabilidad de que los planteos sean atendibles. En concordancia con lo expuesto, las medidas autosatisfactivas se van imponiendo en la jurisprudencia como respuesta a la necesidad de urgencia de los justiciables, existiendo ya resoluciones respecto a medidas de las que prevé la ley 24.417, dictadas con carácter definitivo. Así, se han decretado la exclusión y prohibición de acercamiento del denunciado al domicilio de la víctima, con tal carácter concluyente". Cfr. Braga Menéndez, Miguel, *La violencia familiar. Análisis jurídico-social de un problema de actualidad*, en "La Ley", 2/10/2003.

⁴² Cfr. Rodríguez, *Violencia de género: una violación a los derechos humanos de las mujeres*, cit.

⁴³ Entre otros, cfr. Lamberti y Sánchez, *Régimen Jurídico de la Violencia Familiar. El sistema de la ley 24.417 y su decreto reglamentario 235/96*, cit., p. 71. En el mismo sentido, cfr. Aón, Lucas, *Una valoración de la ley de protección contra la violencia familiar*, en Lamberti, Sánchez y Viar (comps.), *Violencia familiar y abuso sexual*, cit., p. 82. Para un detalle de otras

IV. Las medidas de protección

En los procedimientos donde se denuncian hechos constitutivos de violencia contra las mujeres –y especialmente en los casos de violencia intrafamiliar–, las mujeres que recurren a la justicia pretenden obtener una respuesta que ponga fin a la violencia a la cual están expuestas. En consecuencia, es sumamente importante brindar la protección necesaria desde el inicio del proceso para garantizar la seguridad de la afectada, incluso para prevenir las amenazas o incluso la reiteración de los ataques.

En cuanto a las medidas cautelares, tanto la ley 24.417 como el Código Procesal Penal de la Nación establecen algunas pautas a tener en cuenta. En el proceso civil las medidas cautelares pueden ser dictadas sin tener que citar al agresor, pero siempre que esté acreditada la verosimilitud de los hechos y del derecho, y la urgencia de la medida⁴¹. Se ha cuestionado que la ley es escueta en la enumeración de las eventuales medidas de protección –la exclusión del hogar del agresor, el reintegro al hogar por parte de quien debió abandonarlo por razones de seguridad, la fijación de una cuota de alimentos, la tenencia de los hijos y un régimen de visitas, la prohibición de acceso a determinados lugares– y se ha reclamado la inclusión de la proscripción de contacto telefónico y postal, el secuestro de las armas que tuviera, entre otras⁴². Sin embargo, contra esta crítica se ha afirmado que la enunciación legal no es taxativa, por lo que los jueces podrían adoptar otras medidas no especificadas por la ley⁴³.

Independientemente del contenido asignado a las medidas cautelares, otra cuestión a tener en cuenta es el tiempo en el cual se toman estas decisiones. Estudios realizados en los

medidas cautelares adoptadas en los procedimientos civiles, cfr. Lamberti, Silvio y Viar, Juan Pablo M., *Ley 24417 de protección contra la violencia familiar. Jurispru-*

dencia de los años 1995-1999 del Juzgado Nacional en lo Civil nº 25, en Lamberti, Sánchez y Viar (comps.), *Violencia familiar y abuso sexual*, cit., ps. 321 y ss.

procesos civiles han concluido que no se adoptan con la urgencia requerida, hecho que origina una alta deserción de las víctimas⁴⁴. En este sentido, el régimen civil en materia de medidas cautelares dista de ser el ideal.

En el marco del procedimiento penal, los jueces que intervienen en la etapa de la instrucción están facultados a disponer que el imputado no concurra a determinado sitio o incluso a ordenar la exclusión del hogar, siempre que se esté investigando la comisión de un delito contra las personas, contra la integridad sexual o contra la libertad cometido dentro de un grupo familiar conviviente y se presuma que las agresiones pueden repetirse⁴⁵. La medida está regulada para el momento en que el juez dicta el auto de procesamiento, por lo que se requiere, en primer lugar, que el proceso haya avanzado significativamente hasta ese estadio procesal y, en segundo término, que exista un grado de sospecha importante respecto del accionar del imputado. De la manera en la que está regulado, y en razón de que los tiempos del proceso penal son largos y el estándar probatorio exigido es elevado, la posibilidad de que se adopten estas medidas cautelares es incierta. En consecuencia, en los procesos penales, las cautelares a dictar no solo son insuficientes en cuanto a su extensión –no se prevén medidas como, por ejemplo, el secuestro de armas– sino que además son de muy difícil aplicación, lo que pone en evidencia lo poco atractivo del derecho penal para dar una solución inmediata al problema.

Pero más allá de las características de las medidas cautelares, la violencia contra las mujeres también exige que en el marco de los procedimientos, ya sean civiles o penales, se adopten otras medidas de protección. Para estos casos es importante contar, por un lado, con servicios de emergencia que provean atención médica y asesoramiento jurídico inmediato en el momento del ataque, y por el otro, con redes de apoyo que brinden contención para dar continuidad a las denuncias⁴⁶. En el ámbito de la ciudad de Buenos Aires solo existen cuatro hogares refugios dependientes de la Dirección General de la Mujer del gobierno de la ciudad de Buenos Aires, y frente a la falta de estadísticas es difícil evaluar si éstos resultan suficientes.

Otra de las cuestiones a tener en cuenta es que en el contexto de los procedimientos penales no existe un cuerpo normativo que repare en la segunda victimización de la denunciante. Por ejemplo, en los supuestos de violencia sexual, las reglas que ordenan brindar un tratamiento digno a las víctimas y testigos no siempre son suficientes para sortear las afectaciones a la intimidad⁴⁷. Para abordar estos casos, la Procuración General de la Nación ha dictado dos resoluciones mediante las cuales recomendó a los fiscales y al jefe de la Policía Federal que en los delitos de violencia sexual las víctimas sean derivadas a los hospitales Álvarez y Muñiz donde existe un protocolo para su atención⁴⁸. Por su parte, la Oficina de Aten-

⁴⁴ Cfr. Pastorino, *Trabajo presentado para UNICEF Argentina*, cit.

⁴⁵ Cfr. el art. 310, CPP Nación.

⁴⁶ En el mismo sentido, cfr. Birgin y Kohnen, *Justicia y género, una experiencia en la ciudad de Buenos Aires*, cit., p. 251.

⁴⁷ El Código Procesal Penal ordena que las víctimas y testigos reciban un trato digno (cfr. los arts. 71 a 89, CPP Nación), pero ésta es solo una enunciación formal de derechos que no se refleja en la realidad. En el mismo sentido, cfr. Pluis, Liliana, *Víctimas: transeúntes de incógnito en la escena penal*, en Lamberti, Sánchez y Viar (comps.), *Violencia familiar y abuso sexual*, cit., ps. 227 y ss. Sobre las afectaciones al derecho a la intimidad en los procesos por violación, cfr. Di Corleto, *Los límites a la prueba del consentimiento en el delito de violación*, citada.

⁴⁸ Se trata de las resoluciones PGN 126/04 y 140/04. Desde la Procuración General de la Nación, a través de la Resolución PGN 63/05, se ha creado la Unidad Fiscal para la Investigación de Delitos contra la Integridad Sexual, Trata de Personas y Prostitución Infantil.

ción a la Víctima de la Procuración recomienda que no se profundice la victimización, sugiere que no se las caree con el agresor y que antes de fomentar la firma de un acuerdo de juicio abreviado se consulte a la damnificada⁴⁹. De todos modos, estas iniciativas no tienen carácter obligatorio por lo que su cumplimiento queda sujeto a la discrecionalidad del funcionario interviniente.

En síntesis, mientras en los procedimientos civiles las medidas cautelares no se aplican con la premura requerida, en los procesos penales éstas no están reguladas de una manera que resguarde a la víctima. Por lo demás, en la actualidad los programas asistenciales y otras medidas de protección que podrían aliviar el tránsito durante los procedimientos no siempre son suficientes.

V. ¿Un problema de definiciones?

La percepción que las mujeres tienen de la violencia no siempre se condice con aquello que establece el legislador. Esto sucede tanto con relación a la violencia en términos generales, como respecto de aquella que se desencadena en el ámbito de la familia. Estas dificultades constituyen desafíos a la hora de definir en términos jurídicos los hechos que serán considerados como agraviantes para las mujeres, especialmente en materia penal.

En el ámbito civil, los hechos definidos por la ley como configurativos de violencia son las lesiones y el maltrato físico y psíquico. En cuanto al primero, es clara la remisión al artículo 89 del Código Penal; en cuanto al segundo, el término es lo suficientemente amplio como para abarcar conductas que hacen al abandono emocional o que directa o indirectamente afectan el desarrollo personal y social de quien está sometida a violencia⁵⁰. A pesar de esta pretendida amplitud, la ley civil no contempla la diversidad de agresiones que pueden darse dentro del ámbito doméstico, espacio al cual está referida su actuación⁵¹. Por otra parte, la ley debería cubrir no solo las relaciones matrimoniales y las uniones de hecho, sino también otro tipo de relaciones interpersonales, como los vínculos entre ex convivientes o novios⁵². Idealmente, si se tuviera en cuenta la definición de violencia que establece la Convención de Belem do Pará, la ley civil debería ampliar su espectro de intervención en el ámbito doméstico y extender su aplicación al ámbito público⁵³. Algunos precedentes judiciales han recu-

⁴⁹ Al respecto, cfr. Rodríguez, Marcela (dir.), *Reformas judiciales, acceso a la justicia y género*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.

⁵⁰ Cfr. Lamberti y Sánchez, *Régimen Jurídico de la Violencia Familiar. El sistema de la ley 24.417 y su decreto reglamentario 235/96*, cit., p. 64.

⁵¹ Cfr. Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, *Informe sobre género y derechos humanos. Vigencia y respeto de los derechos de las mujeres en Argentina*, cit. Allí se reseñan las definiciones legales existentes en las leyes sancionadas en nuestro país. Se destacan como innovadoras la ley de la provincia de Buenos Aires, Neuquén, Jujuy y Mendoza que incluyen específicamente la violencia sexual. Entre las legislaciones provinciales sobresale la ley 6.580 de la provincia de La Rioja, donde la violencia familiar se define como “toda compulsión moral o psíquica, o fuerza física, ejercida sobre una persona o sus derechos, ya sea con finalidad lesiva, para quebrantar o paralizar su voluntad, o para motivarla en determinado sentido. Toda conducta abusiva que por acción u omisión ocasionare daño físico, sexual, financiero y/o psicológico en forma permanente o cíclica”.

⁵² Cfr. Rodríguez, *Violencia de género: una violación a los derechos humanos de las mujeres*, citada.

⁵³ Cfr. Rodríguez, *Violencia de género: una violación a los derechos humanos de las mujeres*, cit. El artículo 1 de la Convención de Belem do Pará define como violencia “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause su muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. En el art. 2 agrega: “se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual, y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal,

ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato, y abuso sexual; b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso

sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar; y c) que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra”.

rrido a la aplicación directa de este instrumento, una solución que zanja la necesidad de una reforma inmediata de la ley 24.417⁵⁴.

La definición de violencia contra las mujeres no es solo problemática en el ámbito civil. En el campo del derecho penal, es particularmente llamativa la falta de correlación entre el abuso sufrido por las mujeres y el abuso tipificado criminalmente. En muchos casos, la legislación o las interpretaciones que de ella se hacen niegan las experiencias de las víctimas. Esto no significa que siempre es posible construir una enunciación legal adecuada ya que la rigidez de las definiciones penales constituye un verdadero reto para concretar una fórmula que aprehenda los daños que produce la violencia.

Una situación que ejemplifica las dificultades del legislador en aprehender el significado de la violencia de género es lo que sucede con el proyecto que pretende tipificar el acoso sexual⁵⁵. El proyecto en cuestión prevé la tipificación del acoso sexual según la siguiente fórmula: "... el que abusando de una relación de superioridad jerárquica, laboral, docente o de índole similar, efectuare un requerimiento de carácter sexual, para sí o para un tercero, bajo la amenaza de causar a la víctima, en caso de no acceder, un daño en el ámbito de esa relación". No solo resulta problemática la criminalización del acoso sexual⁵⁶, sino su tipificación fragmentada. En efecto, más allá de lo cuestionable que pueda resultar la penalización de esta conducta, lo llamativo es que el proyecto solo recepta una de las formas del acoso, conocida como *quid pro quo*, y exclusivamente para el caso en que se abuse de una relación jerárquica. De esta forma, quedan fuera de la descripción legal, el acoso en el marco de relaciones horizontales o la creación de un ambiente de trabajo intimidatorio, hostil o humillante.

Por otra parte, una experiencia que da cuenta de las interpretaciones que dificultan la comprensión de las agresiones contra las mujeres lo constituye lo sucedido con la reforma a los delitos contra la integridad sexual introducida por la ley 25.087 de 1998. A pesar de que con dicha reforma se pretendió modificar la percepción existente en torno a la violación, no pudo transformar los razonamientos lineales que niegan la experiencia de las mujeres. Además de redefinir los tipos penales sobre la base del concepto de consentimiento –no ya de fuerza o intimidación–, la actual redacción permite que el sexo oral forzado sea concebido como una violación. Sin embargo, en la

⁵⁴ Cfr. Cámara Nacional en lo Civil, Sala F, "M. P. c. N., E. s/medidas precautorias", rta. 13/8/1999, citado por Rodríguez, *Violencia de género: una violación a los derechos humanos de las mujeres*, cit.

⁵⁵ Fuera del ámbito penal, el acoso sexual fue receptado por el decreto 2385/93, el cual incorpora la figura del acoso sexual a la Reglamentación del Régimen Jurídico Básico de la Función Pública para el personal de la Administración Pública Central. En el Capítulo "Los Deberes y Prohibiciones", como segundo párrafo del inc. e, del art. 28, se dispone: "aclárase por coacción de otra naturaleza, entre otros, el acoso sexual, entendiéndose por tal el accionar del funcionario que con motivo o en ejercicio de sus funciones se aprovechare de una relación jerárquica induciendo a otro a acceder a sus requerimientos sexuales, haya o no acceso carnal. Las denuncias o acciones que corresponda ejercer con motivo de la presunta configuración de la conducta antes descrita podrán ejercitarse conforme el procedimiento general vigente o, a opción del agente, ante el responsable del área recursos humanos de la jurisdicción respectiva". En el ámbito laboral, el acoso sexual es contemplado a través del art. 242 de la Ley de Contrato de Trabajo. Al respecto, cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, "Perinetti Daniel Alberto c/Megagrav S.A. s/despido", rta. 4/8/2005.

⁵⁶ Entre los argumentos que se han esbozado para cuestionar la penalización del acoso sexual se destacan los que ponen en duda la capacidad disuasoria de la

sanción penal y las dificultades probatorias propias del procedimiento penal. Al respecto, cfr. Bergallo, Paola, *Algunas enseñanzas de "El lugar de trabajo higienizado"*, en "Revista Jurídica de la Universidad de Palermo", año 7, N° 1, Buenos Aires, julio 2006, ps. 223 y ss.; y Piqué, María Luisa, *Algunas reflexiones sobre el proyecto de ley para tipificar el acoso sexual*, en "Revista Jurídica de la Universidad de Palermo", año 7, N° 1, Buenos Aires, julio 2006, ps. 241 y siguientes.

jurisprudencia se ha apelado a la “tradición” para considerar que el acceso carnal es la introducción del órgano masculino por vía vaginal o anal. Bajo el ropaje de una máxima de la experiencia, se ha argumentado que: “Es así que en las fórmulas más sencillas y directas de la ley reformada, siempre se entendió que el acceso carnal o violación era equivalente a la cópula, el coito, el concubito, conjunción o unión sexual. Nunca se ha entendido (...) que el sexo oral o *fellatio* constituya [acceso carnal]”⁵⁷. Otros jueces han considerado definitorio para establecer si el sexo oral obtenido mediante violencia constituye o no “abuso sexual con acceso carnal”, si la boca es o no un vaso receptor apto para la realización del coito”⁵⁸. Éstos son ejemplos de la forma en que los delitos contra la integridad sexual han sido interpretados como si fueran irrelevantes para la construcción del concepto de violencia contra las mujeres, para la constitución de la sexualidad femenina o para la definición del lugar que ocupan las mujeres, tanto en los espacios públicos como en la familia.

Finalmente, un ejemplo de las dificultades existentes para la definición de las figuras penales que receptan la violencia contra las mujeres es lo que ocurre en relación con la violencia en el ámbito intrafamiliar. En estos supuestos, las lesiones tipificadas en nuestro Código Penal tienen poco que ver con el daño que sufren las mujeres por parte de sus parejas⁵⁹. De hecho, para capturar la esencia de la violencia en la familia, un tipo penal debería hacer alusión al sometimiento continuo de una mujer a través de agresiones verbales, sexuales, amenazas, aislamiento y coerción económica, una figura que probablemente no pase un examen de determinación legal.

En síntesis, la violencia contra las mujeres no puede recibir una única solución legal. Por el contrario, una reglamentación integral, que brinde una respuesta a las agresiones tanto en el ámbito civil como en el penal, permitirá abarcar todas las situaciones que afectan a las mujeres, saldando de esta forma las dificultades que existen en su definición, especialmente en un procedimiento punitivo.

VI. Hacia la protección de los derechos de las mujeres

La normativa civil y penal analizada prevé a la violencia contra las mujeres de manera neutral en relación con el género, desconociendo que es el resultado de relaciones históricas de distribución asimétrica del poder entre varones y mujeres. En este sentido, la legislación no reconoce que la violencia tiene su origen en las relaciones de dominación en la familia pero también en la discriminación existente en el ámbito educativo, laboral y social.

La legislación vigente presenta problemas no solo en torno a la definición de los hechos que configuran violencia de género, sino también en relación con las medidas de protección previstas en los procesos civiles y penales. Por esa razón, una correcta regulación de la violencia contra las mujeres exi-

⁵⁷ Cfr. Tribunal Oral en lo Criminal N° 1, Necochea, “Cabrera Abel E.”, rta. 23/12/2002. En similar sentido, cfr. Cám. Nac. Cas. Penal, Sala IV, “Chávez Víctor”, rta. 24/12/2003.

⁵⁸ Al respecto, cfr. Trib. Sup. Entre Ríos, “Mendoza Juan R.”, rta. 4/6/2003.

⁵⁹ A diferencia de la ley española, la ley argentina no tipifica el delito de maltratos. El art. 153, inc. 1, del Código Penal Español establece: “1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.

giría trabajar arduamente en la redefinición de los conceptos, en la implementación de medidas protectorias adecuadas y en la organización de instancias de asistencia integral para las víctimas. Pero aún más, para que la violencia de género deje de estar fuera de la injerencia estatal se requeriría complementar la estrategia del litigio individual a través de la incorporación de una política pública que involucre a otros actores que intervengan en su prevención⁶⁰. La erradicación de las jerarquías sexuales requiere, entre otras medidas, la intervención activa del sistema educativo y la fiscalización de los medios de comunicación frente a mensajes o publicidades sexistas.

El análisis de la legislación conduce a marcar la necesidad de una ley integral que aborde el problema en profundidad, que conciba tanto a la violencia de género, como a las mujeres que la padecen, no sobre la base de una falsa igualdad, sino como el producto directo de una situación de discriminación.

60 Cfr. nota 16.

La defensa ante el Tribunal Penal Internacional

Julián Horacio Langevin*

I. Introducción

El Tratado de creación del Tribunal Penal Internacional (TPI), conocido como Estatuto de Roma, entró en vigor el 1 de julio de 2002. La República Argentina fue uno de los primeros países en ratificarlo¹, y dictó posteriormente las normas internas de aprobación (ley 25.390²), de acuerdo con los privilegios e inmunidades de la Corte Penal Internacional (ley 26.193³) y de implementación del Estatuto⁴ (ley 26.200⁵). Ha despertado una enorme expectativa en atención a la competencia de la Corte, limitada a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, que son el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión –una vez que sea definido– (art. 5, Estatuto). Las penas aplicables respecto de esos crímenes son la reclusión por un número determinado de años que no excede a 30 años; o la reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado, pudiendo además imponer multa, decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen (art. 77, Estatuto)⁶. Dentro de ese marco institucional tan amplio, el objeto del presente trabajo versa exclusivamente sobre la instrumentación del derecho de defensa ante ese Tribunal, sin perjuicio de ciertas precisiones tangenciales a esa materia. Según la información oficial proporcionada por el organismo jurisdiccional internacional⁷, la Defensa es un componente cla-

* Defensor Público Oficial ante los Tribunales Orales en lo Criminal Nº 7.

¹ La ratificación data del 8/1/1999.

² Publicada en el Boletín Oficial del 23/1/2001.

³ BO del 27/12/2006.

⁴ Cf. Álvarez, *The Implementation of the ICC Statute in Argentina*.

⁵ BO del 9/1/2007.

⁶ La ley 26.200 trató de precisar los alcances punitivos, estableciendo que toda vez que el Estatuto de Roma hace referencia a reclusión como una especie de pena, debe entenderse prisión (art. 7). Para los casos de genocidio, dispone que la pena aplicable es de 5 a 25 años de prisión. Si ocurre la muerte, la pena será de prisión perpetua (art. 8). En los casos previstos en el art. 7 del Estatuto de Roma, la pena aplicable es de 3 a 25 años de prisión. Si ocurre la muerte, la pena será de prisión perpetua (art. 9). En los casos de crímenes de guerra la pena aplicable es de 3 a 25 años de prisión. Si ocurre la muerte, la pena será de prisión perpetua. Además, interpreta que cuando el Estatuto de Roma se refiere a reclutar o alistar niños menores de 15 años, la República Argentina entenderá que se trata de menores de 18 años. Y cuando el Estatuto de Roma se refiere a hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método

de hacer la guerra, previsto como tipo de violación grave de la ley y uso aplicable en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, la República Argentina lo hará extensivo a conflictos armados de cualquier naturaleza (art. 10). En orden a la aplicable para los delitos mencionados, dispone finalmente que en ningún caso podrá ser inferior a la que le pudiera corresponder si fuera condenado por las normas dispuestas en el Código Penal de la Nación (art. 12). Estas aclaraciones le-

gislativas dejan al descubierto las disparatadas y desproporcionadas escalas penales dispuestas por las últimas reformas penales para los delitos comunes. Dos robos con armas de fuego tienen una escala máxima de 40 años de prisión, elevándose a 50 años si fueran tres robos de esa clase (arts. 55 y 166, inc. 2, CP), mientras que los crímenes más graves para la comunidad internacional tienen como tope máximo para penas divisibles 25 años de prisión.

⁷ Ver www.icc-cpi.int (2007).

ve en cualquier juicio ya que representa los intereses del acusado en la Sala de Audiencias y asiste a otras personas con derecho a asistencia legal bajo el Estatuto de Roma y las Reglas de Procedimiento y Prueba, en particular de personas investigadas por el Fiscal debido a la existencia de motivos para creer que han cometido un crimen dentro de la jurisdicción de la Corte. Dos premisas básicas se deben tener en cuenta. Primero, el Estatuto de Roma establece que las personas acusadas se presumen inocentes hasta que su culpabilidad haya sido probada (art. 66.1). Segundo, los derechos del acusado se encuentran en un pie de igualdad respecto de los correspondientes a la Fiscalía. Esta igualdad es de extrema importancia cuando la Defensa interviene en la dirección de las investigaciones de los crímenes, como así también cuando lo hace desde la óptica del acusado para ser oída por la Corte. En consecuencia, aparece como vital el aseguramiento de la igualdad de armas entre la Fiscalía y la Defensa en interés de que un juicio justo pueda ser alcanzado, ya que la aspiración de la Comunidad Internacional de proteger los derechos humanos fundamentales de las víctimas y administrar justicia solamente puede ser promovida si todas las partes son provistas con iguales oportunidades para probar o contraprobar alegaciones de una manera justa y justificable.

II. Organización

Las Reglas de Procedimiento y Prueba encomiendan al Secretario la realización de las medidas necesarias para asegurar que los derechos de la defensa sean completamente respetados en los intereses de un juicio justo como fuera definido por el Estatuto del Roma. Este deber general comprende varias obligaciones, que incluyen no solamente la obligación de asegurar la independencia del defensor (regla 20.2), sino también las siguientes: a) facilitar la protección de la confidencialidad (regla 20.1.a); b) prestar apoyo en la obtención de asesoramiento jurídico y asistencia del defensor (regla 20.1.c); c) establecer criterios y procedimientos para la asignación de la asistencia legal (regla 21.1); y d) proveer asistencia legal pagada por la Corte, cuando la persona carezca de medios suficientes para pagarla (art. 67.1.d).

También se prevén equipos de defensa para: 1) preparar una propuesta de Código de Conducta Profesional del Defensor (regla 8); esta tarea fue realizada, ya que ese código fue aprobado por la Asamblea de Estados Parte; 2) crear y mantener una lista de defensores (regla 21.2); y 3) crear una Oficina de Defensa Pública (regulación 77), lo que también fue cumplido conforme se observará más adelante. La última norma citada establece que las tareas de esta oficina incluirán la representación y protección de los derechos de la defensa durante las etapas iniciales de la investigación. La Oficina de la Defensa Pública también proveerá asistencia a las personas nominadas con derecho a asistencia legal. Específicamente debe

proveer soporte, asistencia e información para todos los defensores (regla 20.1.b), como así también a los investigadores profesionales, de modo tal que la defensa pueda ser conducida de manera eficiente y efectiva (regla 20.1.b). Igualmente debe facilitar a la defensa todo lo necesario para que pueda cumplir cabalmente sus obligaciones (regla 2.1.e), como así también informar y proveer entrenamiento en las normas del Estatuto y las Reglas (regla 20.1.f). Con respecto a otros órganos de la Corte, también debe dar asesoramiento jurídico al Fiscal y las Salas en cuestiones relacionadas con la defensa (regla 20.1.d).

En enero de 2004, la Secretaría invitó a las personas interesadas en orden a establecer una lista de defensores, tal como lo requiere la regla 21.2 de las Reglas de Procedimiento y Prueba: “El Secretario creará y mantendrá una lista de defensores que reunan los *criterios* establecidos en la regla 22 y las Regulaciones. La persona elegirá libremente su defensor o defensora de esta lista o de otro defensor que acredite los mismos recaudos y su voluntad de ser incluido en la lista”. Con la adopción de las Regulaciones de la Corte, en mayo 2004, la lista provisional se convirtió en completamente efectiva. En septiembre de 2006, de las 305 personas que hubieron expresado su interés en ser incluidas en la lista, 169 fueron admitidas para actuar como defensores ante la ICC.

En orden a las calificaciones exigidas para ser abogado defensor, la Secretaría revisa las solicitudes recibidas para establecer si son admisibles, de conformidad con las previsiones relevantes de las Reglas de Procedimiento y Prueba y las Regulaciones de la Corte. La Defensa deberá tener (regla 22.1): 1) competencia establecida en derecho internacional o derecho penal y procedimientos; 2) la necesaria y relevante experiencia en procedimientos penales, como juez, fiscal, abogado u otra capacitación similar; 3) excelente y fluido conocimiento de al menos una de las lenguas de trabajo de la Corte; 4) la necesaria y relevante experiencia como defensor como fuera descrita en la regla 22, de al menos diez años (regulación 67); 4) el Defensor no debe haber sido condenado por una seria ofensa criminal o una ofensa disciplinaria considerada incompatible con la naturaleza de la Oficina del

Defensor ante la Corte (regulación 67); y 5) el Defensor puede ser asistido por otras personas con relevante experticia, incluyendo profesores de derecho (regla 22.1).

La Regulación 4 establece que un representante de los defensores elegido de la lista de defensores, integrará el “Comité de Asesoramiento en Textos Legales”. Los Defensores agregados en esta lista pueden ser llamados en cualquier tiempo para proveer asistencia legal en relación a los procedimientos ante la Corte para las concernientes personas. Sus conductas ante la Corte están gobernadas por el ya citado “Código de Conducta Profesional para el Defensor”. El 8 de diciembre de 2006, de acuerdo con los artículos 36 y 44 de ese código, los miembros del Consejo Disciplinario y los representantes de los Defensores en el Consejo Disciplinario de Apelaciones del TPI fueron integrados en la primera de tales elecciones organizadas por la Secretaría.

De conformidad con la regulación 125, parágrafo 1 de las Regulaciones de la Secretaría, fue creada una lista de asistentes del Consejero Legal. Éstos deben poseer los requisitos de calificación estipulados por la Regulación 124, que consisten en cinco (5) años de relevante experiencia en procedimientos penales, o específica competencia en derecho internacional o derecho penal y procedimientos, pudiendo ser llamados en cualquier momento por la Defensa, por los representantes legales de las víctimas o por una persona que se represente a sí misma, para proveer legal asistencia/experticia en relación a los procedimientos ante la Corte. También cuenta con una lista de investigadores profesionales, que deben tener las calificaciones estipuladas por la Regulación 137.2, es decir: competencia establecida en derecho internacional o derecho penal y procedimientos de por lo menos diez (10) años de relevante experiencia en trabajos investigativos en procedimientos criminal a nivel nacional e internacional. Los candidatos deben tener además un excelente y fluido manejo de al menos uno de los lenguajes de trabajo de la Corte, pudiendo ser llamados en cualquier momento por las ya citadas personas con derecho a asistencia legal para proveer asistencia/experticia legal en relación a los procedimientos ante la Corte.

Además, uno de los más importantes objetivos de la Secretaría es facilitar consultas con la profesión legal. De acuerdo con la regla 20.3 de las Reglas de Procedimiento y Prueba: “Para propósitos tales como el gerenciamiento de la asistencia legal en concordancia con la regla 21 y el desarrollo del Código de Conducta Profesional de acuerdo con la regla 8, el Secretario podrá consultar con cualquier cuerpo independiente de defensores o asociaciones legales, incluyendo cualquier cuerpo representativo de defensores o asociaciones legales que pueda ser facilitado por la Asamblea de Estados Parte”. Las consultas son un camino de interrelación entre la Corte y la profesión legal y permite el entendimiento de las necesidades y las incumbencias de la profesión. Desde enero de 2003, el Secretario ha venido conduciendo consultas regulares, en diferentes y variadas formas, en varias cuestiones de defensa, tales como El Código de Conducta Profesional para el Defensor, el rol del defensor ante la Corte, los derechos del acusado y la propuesta para un sistema de asistencia legal.

III. La experiencia de Sierra Leona

Resulta especialmente interesante como antecedente la experiencia del sistema de defensa ante el Tribunal Internacional Especial de Sierra Leona. Según Thompson y Staggs⁸, uno de los rasgos más notables de ese Tribunal es la creación de una oficina permanente de la Defensa Oficial, específicamente establecida para asegurar los derechos de los sospechosos y personas acusadas ante esa Corte. En muchos aspectos representa un gran logro pero, en particular, deja al descubierto la necesidad de mecanismos de supervisión para verificar el aseguramiento de un juicio justo. Doctrinariamente fue calificada como novel, innovativa y única, en comparación con la actuación de las defensas oficiales ante los Tribunales Internacionales *ad hoc* de Yugoslavia, Ruanda y Timor, apareciendo como un modelo a seguir en la implementación del sistema de defensa ante Tribunales Internacionales. Sin embargo, pudieron detectarse ciertas deficiencias que necesitan ser corregidas, entre las cuales se destacan la falta de recursos adecuados que puede tornar ilusoria la pretendida igualdad de armas; la falta de control de parte del Defensor Principal sobre el presupuesto de la oficina, que se limita al lobby que pueda ejercer sobre la Secretaría del Tribunal, que es quien realmente maneja los fondos; la falta de reglas claras sobre la relación entre los miembros de la Oficina de Defensa y el acusado, en vista de la relación entre el acusado y el defensor asignado; el corte de comunicación entre la oficina de Defensa Oficial y el defensor asignado; y la falta de una adecuada provisión de los recursos de asistencia jurídica durante la etapa del juicio, imprescindibles para asegurar las facilidades adecuadas para la preparación de la defensa.

Inicialmente la oficina nació como un “cuarto pilar” de la Corte, de acuerdo a la sugerencia del juez Robertson que pro-

⁸ Cf. Thompson y Staggs, *The defence office at the Special Court for Sierra Leone: a critical perspective*.

puso el modelo de la “Defensa Pública”, concepción que le hubiera permitido actuar de forma independiente. Sin embargo, esa postura fue matizada con recientes pronunciamientos del mismo Tribunal, que le asignó meras funciones administrativas y la ubicó como una suboficina de la Secretaría de la Corte. Esta situación provoca conflictos que actualmente se discuten, por lo que esa experiencia tornó necesario la adopción de ciertas medidas, a saber: el establecimiento de la independencia de la oficina de defensa pública en el estatuto del Tribunal; la delimitación en las reglas de procedimiento y prueba de las responsabilidades del Defensor Principal, en especial aclarando que no pueden existir conflictos entre el Defensor Principal y el acusado, y el defensor designado y el acusado; la inclusión del presupuesto para la Oficina de la Defensa Oficial desde el inicio; la delineación precisa de las funciones administrativas y las de investigación legal.

Es obvio que para mantener respeto en la comunidad internacional y para adherir a los principios de justicia y las reglas de derecho internacional los tribunales no pueden ser meramente creados para condenar. Como fue resaltado por miembros de varios tribunales internacionales, se considera que el acusado se presume culpable por el público incluso antes de que el juicio haya comenzado. La necesidad de una defensa capaz y creíble no puede ser dejada de lado en este contexto. Con claridad se observa la dicotomía entre la percepción nacional e internacional, que suele estar dividida entre considerar al acusado como un héroe nacional o un criminal de guerra, tornando, de ese modo, al juicio en algo muy controversial y necesitado de un balance de los argumentos legales a favor y en contra. Thompson y Staggs distinguen, erróneamente a mi juicio, entre un modelo de “Legal Aid”, que consiste en mantener y actualizar una lista de calificados defensores que pueden ser asignados al indigente acusado, y otro sistema de “defensor público”, donde un abogado permanente representa a todos los acusados en cada uno de los juicios que se presentan al Tribunal. Aunque pueda entenderse que sólo se trata de una diferencia de denominaciones, conviene aclarar que en ambos casos el sistema es de defensa pública, no cambiando su naturaleza por la permanencia, ya que la integración de la lista en el primer caso también es permanente. Tampoco cambia el hecho porque exista un solo defensor, sino que en realidad este es un sistema de no-defensa, ya que es obvio que, por ejemplo, la existencia de intereses contrapuestos entre varios defendidos representado por un mismo abogado torna ineficaz en los hechos una defensa cierta y efectiva. Luce como primario que la integración del sistema debe prever una pluralidad de abogados ante esa situación. La real innovación, que tampoco cambia el modelo de defensa pública, es la existencia de un organismo independiente que administra el sistema de defensa y realiza lo necesario en orden al aseguramiento de ciertos principios básicos⁹.

⁹ Cf. Langevin, *Rol del Ministerio Público de la Defensa*, p. 249.

Tal fue el impacto del modelo ensayado que se recomendó su traslado al sector nacional, y se destacó que una variación de ese modelo fue estructurado ante la ICC. Cuadra aclarar aquí que el modelo federal argentino de defensa pública¹⁰ –similar al comentado– es considerado entre los expertos como uno de paradigmas a seguir para su implementación en las legislaciones nacionales¹¹. El establecimiento de la Oficina de la Defensa en Sierra Leona fue vista como una de las más significativas innovaciones en la justicia internacional, a través de la cual se puede proveer una mejor contribución para asegurar los derechos del acusados. No obstante, si bien en teoría es el cuarto pilar, en la práctica experimenta ciertos problemas vinculados a su reciente aparición. Por ejemplo, después de meses de pedidos de los equipos de defensa, efectuados incluso durante las audiencia de juicio, la oficina de la defensa fue provista con su propia fotocopiadora, situación que afectaba significativamente su capacidad para preparar un juicio donde miles de documentos debían ser fotocopiados, lo que obviamente es poco para ser utilizado entre nueve equipos de defensa¹². Esta clase de situaciones ponen de manifiesto diferencias que no están en la ley y surgen de la práctica profesional diaria, que se torna necesario remediar para mantener la pretendida igualdad de armas, que fue definida por ese Tribunal como una “razonable equivalencia en capacidades y recursos entre la Fiscalía y la Defensa”. Esta razonable equivalencia ha sido menguada mediante la interpretación jurisprudencial de tribunales internacionales como los de Yugoslavia y Ruanda en cuando afirmaron que no tiene que ser la misma que la Fiscalía, lo que produjo enormes disparidades en ejemplos concretos referidos al soporte logístico a los recursos de la oficina y la contratación de peritos.

¹⁰ Ver “La Defensa Pública en la Argentina”, por “Defender” (AA.VV.), en “Y considerando”, año 5, N° 33, p. 12, marzo de 2002, y en la “Revista de la Defensa Pública”, año 3, N° 3, p. 51, junio de 2003. El informe completo se publicó en “Pena y Estado”, año 5, N° 5, 2002, p. 199.

¹¹ Cf. Langevin, *La Defensa Pública como condición de legitimidad del Estado de Derecho*, p. 213.

¹² Cf. U. C. Berkeley War Crimes Studies Center, *Interim Report on the Special Court for Sierra Leone*.

¹³ Cf. conclusiones del seminario “El derecho de defensa en el procedimiento ante la corte penal Internacional”, celebrado en Madrid (mayo de 2002) y convocado por la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados (UIBA). En la reunión participaron representantes del Council of the Bars and Law Societies of the European Union (CCBE), del Consejo General de la Abogacía Española (CGAE), de la International Bar Association (IBA), de la Union Internationale des Avocats (UIA), de la Federación de Colegios de Abogados de Europa (FCAE), de la Federación Interamericana de Abogados (FIA) y de la Asociación Internacional de Abogados Especializados en Defensa Penal (AIADP). Ver www.uibanel.org/doc/abogaciatipi.doc.

IV. El Código de Conducta Profesional y la ODPDC

1. La Unión Iberoamericana de la Abogacía (UIBA), tras la Asamblea convocada por el Colegio de Abogados de París, propuso un modelo basado en los principios de “independencia”, “eficacia” y “calidad”¹³. Frente a este modelo abierto de abogacía, el grupo de profesionales que venía actuado ante los Tribunales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda propusieron un modelo cerrado, configurado como un colegio específico en que deberían inscribirse los profesionales que quisieran actuar ante la nueva jurisdicción. Los dos modelos, el abierto, defendido por la UIBA y la abogacía española desde el CGAE, y el cerrado, liderado por el Bureau Penal International (BPI) fueron confrontando sus propuestas a lo largo de estos años y fundamentalmente en las Asambleas de Estados Parte celebradas en Nueva York (2003) y La Haya (2004). El modelo cerrado, que en un principio atrajo en algunos círculos cercanos a la Corte, fue rechazado definitivamente a lo largo de las distintas sesiones de trabajo celebradas con la Secretaría de la Corte. Y esto porque al alejar a la abogacía real de la práctica

ante la Corte terminaba alejando a ésta del mundo, e impedía, con ello, la eficacia educadora que debe desarrollar. Además, al reducir la confrontación a siempre los mismos fiscales con los mismos abogados –se calcula que sólo entre 50 y 100 serían los abogados interesados en este Colegio– se reduciría pernosamente la calidad de las argumentaciones y, con ello, de la jurisprudencia emitida por la Corte.

Es cierto que el modelo abierto también incorpora algunas dificultades, fundamentalmente en la organización del sistema de turnos y en lo referente al control de las buenas prácticas y deontología, y esto en beneficio tanto del justiciable como de la marcha del procedimiento. Lo primero habría quedado resuelto a través de un listado controlado desde la Secretaría, dejando abierto el sistema a la designación libre de otro profesional que quiera realizar el acusado. La incorporación a esta lista requiere el cumplimiento de una serie de requisitos que garanticen esa calidad deseada. Para lo segundo, la Secretaría trabajó estrechamente con las grandes organizaciones de la abogacía (UIBA, CCBE, UIA, IBA, BPI, etc.) para la redacción de un proyecto de Código deontológico que sepa incorporar las distintas sensibilidades, fruto de los distintos sistemas jurídicos y de organización de la defensa, que fue concretado en el Código de Conducta Profesional para el Defensor (2005)¹⁴, cuyos rasgos salientes son los que se describen a continuación:

a) Prevalencia del código internacional (art. 4). En caso de inconsistencia, prevalecerá ese código sobre el ordenamiento deontológico nacional.

b) Independencia (art. 6). El defensor debe actuar de modo honorable e independiente y con libertad. No puede permitir que su independencia, integridad o libertad sea comprometida por presiones externas, o hacer algo que pueda llevar a inferir razonablemente que su independencia sea comprometida.

c) Secreto profesional y confidencialidad (art. 8). El defensor debe respetar el secreto profesional y la confidencialidad y debe tomar todos los cuidados para asegurar el secreto y la confidencialidad de la información de acuerdo con el Estatuto, las Reglas de Procedimiento y Prueba y las Regulaciones de la Corte. En especial, las relevantes previsiones contenidas, entre otros, en el art. 64, parág. 6.c, art. 64, parág. 7, art. 67, parág. 1.b, art. 68 y art. 72 del Estatuto; reglas 72, 73 y 81 de las Reglas de Procedimientos y Prueba y regulación 97 de las Regulaciones de la Corte. En particular no puede revelar la identidad de víctimas protegidas y testigos. Resulta preocupante todo el bloque de disposiciones de protección de información que aparece recurrentemente en el Estatuto como una función del Tribunal que puede afectar muy seriamente a la disposición de pruebas y documentos por parte de la defensa cuando se alegue afección a la seguridad nacional o a información y documentos de terceros.

¹⁴ Cf. ICC-ASP/4/32. Aprobado en la tercera reunión de Estados partes del 2 de diciembre de 2005.

d) Establece tres clases de impedimentos para la representación (art. 12). Por incompatibilidad de intereses con otro cliente anterior del mismo abogado o sus asociados, a menos que ambos clientes presten su consentimiento. También por haber tenido acceso a información confidencial como miembro integrante de la Corte en relación al caso, aunque este obstáculo puede ser dispensado. O cuando exista la probabilidad de que un abogado o un asociado suyo sea llamado como testigo, a menos que se refiera a un punto fuera de disputa o a la naturaleza y valor de los servicios legales prestados.

e) Rechazo del nombramiento (art. 13). El abogado tiene derecho a rechazar una designación sin expresar razones. Tiene la obligación de hacerlo cuando exista conflicto de intereses bajo el artículo 16 o cuando es incapaz de manejar la materia diligentemente o cuando considere que no tiene los requisitos de experticia.

f) Comunicación entre abogado y cliente (art. 15). El abogado debe proveer a su cliente todas las explicaciones razonables para tomar decisiones informadas. Debe guardar la confidencialidad de la información.

g) Conflicto de intereses (art. 16). El abogado tomará los cuidados necesarios para asegurar que no surjan conflictos de intereses. Pondrá los intereses de su cliente antes que los propios intereses o de aquellas personas, organizaciones o Estados. Cuando un conflicto de intereses surja, el abogado informará de inmediato a los clientes potencialmente afectados de la existencia del conflicto y también deberá retirarse de la representación de uno o más clientes con el anterior consentimiento de la Sala o buscar el completo e informado consentimiento por escrito de todos los clientes potencialmente afectados para continuar la representación.

h) Fin representación (art. 18). Con el consentimiento de la Sala el abogado podrá retirarse de un caso cuando el cliente insista en perseguir un objetivo que el abogado considerare repugnante o el cliente deja de cumplir una obligación con el abogado en vista de los servicios del abogado y le ha sido dada una razonable advertencia del abogado de que se retiraría a menos que la obligación fuere cumplida. Sin perjuicio de la facultad del cliente de despedir a su abogado, también se presenta como causa de finalización cuando la condición física o mental del abogado menoscaba o perjudica materialmente su habilidad para representar al cliente, el abogado puede ser excluido por la Sala a su requerimiento, o del cliente o del Secretario.

i) Comunicación con jueces (art. 23). A menos que el juez o la Sala que manejan el caso permitan al abogado comunicarse en excepcionales circunstancias, el abogado no deberá mantener contacto con el juez o la Sala relativos a los méritos de un caso particular fuera del contexto propio de los procedimientos, o transmitirle evidencia, notas o documentos al juez o a la Sala excepto a través del Secretario.

j) Régimen disciplinario (art. 31) El abogado incurre en inconducta cuando viola o intentar violar cualquier provisión de este código, del Estatuto, de las Reglas de Procedimiento y Prueba y las Regulaciones de la Corte o de la Secretaría en vigencia impuesta por una obligación profesional o ética sustancial. Asimismo, cuando con conocimiento asista o induzca a otra persona a cometer alguna inconducta, referente al párrafo anterior, o lo haga a través de los actos de otra persona, o se sustraer, o deja de cumplir con una decisión disciplinaria. El período límite para investigar al abogado por inconducta es hasta cinco años después de la finalización de su representación (art. 35).

k) Composición del tribunal de disciplina. Configura un modelo de autocontrol profesional, ya que se compone de tres miembros abogados, dos de ellos permanentes (elegidos por los abogados nominados para actuar ante la Corte) y un miembro *ad hoc* (designado por la autoridad nacional competente en la relación y control de las actividades del abogado sometido al procedimiento disciplinario). Existe también un tribunal disciplinario de apelación, compuesto por cinco miembros, entre los cuales tres son jueces de la Corte y dos miembros son elegidos por los abogados nominados para actuar ante el Tribunal (art. 44).

l) Sanciones (art. 42). Consisten en las siguientes cinco categorías: amonestación; reprimenda pública y entrada en el legajo personal del abogado; multa de hasta 30.000 euros; suspensión del derecho a practicar ante la Corte por un período que no excede los dos años; y prohibición permanente de la práctica ante la Corte y exclusión de la lista de abogados.

2. En septiembre de 2005, la Corte estableció la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas, a fin de prestar apoyo y asistencia a las víctimas y a sus representantes jurídicos en la participación de las actuaciones y a obtener una indemnización. En la misma fecha, la Corte estableció la Oficina de la Defensa Pública, a fin de prestar a los equipos de defensa la asistencia necesaria con arreglo al Estatuto Roma y las Reglas de Procedimiento y Prueba¹⁵. Mediante la *Office of Public Counsel for the Defence* (OPCD)¹⁶ el TPI ha presentado un equipo de asistencia dedicado a los abogados defensores en un esfuerzo por asegurar que los juicios sean conducidos de la manera más justa y equitativa. Con los medios de difusión afirmando que los acusados de crímenes de guerra son culpables incluso antes de que sean arrestados, el Tribunal está determinado a mantener la inocencia de los sospechosos hasta que se demuestre lo contrario. En orden a ello ha creado este departamento especial, independiente del resto de la Corte, para asistir a los equipos de defensa. De ese modo prestará apoyo a los abogados defensores y a los acusados, incluso mediante la representación y la protección de los derechos de los acusados durante las fases iniciales de una investigación¹⁷.

¹⁵ Cf. Informe del TPI del 3 de agosto de 2006. Ver en la página web de la Corte: *ICC ReportUN_3Aug06_spanish*.

¹⁶ Cf. Glassborow, Katy, *Defending the Defenders*.

¹⁷ Cf. Informe ICC, del 1 de agosto de 2005. Ver www.derechos.org/nizkor/icc/ccrepor te.html.

El mandato principal de esta oficina es velar por la igualdad de armas, especialmente en las etapas iniciales, colaborando con los equipos de defensa para responder rápidamente y proteger los intereses de sus clientes. También se presiona para que los defensores tengan acceso a documentos confidenciales de otros casos para conocer cómo está siendo implementada la política de persecución. El nuevo cuerpo deberá trabajar especialmente en líneas de investigación iniciales que permitan exonerar a los individuos, observar críticamente los errores cometidos con anterioridad en orden a la implementación de nuevas políticas para remediarlos, especialmente a raíz de los esfuerzos de la *Association of Defense Counsel*, y exigir estándares más elevados según la experiencia y capacidad anteriores desempeñadas como abogado defensor. Por ejemplo, en el Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, no se permitía entrar a los defensores a la cafetería debido al miedo de que pudieran acceder y divulgar información confidencial, circunstancia que hoy se habría revertido.

V. Derecho a la defensa técnica

1. Entre los derechos más importantes del imputado se destaca el derecho a la defensa técnica, punto sobre el cual el Estatuto de Roma establece:

a) El imputado tiene derecho a ser asistido por un abogado defensor de su elección o, si no lo tuviere, a que se le asigne un defensor de oficio, siempre que fuere necesario en interés de la justicia¹⁸ y, en cualquier caso, sin cargo si careciere de medios suficientes (art. 55.2.c).

b) El acusado tiene derecho a defenderse personalmente o ser asistido por un Abogado defensor de su elección o, si no lo tuviere, si el interés de la justicia lo exige, a que se le nombre un defensor de oficio, gratuitamente si careciere de medios suficientes para pagarlo (art. 67.1.d). Las reglas 20 a 22 desarrollan estas normas para hacerlas efectivas.

Gómez Colomer¹⁹ opina que, aparte de la singularidad de permitir que el acusado se pueda defender a sí mismo ante la indudable complejidad de las causas que se verán en estos procesos internacional, lo que en sí mismo es favorecer un error estratégico grave, resulta preocupante que el imputado/acusado “rico” pueda gozar siempre de Abogado de confianza a su lado que le defienda y represente sus intereses, mientras que el imputado/acusado “pobre” sólo lo tenga de oficio si el interés de la justicia lo exige. Reconoce no saber qué es “interés de la justicia” exactamente, porque aunque el encausado sea el mayor criminal que ha conocido la Historia, tiene también derecho ante todo a un juicio justo, en igualdad de armas, que sólo a través de un Abogado puede llegar a alcanzar. El principal interés de la justicia es ser justa, y mal empezamos si hay dos justicias, una para presuntos criminales ricos, y otra para presuntos criminales pobres. Si el TPI quiere funcionar correctamente, debe entender que en todo caso existe ese interés y ob-

¹⁸ Ver Zappala, *The Rights of Persons during an Investigation*, p. 1199.

¹⁹ Gómez Colomer, *Sobre la instrucción del proceso penal ante el Tribunal Penal Internacional*.

viar la norma por ser injusta y ofensiva, una burla de la propia Justicia.

Martí Mingarro²⁰ también expresa sus dudas por esa expresión modal y condicionante, que no se compadece bien con el reconocimiento del derecho de defensa como derecho básico. Opina que en todo caso parece que con esta salvedad se difiere al Tribunal –¿o es al Fiscal?– la facultad de evaluar si en interés de la justicia es o no necesaria la asistencia de abogado. Como restricción, no es aceptable; y tampoco lo es como facultad jurisdiccional. No sabe con certeza la finalidad del texto criticado, pues si a la luz de los Tratados internacionales no puede interpretarse ni como reducción del contenido básico del derecho de asistencia letrada ni como competencia o atribución del Tribunal, y menos aún del Fiscal, parece que carece de todo sentido. Sin embargo, la inserción de esa expresión que hace depender la asistencia letrada del “interés de la justicia” no luce como casual, pues se repite en el artículo 61 del Tratado, con el mismo aspecto genérico, y la misma inaceptable indeterminación de alcance, contenido, finalidad y marco competencial. En definitiva y de acuerdo con García Netto²¹, la adopción de una fórmula laxa e imprecisa como la criticada no asegura que todo imputado contará con un defensor, ya que no quedan para nada claros los parámetros que se van a tener en cuenta para precisar que el interés de la justicia lo exige.

Sobre el punto, García²² interpretaba la norma similar contenida en el marco del PIDCP (art. 14.3.d), que establece el derecho del imputado a que se le nombre defensor de oficio “siempre que el interés de la justicia lo exija”, expresión que resulta consecuente con los *Principios básicos de La Habana sobre el rol de los abogados en causas penales*, en cuanto reconocen el derecho a la asistencia letrada provista por el Estado, “en todos los casos en que así lo requiera el interés de la justicia” (regla sexta). En el caso *Anthony Currie v. Jamaica*, el Comité de Derechos Humanos señaló que el Pacto no contiene una obligación expresa para el Estado de proveer asistencia legal en todos los casos, sino sólo de acuerdo con el artículo 14.3.d, en la determinación de una acusación criminal siempre que el interés de la justicia lo exija. El autor citado resalta la necesidad de establecer criterios para determinar si el “interés de la justicia” impone la provisión de un defensor de oficio, subrayando que la provisión de asistencia legal como garantía debe ser leída conjuntamente con el principio de igualdad de armas, aunque también debe obrarse con precaución de modo de evitar que una interpretación restrictiva resulte forzando al imputado a defenderse por sí mismo, o que una muy amplia tenga por efecto la designación de un abogado contra los deseos del imputado. Repasando las decisiones de los organismos internacionales, recuerda que un criterio puede estar dado por la gravedad de la consecuencia penal, según se observa de alguna decisión del Comité de Derechos Humanos, como

²⁰ Martí Mingarro, *El derecho de defensa ante el Tribunal Penal Internacional*.

²¹ Cf. García Netto, *Los lineamientos del derecho de defensa ante la Corte Penal Internacional*, p. 113.

²² García, *El derecho del imputado a la asistencia legal en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Una visión americana*, p. 539.

en el caso “O.F. v. Noruega”, donde se denegó la provisión de un defensor a expensas del Estado en un caso de una ofensa menor, pues no se había logrado demostrar que en el caso particular “los intereses de la justicia” habrían requerido la designación de un abogado a expensas del Estado Parte. Un segundo criterio plausible podría tomar como punto de conexión no ya la gravedad de las consecuencias para el justiciable, sino también la complejidad de los procedimientos o de las cuestiones técnicas a debatir. Frente a un texto convencional similar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha entendido que el derecho a la provisión de asistencia legal cuando así lo requieran los intereses de la justicia no puede ser presentado como una alternativa al derecho a defenderse por sí mismo. En la jurisprudencia de ese Tribunal internacional se advierten los siguientes criterios: la complejidad del caso y la capacidad personal del imputado para defenderse por sí mismo, la gravedad de la ofensa y la pena que eventualmente podría sufrir, aunque la práctica de los órganos europeos de aplicación es criticada pues éstos se remiten al margen de apreciación de los Estados para determinar las exigencias de la justicia en el caso concreto. En el caso “Pham Hoang c. Francia”, el TEDH, después de recordar su jurisprudencia acerca de la importancia de la asistencia de un abogado respecto del derecho a un proceso equitativo de modo general, agregó además que, en el caso, el asunto llevado en casación presentaba una complejidad tal que la presencia de un consejero experimentado era una necesidad y que los “intereses de la justicia” exigían esta asistencia. Ello llevó a Francia a modificar la legislación francesa extendiendo a la materia penal las competencias de la oficina de auxilio jurisdiccional ante la Corte de Casación. A este respecto nada cambia que el abogado asignado no encuentre méritos para la apelación. La doctrina resalta, por otra parte, que no es necesario demostrar que la falta de asistencia legal ha ocasionado efectivamente un perjuicio real para la presentación de la defensa del imputado, y que a los efectos del test del “interés de la justicia” basta con demostrar que en las circunstancias particulares del caso aparezca plausible que el abogado habría sido de alguna asistencia útil.

Cabe observar la diferencia del sistema americano con el europeo (art. 14.3.d, PIDCP, y art. 6.3, Convenio Europeo), donde el derecho del acusado a que se le nombre un abogado de oficio está condicionado a las exigencias del interés de la justicia. Como se ha visto, la determinación de si el interés de la justicia exige el nombramiento de un abogado de oficio o no, se basa principalmente en la gravedad de la infracción, en las cuestiones que estén en juego, entre ellas, la naturaleza de la posible sentencia y en la complejidad del asunto²³. La mayor extensión de la Convención Americana no produce duda alguna sobre su contenido en comparación con su similar europea, por aplicación del principio *pro homine*, según el cual “la vigencia simultánea en un Estado de diversas normas in-

²³ Cf. Amnistía Internacional, *Juicios justos*, p. 109.

ternacionales o internas con distinto nivel de exigencias al Estado supone sumar acumulativamente todas ellas”²⁴. A la misma conclusión debería llegarse al interpretar las normas del Estatuto de Roma.

Es menester destacar, de todos modos, que existe un cierto juego perverso en relación al derecho del imputado a defenderse personalmente, como podía observarse usualmente en la jurisprudencia estadounidense, que ante la imposibilidad económica de solventar los honorarios de un abogado, entendía que el imputado ejercía su derecho a la autodefensa, cuando en realidad se lo colocaba en una situación de indefensión. Ello tuvo como consecuencia un elevado número de condenas arbitrarias de indigentes que carecieron de una defensa efectiva, lo que fue reconocido por la anterior Procuradora General de ese país al afirmar que solamente mediante el aseguramiento de una vigorosa representación legal para acusados indigentes se evitará poner en tela de juicio tanto la legitimidad de las condenas criminales como la probidad del sistema de juicio en su totalidad²⁵. En ese aspecto, el Comité de Derechos Humanos ya había expresado su preocupación por “la falta de medidas eficaces en ese país para garantizar que los acusados indigentes en asuntos penales graves estén representados por abogados competentes”²⁶. Quedó entonces al descubierto la necesidad de instrumentar un sistema de defensa pública, cuyos principios básicos recién fueron delineados en el año 2000²⁷.

García²⁸ recuerda que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en su Opinión Consultiva 11/90 ha señalado: “en aquellos casos en los cuales un acusado *se ve obligado a defenderse a sí mismo* porque no puede pagar asistencia legal, podría presentarse una violación del artículo 8 de la Convención si se puede probar que esa circunstancia afectó el debido proceso a que tiene derecho bajo dicho artículo”. Concluye que debe prestarse atención sobre las circunstancias en que se ejerce la autodefensa, pues el derecho concedido al imputado a defenderse por sí mismo podría verse anulado en la práctica, a punto de ser virtualmente inexistente, y llevar a una violación del art. 8.2.e, CADH. Esta experiencia aunada al pasado modelo heroico de la defensa pública, donde precisamente esfuerzos heroicos eran los necesarios para desempeñar adecuadamente la función, indican la necesidad de instrumentar sistemas organizados de defensa pública para la superación de esfuerzos individuales guiados por sentimientos de caridad y solidaridad, que indudablemente pueden mantenerse, pero resultan insuficientes a la hora de cumplir con los compromisos internacionales oportunamente contraídos²⁹.

Obviamente la situación comentada no es la misma que aquella en la cual se obliga al imputado a nombrar un defensor cuando lo que quiere es defenderse personalmente, que es precisamente una hipótesis inversa a la anterior, pues en aquella quería designar defensor pero no podía, mientras que en ésta

²⁴ Cf. Pinto, Mónica, *El principio pro homine*.

²⁵ Ver las manifestaciones de la Fiscal General Janet Reno en www.nlada/history_to_right_to_counsel.

²⁶ Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales, EE.UU., Doc. ONU: CCPR/C/79/Add.50, 7 de abril de 1995, párr. 23.

²⁷ Brooks y Deoras, *Defensa de indigentes, Principios de defensa pública de ABA*. Ver también de Manes, *Diez principios rectores de sistema de provisión de servicios de defensa pública en Estados Unidos de América*, p. 173.

²⁸ García, ob. y lugar citados.

²⁹ Cf. Langevin, *La Defensa Pública como legitimidad*.

ta quiere autodefenderse y se le impone un defensor técnico obligatoriamente, lo que viola su derecho a defenderse personalmente³⁰. En esta inteligencia, Medina Quiroga³¹ opina que es discutible y merece mayor reflexión la cuestión de si, desde el punto de vista de los derechos humanos, es apropiado que el Tribunal tenga siempre la facultad de nombrar un defensor a un inculpado que se niega a tenerlo o si ello debe hacerse cuando el interés de la justicia lo requiera, como sugiere el artículo 14 del Pacto Internacional. Aclara que los trabajos preparatorios de la Convención no aportan muchas luces sobre el punto: el delegado de Estados Unidos llamó la atención sobre esta disposición, sosteniendo que era contradictoria con la letra anterior del artículo, pero la Presidencia le aclaró que “en la legislación de los países latinoamericanos aunque el inculpado no quiera defenderse tiene que estar siempre asistido. Si no quiere defenderse, el Estado pone a su servicio un abogado aunque el inculpado no lo quiera”. La norma, por lo tanto, pretendía mantener esta modalidad del sistema continental de la región. Sin perjuicio de esto, la autora citada concluye que habría que pensar qué razones podrían invocarse, por ejemplo, para facultar a un tribunal que el inculpado considera incompetente y parcial, a asignar un abogado, impidiendo de esta manera que el inculpado exprese su repudio mediante la negación a defenderse y deje constancia pública de que no se defendió ni fue defendido³².

VI. Independencia del defensor

Marti Miñarro³³ sostiene que la “independencia” es el valor esencial que ha de predicarse de un defensor que merezca tal nombre. El único vínculo del abogado, explícito e irrestringido, ha de ser el interés del cliente. Esa independencia, tan fácil de proclamar, es de difícil realización en los supuestos de defensa ante el Tribunal Penal Internacional. No se ha de olvidar que los supuestos de partida de la actuación del Tribunal Penal Internacional tienen enorme trascendencia pública –y probablemente histórica–; y que por tanto la “opinión” y sus medios han de tener un peso excepcionalmente relevante en la difusión de los hechos que dan lugar al proceso y en el proceso mismo. El frente mediático constituye así una dificultad especialmente significativa para el ejercicio independiente de la defensa. Porque ante la preeminencia del derecho a la información y la exigencia de que el juicio sea público, no caben restricciones efectivas a las libertades de expresión. Pero además esa defensa actúa ante un Tribunal de composición muy selectiva y elevada, enaltecido por la opinión pública, y al que el Estatuto ha dotado de un gran poder directivo y resolutivo. Probablemente así debe ser en los aspectos decisarios; pero las facultades directivas del proceso que al juez se atribuyen no han de alcanzar a mediatar la independencia de la defensa. Y el Tratado y las Reglas de Procedimiento están plagadas de supuestos de intervencionismo judicial de contenido material

³⁰ Ver una situación de esa clase en el caso Milosevic ante el Tribunal *ad hoc* para la ex Yugoslavia. “Un escándalo de irregularidades en el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Permitid que Milosevic se represente a sí mismo”, por John Laughland –The Spectator– 4/10/2004. Ver www.rebelion.org/noticia.php?id=5562.

³¹ Medina Quiroga, *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia*, ps. 327-328.

³² En este caso puntual podría interpretarse que el principio *pro homine* otorga mayor extensión al PIDCP que a la CADH, aunque coincidimos que la cuestión merece mayor consideración.

³³ Cf. Martí Mingarro, *El derecho de defensa*, citado.

(v. gr., arts. 69, 70, 71 y 73) y de alcance disciplinario preocupantes por su eventual colisión con la independencia de la defensa. Esta preocupación se acentúa cuando los riesgos provienen del aparato de competencia del Fiscal o de la actuación del Tribunal, porque ahí el valor del principio de igualdad de armas queda en riesgo muy próximo al siniestro.

El autor recién citado propone que esas dificultades de salvaguarda de la independencia del abogado deben superarse desde una acción eficaz y convencida de los abogados que intervengan en las defensas ante el Tribunal Penal Internacional. El primer bastión de la independencia está en el proceso de designación del abogado. La libre y voluntaria designación de abogado constituye un vínculo de interés con el cliente y de exigible parcialidad respecto de su causa sin más referente ni límite que el que marca la ley. Tal es el cimiento de la independencia del abogado respecto de cualesquiera otros factores del proceso. Y ello tanto si se es abogado de un inculpado, como si se trata de una víctima o grupo de víctimas. La libre designación de letrado garantiza la sintonía cultural, lingüística y jurídica que han de impregnar y blindar la confianza del cliente en el abogado, sin cuya confianza no hay verdadero abogado. En el caso de abogado de oficio esa confianza ha de generarse *ex post*, y por ello las designaciones han de hacerse garantizando la disponibilidad de abogados que, por sus características culturales, idiomáticas y jurídicas, puedan hacerse acreedores a la confianza de sus clientes. Y ello tanto si los justiciables son imputados como si son víctimas.

Un elemento no desdeñable en esta materia de la independencia es el de la suficiencia retributiva también para los abogados. El Tribunal apunta a un muy buen nivel retributivo de jueces, fiscales y personal, pero una de las formas esenciales de garantizar la igualdad de armas en el proceso es la de asegurar que no se produce una discriminación peyorativa al facilitar los medios de defensa. Por eso, en los casos de defensa de oficio deberá asegurarse la dignidad de la retribución de los defensores; y lo que es más importante –y esto tanto para defensas designadas como de oficio– la calidad y fluidez de la dotación de medios para equilibrar la actividad probatoria de la defensa con la de la acusación. Porque las acusaciones están respaldadas por el descomunal aparato del propio Tribunal y de la Fiscalía, cuya actuación recibe, según el Tratado y según las Normas, la cobertura institucional que sin duda merece; pero que comporta toda la ayuda de los Estados y sus aparatos de justicia, más todo el peso de Naciones Unidas en cuyo marco se encuadra la función del Tribunal.

A juicio del autor citado, merece un capítulo aparte el tratamiento de un riesgo muy concreto que acecha al efectivo ejercicio del derecho de defensa ante el Tribunal Penal Internacional. La profunda soledad del defensor ha de verse especialmente acentuada, habida cuenta del juego de presiones políticas, mediáticas y “lobbyísticas” que tanto papel tienen en

las materias que provocan la inculpación ante el Tribunal Penal Internacional. No hay que desarrollar ninguna especial perspicacia para darse cuenta de que las tragedias humanas, sociopolíticas o bélicas en las que brotan las conductas delictivas que el Tribunal ha de enjuiciar producen, legítima y explicablemente, grupos de víctimas, indignaciones colectivas, oleadas de repulsa que consolidan el prejuicio público y la inexorable condena previa de la opinión sobre los inculpados. Todo el aparato del Tribunal, y especialmente los jueces a los que la comunidad internacional va a atribuir el enjuiciamiento de estas causas, tiene que estar preparado para amparar y proteger su propia imparcialidad y además el derecho de defensa de los inculpados. Los abogados tienen derecho a esperar del Tribunal Penal Internacional un amparo y una protección como los que recibieron los abogados que actuaban en Nüremberg. En aquella triste y desarbolada Alemania de la posguerra de 1945 algunos medios de comunicación –los más– tildaron a los abogados de los acusados en aquel proceso de “protectores de bandidos”, y toda suerte de descalificaciones. La abogacía recuerda con gratitud y honor que el presidente del Tribunal de Nüremberg, el 8 de marzo de 1946, hizo pública una decisión en la que ponía de manifiesto: “los abogados se encontraban bajo la protección del Tribunal” y “no toleraría ataques a los abogados”.

Marti Mingarro concluye en la necesidad de que las esencias del derecho de defensa se preserven de manera muy cuidada y vigorosa en los procesos que se sigan ante este Tribunal Penal Internacional. La tarea de los abogados que allí actuarán, la de los Colegios y Organizaciones de la abogacía que han de garantizar la preservación de esos valores, es conseguir que cualquier interesado en aquellos procesos, imputados y víctimas, tenga una defensa libre, independiente e irrestricta. Sólo así se conseguirá que la finalidad del Tribunal, juzgar a los imputados de determinados gravísimos delitos, se cumpla adecuadamente; y evitar que se confunda ese objetivo de enjuiciar, que es el propio de un tribunal, con la finalidad más simplificada y rupestre de ser simplemente un dispositivo para condenar. Hay que evitar que se disfraze de justicia una mera dramatización de la natural repulsa de todos respecto de los crímenes contra la humanidad.

VII. Perspectivas

Olivan³⁴ remarca que en el proceso es necesaria la actuación de las partes, es decir, la implicación y sometimiento –necesariamente voluntario– a las normas configuradoras de la jurisdicción. De lo contrario no hay proceso, como es proceso en modo alguno, por más que teatralice sus formas, el acto que interpretan ese grupo de encapuchados que, autoproclamándose Tribunal de tal o cual pueblo, deciden “ajusticiar” a algún desgraciado al que han secuestrado. A juicio del autor citado, justamente esa es la estrategia que se intentó seguir un proce-

³⁴ Oliván, Fernando, *La Corte Penal Internacional y el derecho a la defensa (un análisis crítico)*.

so como Milosevic, negando jurisdicción al Tribunal para la ex Yugoslavia, o como hizo Bulgakov frente el al Tribunal Nazi que le juzgó por el incendio del Reichstag. Un tribunal no reconocido no es un tribunal. La debilidad del sistema reside ahí, en que requiere, incluso, el reconocimiento por parte del justiciable, lo que entraña específicas mecánicas, que sólo resultan en los sistemas democráticos. Es decir, en las democracias de base nacional. ¿Cuál será el nexo de unión de todo este complejo sistema? El abogado, representante del acusado, actúa en su nombre incorporándole definitivamente al proceso. Acusación y defensa, actuando en ese necesario equilibrio de armas, recrean el acto de soberanía básico que hace de ese actuar un auténtico juicio. Por eso no es casual que el acto de rebeldía de un Milosevic haya sido el rechazo de toda asistencia letrada. El abogado es, por lo tanto, la instancia que incorpora el procesado al proceso, por eso no es un mero instrumento técnico cuyo único valor sea su exquisito control de los mecanismos procesales. Esto es necesario para su trabajo pero no es suficiente. Principios como los de “confidencialidad”, “independencia”, “libertad”, etc., reflejan la necesaria disponibilidad del letrado para promover los derechos de su representado. Pero esto sólo lo conseguirá un sistema abierto de defensa. Un sistema que no pretenda cerrar el ejercicio profesional a un grupo internacional de expertos a los que necesariamente haya que acudir como únicos letrados concernidos por el sistema de la Justicia internacional. En opinión de Olivan, si por la creación de sistemas de exclusión o por la dejadez de los abogados nacionales no se rompiera ese círculo vicioso, la Corte Penal Internacional vería menoscabada su función clave. Por lo tanto, cualquier escenificación de una supuesta justicia que no cumpla con los más exigentes cánones creados por la civilización para el pronunciamiento de condenas que hagan efectivo el reproche penal, no se lucha contra la impunidad sino que se hace un remedio de castigo, más enraizado en la venganza que en la reparación jurídica del mal causado³⁵.

Desde una óptica similar, Loayza Tamayo³⁶ explica que la atención en cuanto a la creación y funcionamiento de estos tribunales penales internacionales, se centró en la vigorosa acusación contra los presuntos criminales. Sin embargo, es evidente que el imperio de la ley supone algo más que alcanzar altos porcentajes de arrestos y condenas, también depende de los procedimientos empleados para efectuar arrestos, investigar y conducir los juzgamientos. Para ganar legitimidad, los tribunales deben demostrar que no son simples máquinas condenatorias, sino que proporcionan a las personas acusadas, un justo juicio. Es decir, que darán al acusado la oportunidad de una defensa integral, justa y energética. El Estatuto prescribe garantías al derecho de defensa del acusado, así como para las personas que son investigadas por el Fiscal por los crímenes bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (conf. art. 67, Estatuto). También contiene fuertes provisiones

³⁵ Cf. Corte Penal Internacional, *Prevención y complementariedad*.

³⁶ Cf. Loayza Tamayo, *La institucionalización de la defensa en la Corte Penal Internacional*, p. 117.

que permiten la participación de las víctimas en sus procedimientos, de acuerdo con la tradición del Derecho Civil (conf. art. 68, Estatuto). En el moderno sistema de justicia, para dar su versión, el acusado necesita de la asesoría y asistencia de un abogado defensor. La defensa es un mandato para actuar a favor del acusado dentro de los límites de ley. Este derecho básico es reconocido ahora en muchos países, y se ha enraizado como un principio esencial en la legislación internacional sobre derechos humanos. Los abogados defensores hacen más que representar a la persona del acusado, a través de ellos se examina el sistema, el que se legitima, cuando trata adecuadamente al acusado y le ofrece un juicio justo. Sin embargo, la tendencia natural en casos de crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra, es asumir una mentalidad acusadora, por la gravedad de las conductas que se les imputa. Esta actitud aun cuando puede ser comprensible, lesiona seriamente el principio de presunción de inocencia. Si tales personas fueran deficientemente asesoradas, y sumariamente condenadas, la mayoría de los ciudadanos y políticos se pondrían de pie para aplaudir. Deja el mensaje de que el derecho a ser defendido es sólo una formalidad otorgada a criminales para proyectar una apariencia de justicia. Esto no sólo es peligroso sino que cuestiona la fuerza de nuestros valores democráticos. Por ello, los abogados de la defensa juegan un rol moral y, al mismo tiempo, uno estrictamente legal.

VIII. Principios y garantías

1. El Tratado incorpora todo un cuerpo normativo que contiene los que son pilares universalmente asumidos como fundamento de cualquier supuesto de ejercicio de la justicia penal: tipificación de las conductas delictivas en un repertorio no del todo definido ni acotado; y especificación de los principios a los que debe ajustarse la exigencia de cualquier responsabilidad penal. Sin pretender realizar un estudio exhaustivo y al sólo título informativo, cabe recordar que los principios que rigen la actuación del Tribunal están definidos en los artículos 22 al 33, y son lo siguientes: *nullum crimen sine lege, in dubio pro reo, nulla poena sine lege*, irretroactividad *rationae personae*, responsabilidad penal individual, exclusión del procesamiento menores de 18 años, improcedencia del cargo oficial, responsabilidad de los jefes y otros superiores, imprescriptibilidad, elemento de intencionalidad, circunstancias eximentes de responsabilidad, error de hecho y error de derecho, órdenes superiores y disposiciones legales.

Párrafo aparte merece el tema de la responsabilidad de los jefes y otros superiores. Las disposiciones sobre ellos, junto con las relativas a las órdenes de superiores, fueron las más polémicas de esta parte del Estatuto. En lo que refiere a la responsabilidad de los jefes, el Estatuto distingue entre los militares y los de otro tipo. Para los primeros, establece la llamada *prueba de Nuremberg*: hubiere sabido o, en razón de las circunstancias,

hubiere debido saber y no hubiere adoptado medidas razonables para prevenir los crímenes o para poner el asunto a disposición de las autoridades para su investigación. Sin embargo, para los superiores civiles, el principio es mayor y el enfoque no tiene, al parecer, precedentes. El superior debe tener autoridad y control efectivo sobre las personas y las actividades que constituyen los crímenes, y debe haber tenido conocimiento o deliberadamente hecho caso omiso de información que indique claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos, y no adoptaron medidas como las antes señaladas. En relación con las órdenes superiores como defensa, el tratado de la CIDH supone una serie de diferencias respecto a la Carta de Nuremberg y los estatutos de los Tribunales *ad hoc*, que contemplaban la total prohibición de utilizar como defensa las órdenes superiores. Aunque el Estatuto no descarta la aplicación de esta defensa, limita considerablemente su alcance. Sólo se aplica cuando se cumplen los siguientes criterios: estuviera obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate, no supiera que la orden era ilícita y que la orden fuera manifiestamente ilícita. No se puede aplicar claramente en los casos de genocidio y crímenes de lesa humanidad, que el Estatuto considera manifiestamente ilícitos. Otras defensas son la coacción extrema, la intoxicación y la defensa propia y de terceros.

2. Por otra parte, el Estatuto distingue los derechos del imputado, previstos en el artículo 55, de los derechos del acusado, regulados en el artículo 67, sin duda por influencias del modelo anglosajón. Durante la investigación se establece: a) nadie será obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; b) nadie será sometido a forma alguna de coacción, intimidación o amenaza, a torturas ni a otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes; c) quien haya de ser interrogado en un idioma que no sea el que comprende y habla perfectamente contará, sin cargo alguno, con los servicios de un intérprete competente y las traducciones que sean necesarias a los efectos de cumplir el requisito de equidad, y d) nadie será sometido a arresto o detención

arbitrarios ni será privado de su libertad salvo por los motivos previstos en el presente Estatuto y de conformidad con los procedimientos establecidos en él.

Cuando haya motivos para creer que una persona ha cometido un crimen de la competencia de la Corte y esa persona haya de ser interrogada por el Fiscal o por las autoridades nacionales, en cumplimiento de una solicitud hecha de conformidad con lo dispuesto en la Parte IX, tendrá además los derechos siguientes, que le serán detallados antes del interrogatorio: a) a ser informada de que existen motivos para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte; b) a guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia; c) a ser asistida por un abogado defensor de su elección o, si no lo tuviere, a que se le asigne un defensor de oficio, siempre que fuere necesario en interés de la justicia y, en cualquier caso, sin cargo si careciere de medios suficientes; d) a ser interrogada en presencia de su abogado, a menos que haya renunciado voluntariamente a su derecho a asistencia letrada.

En orden a las garantías procesales del acusado, recuérdese que el artículo 66 del Estatuto consagra la presunción de inocencia y el principio de duda. En base a tales principios se presume que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable, e incumbe al Fiscal probar la culpabilidad del acusado. Por ende, para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable. A continuación, el artículo 67 establece los derechos del acusado. En la determinación de cualquier cargo, el acusado tendrá derecho a ser oído públicamente, habida cuenta de las disposiciones del presente Estatuto, y a una audiencia justa e imparcial, así como a las siguientes garantías mínimas en pie de plena igualdad: a) a ser informado sin demora y en forma detallada, en un idioma que comprenda y hable perfectamente, de la naturaleza, la causa y el contenido de los cargos que se le imputan; b) a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a

comunicarse libre y confidencialmente con un defensor de su elección; c) a ser juzgado sin dilaciones indebidas; d) Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 63, el acusado tendrá derecho a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente si careciere de medios suficientes para pagarla; e) a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo. El acusado tendrá derecho también a oponer excepciones y a presentar cualquier otra prueba admisible de conformidad con el presente Estatuto; f) a ser asistido gratuitamente por un intérprete competente y a obtener las traducciones necesarias para satisfacer los requisitos de equidad, si en las actuaciones ante la Corte o en los documentos presentados a la Corte se emplea un idioma que no comprende y no habla; g) a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y a guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia; h) a declarar de palabra o por escrito en su defensa sin prestar juramento; y i) a que no se invierta la carga de la prueba ni le sea impuesta la carga de presentar contrapruebas. Además de cualquier otra divulgación de información estipulada en el presente Estatuto, el Fiscal divulgará a la defensa, tan pronto como sea posible, las pruebas que obren en su poder o estén bajo su control y que, a su juicio, indiquen o tiendan a indicar la inocencia del acusado, o a atenuar su culpabilidad, o que puedan afectar a la credibilidad de las pruebas de cargo. En caso de duda acerca de la aplicación de este párrafo, la Corte decidirá.

IX. La defensa en acción

De acuerdo con las consideraciones precedentes, puede observarse que antes de la puesta en marcha del procedimiento ante el TPI, la doctrina ponía el acento en ciertas cuestiones atinentes al perfil de los protagonistas en orden al efectivo respeto del derecho de defensa. Resulta entonces oportuno repasar a título de ejemplo algunas concretas actuaciones desarrolladas por la defensa en un proceso de esa clase como el seguido contra Lubanga Dylo en la Situación de la República del Congo.

Como derechos probatorios específicos, el Estatuto prevé que el imputado no está obligado a probar su inocencia (art. 66.2) y tiene derecho a que no se invierta la carga de la prueba ni le sea impuesta la carga de presentar contrapruebas (art. 67.1.i), también tiene derecho al intercambio de información probatoria, conocido en el mundo anglosajón como el procedimiento de *discovery* (art. 67.2). Además, según las mismas normas el imputado tiene derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete competente, y a obtener traducción de los

documentos necesarios para garantizar la equidad, en su caso, es decir, el principio de igualdad y el derecho de defensa (art. 67.1, Estatuto). La defensa de Lubanga Dyilo alegó³⁷ que varios videos que la Fiscalía pretendía invocar como prueba en la audiencia de confirmación de cargos estaban en idioma swahili, y habían sido informados a la defensa muy poco tiempo antes de esa audiencia, con lo cual se violaba el derecho a contar con el tiempo y los medios necesarios para la preparación de la defensa. Ante ese planteo, la Sala de Cuestiones Preliminares decidió³⁸ excluir a los fines de esa audiencia como pruebas admisibles los videos que no estuviesen traducidos en uno de los idiomas oficiales de la Corte (conf. art. 69.4, Estatuto), poniendo una fecha límite a tal fin, por más que el imputado conociera el swahili por ser su lengua nativa, recogiendo, de esa manera, los argumentos de la defensa, que tiene a su cargo la responsabilidad de los aspectos técnicos. La solución judicial es interesante porque traslada el derecho a la traducción –contemplado originariamente para el imputado– al abogado defensor también, lo cual es lógico porque de otra manera no podría cumplir con su labor profesional. E incluso destaca que la misma Sala debe entender completamente la prueba con lo cual cierra su argumentación.

Con anterioridad la Sala de Cuestiones Preliminares en el mismo caso³⁹ tomó una decisión sobre los principios generales sobre la apertura por parte del Fiscal, en la cual esta podría perjudicar investigaciones en curso. Todas las solicitudes deben ser intercambiadas entre las partes, con un anexo detallado (posiblemente *ex parte*). La Sala consideró expresamente el derecho del acusado de estar presente en todos los procedimientos que se siguen y las excepciones a este derecho, sea por cuestiones de protección a víctimas y testigos o por temas relacionados con información de seguridad nacional. Los procedimientos en la ausencia de la Defensa deben ser permitidos una vez que el Fiscal demuestre su importancia, necesidad, proporcionalidad entre el perjuicio a la Defensa *versus* los beneficios que de ellos deriven. Los procedimientos *ex parte* pueden significar o bien que una parte está al tanto de los procedimientos pero no participa, o bien que no está al tanto. La Sala concluyó que la parte excluida debe ser informada por medio de una postulación emitida por la otra parte; debe permitírsele responder a esa postulación; y ser proveído de cualquier decisión tomada por la Sala en un procedimiento *ex parte*. Fue considerado que cierto tipo de publicidad de todas las decisiones y órdenes, inclusive las confidenciales de la Sala deben ser proveídas también (sea por un documento o un anuncio general sobre su existencia). Si es por una buena causa o causa justificada, tal publicidad puede ser pospuesta. Además la no apertura de la identidad de los testigos puede ser dejada de lado en la audiencia de confirmación sólo por autorización excepcional; la redacción de eventuales extractos exculpatorios en las declaraciones de los testigos sobre los cuan-

³⁷ Moción del 2/11/2006. Ver ICC-01/04-01/06

³⁸ Decisión del 7/11/2006. Ver ICC-01/04-01/06

³⁹ Decisión del 19/5/2006. Ver www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-108_English.pdf.

les se basa la Fiscalía en las audiencias pueden no ser siempre autorizadas; las investigaciones sobre el caso pueden ser terminadas al momento de la audiencia de confirmación, sujeto a circunstancias excepcionales; cualquier redacción en los documentos acusatorios debe ser temporaria y el documento enmendado debe ser proveído por la Defensa 15 días antes de la audiencia de confirmación.

Una decisión como la reseñada luce relevante, porque si bien el derecho de defensa definido en los artículos 63 y 64 del Tratado consagran el valor presencial del acusado, la condición pública del juicio y la libertad de probanza, resulta preocupante en comparación el amplio margen que el Fiscal (arts. 54.3.e y f; y 61.4 y 5) y el Tribunal (art. 61.3 *in fine*, 67.2, 69.5 y 81) tienen de conformidad al Estatuto para valorar las posibilidades de restringir información y publicidad de determinados testimonios y pruebas. En el afán de dar al Tribunal amplias facultades directivas del procedimiento se ha abierto un peligroso espacio de secretismo incompatible con el principio de justicia pública, sólo admisible –con muchos matices– en cuanto imprescindible para seguridad de testigos.

X. Conclusiones

Cualquier juicio penal tiene solamente dos resultados posibles: absolución o condena. Por razones absolutamente comprensibles aunque no justificables, la puesta en marcha del procedimiento de justicia internacional nació signado únicamente por la primera posibilidad. Prueba evidente de ello es que en su origen se pensó únicamente en la Fiscalía y el Tribunal como órganos casi excluyentes del escenario judicial, olvidando casi por completo a la defensa. Podrá decirse que los derechos y garantías del imputado estaban ya contemplados, pero si nadie hace valer real y efectivamente esos derechos, difícilmente se pueda hablar del respeto de la defensa en juicio. Por esos motivos resulta sumamente saludables las intenciones hechas realidad recientemente en el plano de la Justicia Internacional, fundamentalmente concretadas en la creación de la Oficina de la Defensa Pública ante el Tribunal Penal Internacional. Sin embargo, no basta con proclamar pomposamente derechos y garantías del acusado cuando pueden fácilmente desconocerse en la realidad por vía interpretativa o por la sola fuerza de la voluntad del poder. La legitimidad del sistema judicial radica en la intervención activa, real y efectiva de la defensa sin la cual obviamente cualquier tribunal de justicia se transforma en una mera máquina condenatoria. Esta primordial función de legitimidad se encuentra indisolublemente ligada con la existencia del Estado de Derecho, que precisamente exige como una de sus condiciones básicas el respeto real de la defensa en juicio, necesariamente organizada para velar por la igualdad de armas frente a la Fiscalía. Finalmente, no debe desdeñarse la proyección de estas premisas sobre los derechos nacionales, pues tratándose de un sistema diseñado

y elegido por la comunidad organizada de naciones, cabe suponer que cuenta con suficiente consenso internacional para erigirlo como una paradigma a seguir por los sistemas domésticos, lo que constituye otra razón de enorme relevancia para observar los máximos estándares posibles en el discurso legal y en la práctica cotidiana, en pos de la realización de juicios justos y respetuosos de los derechos del imputado.

Bibliografía

- AA.VV., "Defender", "La Defensa Pública en la Argentina", en "Y considerando", año 5, N° 33, p. 12, marzo 2002, y en la revista de la Defensa Pública, año 3, N° 3, p. 51, junio 2003. El informe completo se publicó en "Pena y Estado", año 5, N° 5, 2002, p. 199.
- Amnistía Internacional, *Juicios justos*, en *Manual de Amnistía Internacional*, Madrid, España, 2000, p. 109.
- Álvarez, Alejandro E., *The Implementation of the ICC Statute in Argentina*, en "Journal of International Criminal Justice", 2007 5 (2): 480-492, Oxford University Press.
- Brooks, Ferry y Deoras, Shubhangi, *Defensa de indigentes, principios de defensa pública de ABA*, en "Criminal Justice Magazine", verano de 2002, vol. 17, N° 2.
- Corte Penal Internacional, *Prevención y complementariedad*, en www.uibanet.org/doc/CPIPrevencion.doc.
- García Netto, Adriana, *Los lineamientos del derecho de defensa ante la Corte Penal Internacional*, en "Pena y Estado", N° 5, 2002, p. 113.
- García, Luis, *El derecho del imputado a la asistencia legal en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Una visión americana*, en "Nueva Doctrina Penal", 2001/B, p. 539.
- Glassborow, Katy, *Defending the Defenders*, Institute for War and Peace Reporting, 21 de agosto de 2006. Ver www.globalpolicy.org/intljustice/general/2006/0821defenders.htm.
- Gómez Colomer, Juan Luis, *Sobre la instrucción del proceso penal ante el Tribunal Penal Internacio-*
nal, en www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/GomezColomer2.pdf.
- Langevin, Julián H., *La Defensa Pública como condición de legitimidad del Estado de Derecho*, en "Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional", año XVIII, N° 41/42, julio-diciembre 2006, p. 213.
- Langevin, Julián H., *Rol del Ministerio Público de la Defensa*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", año V, N° 8-C, 1999, p. 249.
- Loayza Tamayo, Carolina, *La institucionalización de la defensa en la Corte Penal Internacional*, en "Pena y Estado", N° 5, 2002, p. 117.
- Manes, Silvana, *Diez principios rectores de sistema de provisión de servicios de defensa pública en Estados Unidos de América*, en "Pena y Estado", N° 5, 2002, p. 173.
- Martí Mingarro, Luis, *El derecho de defensa ante el Tribunal Penal Internacional*, en "Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación", N° 32, 2002, ps. 495-528. Disponible en www.uiba.net.org/doc/TextoLuisMarti.doc.
- Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia*, ps. 327-328, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2003, ps. 1-57.
- Olivan, Fernando, *La Corte Penal Internacional y el Derecho a la Defensa (un análisis crítico)*, en www.uibanet.org.
- Pinto, Mónica, *El principio pro homine*. en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- Thompson, Alison y Staggs, Michelle, *The defence office at the Special Court for Sierra Leone: a critical perspective*, abril de 2007. Ver www.aiad-icdaa.org/.
- U. C. Berkeley War Crimes Studies Center, *Interim Report on the Special Court for Sierra Leone*, abril de 2005. Ver www.hrcberkeley.org/download/BWCSC_Interim_Report.pdf.
- Zappala, S., *The Rights of Persons during an Investigation*, en Cassese, A.; Gaeta, P. y Jones, J. R. W. D., *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2002, vol. II, p. 1199.

Los “menores no acompañados” que ingresan solicitando refugio en nuestro país y el rol de la tutoría pública

Carlos Alberto Lozano* y Bettina Pancino**

1. Los niños, niñas y adolescentes que ingresan a nuestro país solicitando asilo y la participación de la Tutoría Pública

I. La Tutoría Pública N° 1 ha sido creada por Resolución de la Defensoría General de la Nación 1784/2000 en un todo de acuerdo con lo prescripto por la ley Orgánica de Ministerio Público, ley 24.946.

Su función principal es de representar a niños, niñas y adolescentes en los términos del artículo 397 del Código Civil y, actualmente, como consecuencia de la sanción de la ley 26.061, de ejercer la representación dispuesta por el artículo 27, inciso 3, de dicha normativa legal.

II. En lo que a este trabajo ocupa, resulta de sumo interés e importancia hacer una breve reseña de los casos caratulados como protecciones especiales o tutelas referidos a niños, niñas y adolescentes que ingresan a nuestro país con el fin de obtener la calidad de refugiados en los términos de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967.

Se trata de menores de edad que provienen de diferentes países del continente africano e ingresan a nuestro país en calidad de polizones, sin documentación personal que acredite su fecha y su lugar de nacimiento.

Podríamos decir que constituyen un grupo de adolescentes, todos ellos y hasta el momento, de sexo masculino, que importa para la labor diaria de esta dependencia expedientes inéditos y desconocidos desde la creación de la Tutoría en el año 2000, registrándose dicha novedad a partir de los años 2004 y 2005.

Ello responde sin lugar a dudas al movimiento y desplazamiento de personas que ocurre en toda la comunidad internacional como consecuencia de persecuciones, guerras internas, luchas religiosas, étnicas, intereses económicos y otras cuestiones que se producen –como es el caso en estudio– en un continente en el que la pobreza, la ausencia de instituciones, de autoridad, de orden institucional, de fanatismos religiosos y políticos constituyen flagelos que atentan contra las personas y violan abiertamente sus derechos fundamentales provocando la triste consecuencia directa de las migraciones y desplazamientos de sus habitantes.

Los adolescentes que represento llegan a nuestro país para buscar primeramente un lugar de pertenencia en el que

* Tutor Público de la Tutoría Pública N° 1.

** Prosecretaría Administrativa de la Tutoría Pública N° 1.

puedan desarrollarse como personas y gozar de los beneficios y derechos que todo ser humano tiene: derecho a la dignidad, derecho a la seguridad, derecho a la vida, derecho a la educación, derecho al trabajo, por mencionar los derechos más elementales y básicos que hacen al ser humano como tal.

III. El ACNUR (Alto Comisionado para los Refugiados de Naciones Unidas) y el CEPARE (Comité de Elegibilidad para los Refugiados) son los organismos que les brindan protección y asistencia.

El primero de ellos a través de la FCCAM (Fundación Comisión Católica Argentina de Migraciones) cuyo trabajo especializado a través de un grupo interdisciplinario les otorga la posibilidad de alojamiento y un subsidio para sus gastos personales, a la vez que les brinda una variada gama de capacitación para el aprendizaje de diversos oficios y la enseñanza del idioma español.

Ello importa el primer paso que constituye el largo camino que los llevará a integrarse en nuestra sociedad.

El CEPARE, organismo que depende de la Dirección Nacional de Migraciones del Ministerio del Interior, tiene como función la de efectuar en cada caso particular un estudio y un análisis pormenorizado de la situación de cada adolescente para determinar favorablemente o, en su caso desestimar su calidad de refugiado, ello luego de un procedimiento administrativo llevado a cabo por personas especializadas en la materia.

Con dichos organismos la Tutoría (su intervención obedece a la ausencia de representantes legales de dichos adolescentes –art. 397 del Código Civil–) interactúa en forma dinámica para satisfacer y atender de la mejor manera posible el interés superior de dichos adolescentes.

El objetivo primero y final es el de preservar su integridad y dignidad intrínseca en estricto cumplimiento con las Convenciones Internacionales referidas a los Refugiados, nuestra Constitución Nacional y la ley 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.

2. Ley aplicable y protección de los derechos humanos

I. El punto crítico y respecto del cual no existe consenso es el de determinar hasta qué edad dichos adolescentes son acreedores de la tutela de esta Tutoría integrante de la Defensa Pública y de la interesante y valiosa intervención del Defensor de Menores e Incapaces en los términos del artículo 59 del Código Civil: ¿hasta qué edad los adolescentes que ingresan a nuestro país solicitando asilo y peticionando la calidad de refugiados –situación que les permitirá luego tramitar su documento nacional de identidad– deben ser asistidos y protegidos por el Tutor Público?

La solución dependerá de la postura que adoptemos: 1) la edad de 18 años prevista en el artículo 1 de la Convención o bien la edad de 21 años prevista por nuestro ordenamiento civil; 2) el domicilio que debe tenerse en cuenta para determinar

la capacidad de dichos adolescentes, es decir el domicilio del país de donde provienen o bien el domicilio de nuestro país. Ello resulta crucial justamente para determinar la capacidad de nuestros adolescentes.

Del relevamiento de las legislaciones de donde son oriundos los peticionantes de refugio (Senegal, Burundi, Liberia, Ghana, Congo y otros países africanos) surge que la mayoría de edad se alcanza, de acuerdo al país de origen, entre los 17 y 19 años de edad.

Consideramos que razones humanitarias, de derecho internacional de los derechos humanos, del propio Código Civil y de la ley 26.061, la protección y asistencia debe extenderse hasta la edad de 21 años conforme lo dispuesto por los artículos 126 y 128 del Código Civil, es decir que corresponde aplicar las leyes de nuestro país y no las leyes de los países de donde provienen mis tutelados.

El artículo 126 prescribe: "Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de veintiún años".

El fundamento de la incapacidad de los menores que no han cumplido veintiún años de edad se encuentra en que hasta ese momento se presume que las personas no han adquirido la suficiente madurez intelectual y de juicio para poder dirigir por sí mismos su persona y administrar y disponer de sus bienes. Además, motivos de orden social imponen la determinación de cierta edad como presunción de habilidad para actuar en la vida jurídica¹.

Por otra parte, y remitiéndonos a los adolescentes que ingresan peticionando refugio en nuestro país, sabemos que tienen el ánimo o intención de permanecer en él. Dicho ánimo o intención son requisitos que tornan de aplicación lo dispuesto en el artículo 89 del Código Civil.

Asimismo es dable destacar que mis tutelados, al carecer de representantes legales tienen el domicilio de sus representantes a tenor de lo expresamente dispuesto en el artículo 90, inciso 6: "los incapaces tienen el domicilio de sus representantes".

Corolario de ello es que estos adolescentes tienen el domicilio de su tutor, es decir del Tutor Público y, en consecuencia, su capacidad se regirá por las leyes de nuestro país (arts. 1 y 6, Código Civil)

Lo contrario importaría: a) no satisfacer en forma eficaz las necesidades de estos niños ni garantizar adecuada y cabadamente sus derechos, b) no tener en cuenta el principio rector en materia de niños, niñas y adolescentes cual es el interés superior del niño al que me referiré más adelante.

Sí resulta importante e imprescindible destacar en este estadio que la actual existencia de un orden público internacional en materia de derechos humanos asegura la vigencia y garantiza el reconocimiento de los derechos fundamentales a las personas pertenecientes en cualquier calidad –léase, nacional, ciudadano, residente legal o ilegal– a los Estados miembros de la comunidad internacional².

Del conjunto de normas internacionales de derecho humanitario y de las normas aplicables en nuestro territorio, sin

¹ Belluscio y Zannoni, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 1, Ed. Astrea, p. 505.

² Gil Domínguez, Andrés; Fama, María Victoria y Herrera, Marisa, *Derecho constitucional de familia*, t. I, p. 12.

duda alguna debemos aplicar para cada caso en particular la que resulte más favorable a los intereses de los adolescentes: solo así cumpliremos con lo que el ordenamiento jurídico en su totalidad requiere, la satisfacción del interés superior del niño.

Si en nuestro ordenamiento interno existe una norma más favorable a los derechos de los niños, niñas y adolescentes debe ser aplicada a favor justamente de quienes constituyen uno de los grupos vulnerables de nuestra sociedad, grupo que en el caso podemos afirmar sin hesitación alguna que lamentablemente padece de una doble vulnerabilidad por su calidad de peticionantes de refugio.

A ellos debemos proveerles y aplicar todas las normas que mejor satisfagan sus derechos fundamentales y el acceso a la justicia ya reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en las Convenciones y Protocolos sobre Refugiados, en la Convención sobre los Derechos del Niño (todas ellas de carácter constitucional a tenor de lo dispuesto por el art. 75, inc. 22, de nuestra Carta Magna), en la ley 26.061 sobre Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y en nuestro Código Civil.

Sabido es que la protección de la niñez ha constituido una preocupación fundamental de la comunidad internacional desde el año 1924 donde, en el marco de la Sociedad de las Naciones se sancionó la Declaración de los Derechos del Niño, primer instrumento internacional que aborda la cuestión de los derechos de la infancia. Desde ese entonces lo que se procura es que “la humanidad debe a los niños lo mejor que pueda darle (...) sobre toda consideración de raza, nacionalidad o credo...” (Declaración de Ginebra).

Puede entonces considerarse el instrumento mencionado como el primero interesado en la protección de los niños. Dicho documento luego fue suplido por otros, que con el avance de la sociedad produjeron interesantes e importantes cambios que se cristalizaron en reconocimientos aún mayores y plenos para los que hoy llamamos niños, niñas y adolescentes.

Existen un sinnúmero de posturas doctrinarias y jurisprudenciales que se han elaborado en torno del concepto del interés superior del niño, reflejando ello la dificultad que conlleva su determinación como principio que permita resolver los conflictos de derechos en los que resulten involucrados los niños, de manera cierta, única y previsible. Para precisar la noción del interés del niño, su referencia debe proyectarse a futuro, de modo de adoptar aquella decisión que mejor asegure el desarrollo de su personalidad en el marco del reconocimiento de sus derechos fundamentales. Al respecto la Convención de los Derechos del Niño señala en su preámbulo que el niño “debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad” de modo que es responsabilidad de los Estados Parte tomar las medidas adecuadas para favorecer su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social³.

³ *ídem*, ps. 47-48.

¿Podemos entonces considerar que a los 17, 18 años (según prescribe la Convención de los Derechos del Niño de rango constitucional en nuestro país a tenor de lo dispuesto por el art. 75, inc. 22, de la Carta Magna) o 19 años un adolescente que peticiona ser reconocido como refugiado se encuentra preparado para una vida independiente en sociedad?

La respuesta es a todas luces negativa. Ello por cuanto dichos adolescentes ingresan al país a partir de los 14 años aunque preferentemente con 17 o 18 años de edad, desconocen nuestro idioma, desconocen la ciudad misma, no tienen, en la mayoría de los casos, familiares o conocidos con quienes puedan albergarse o relacionarse, practican otras religiones que incluso no son conocidas en nuestro país, hablan un idioma o dialecto que se asemeja a veces al inglés y a veces al francés, no poseen la documentación que acredite siquiera su verdadera filiación, procedencia y fecha de nacimiento, no se encuentran en condiciones de poder trabajar, entre tantas otras cosas.

A ello claro está se suman las tristes causas que determinaron el alejamiento de su país y en algunos casos de sus seres queridos y las condiciones de ingreso a nuestro país: lo hacen con pocas posesiones, no tienen dinero suficiente para pagar un alojamiento, no poseen un acceso directo a un tratamiento médico, ingresan en definitiva a “un mundo diferente”, a una sociedad de diferentes desconocidos a la que deberán adaptarse con el desafío de integrarse y lo hacen en un estado de angustia, con los posibles traumas y miedos que supone haber abandonado su país y su familia.

Es por ello que resulta a todas luces conveniente la aplicación de la regla del Código Civil que prevé que la mayoría de edad se alcanza a los 21 años.

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

La redacción del artículo transcripto, supone el análisis de diferentes cuestiones que atañen al derecho internacional privado: 1) La Convención define el concepto niño que, a los efectos de las normas programáticas referentes a las obligaciones de los Estados Parte (elaboración de normas de derecho interno y derecho internacional privado, y adopción de medidas de naturaleza asistencial y económica), para garantizar los derechos del niño, en ella declarados (respeto a la vida, integridad, libertad, protección espiritual y material para un desarrollo integral de su persona, etc.) constituye el destinatario de este esfuerzo internacional; 2) Por este motivo, no se debe entender la parte 2^a del artículo transcripto como la consagración del principio *favor maioritatis* que inspira las normas de conflicto materialmente orientadas de los artículos 138 y 139 del Código Civil argentino; 3) En rigor, dado el aspecto fundamentalmente tutivo de este instrumento internacional,

no resulta acorde con él recurrir a la “ley que le sea aplicable” para frustrar la aplicación de la Convención, cuando según ella, el niño haya dejado de serlo para considerarlo mayor de edad, sino al contrario, admitir la “ley que le sea aplicable”, para extender el ámbito de aquélla a la persona, desde la concepción hasta un límite más extenso de edad⁴.

Ello permitirá garantizarles los derechos de la ley 26.061 en su totalidad y así gozar de los programas que deben instrumentar y poner en funcionamiento las autoridades administrativas locales (arts. 32, 33, 42 y 43 de la ley 26.061), de contar con un funcionario del Ministerio Público de la Nación, que en su calidad de tutor se encuentra a su disposición para solucionarle sus problemas diarios y cotidianos, para acompañarlo en el procedimiento administrativo para lograr su calidad de refugiado, en definitiva una persona que pasa a constituir como puede apreciarse en la práctica un referente para ir insertándose de a poco en una cultura y sociedad que le son ajena.

Y lo que es de suma importancia es que en estas condiciones se podrá evitar que estos adolescentes, dada su importante vulnerabilidad, sean objeto de explotación, de abuso físico y sexual, de trata de personas.

Recordemos una vez más que son menores no acompañados por un adulto que los cuide. Aparece así como necesaria la figura de un “representante”, de un tutor que vele por su seguridad física, que lo ayude a través de los distintos programas elaborados por los organismos involucrados de carácter nacional e internacional a satisfacer sus necesidades materiales, espirituales y físicas básicas.

Esto significa y revela, como consecuencia también, que nuestro país está dotado de políticas públicas que incluyen un profundo respeto, compromiso moral e internacional como país de asilo, a la vez que en la práctica la figura del tutor en consonancia con los programas existentes más los organismos a los que he hecho referencia en el inicio del presente documento coadyuvará al fomento de la autosuficiencia de los peticionantes de refugio.

Dicha autosuficiencia una vez alcanzada y adquiridos los 21 años de edad les permitirá entonces seguramente desarrollarse libremente como pretende nuestra reciente ley tan esperada y respecto de la cual depositamos todos los ciudadanos de este país grandes esperanzas, la ley 26.061.

Asimismo, resulta a todas luces razonable y favorable para dichos menores que al ingresar a nuestro país y hasta tanto el CEPARE se expida respecto de la calidad de refugiado cuenten con la ayuda pertinente del Tutor en aras de facilitar dicho procedimiento, a través de las presentaciones que deben efectuarse en el mismo de carácter jurídico, defendiendo sus derechos en el proceso de elegibilidad; como también en la obtención de los mejores programas que en la forma más eficiente y eficaz les permitan, justamente, integrarse a la sociedad y así luego actuar libremente en ella a través de la obtención de un

⁴ D'Antonio, Daniel Hugo, *Derecho de menores*, 4^a ed. actualizada y ampliada, Ed. Astrea, ps. 452-453.

empleo, del acceso a la cobertura médica y, en definitiva, del goce pleno y total de los derechos de ciudadano.

Es por todo lo expuesto que si bien considero, como parte de la actual doctrina mayoritaria que la noción de autonomía subyacente en la Convención de los Derechos del Niño no se condice con el concepto de capacidad del Código Civil, y que resulta necesario armonizar lo dispuesto en dicho Código con la Convención de rango constitucional de modo de respetar los derechos de los niños, niñas y adolescentes y que, asimismo, corresponde a los jueces como depositarios de la última palabra la de respetar el orden constitucional, es decir aplicando la Convención en detrimento de normas infraconstitucionales; debo, sin embargo, en el caso de los adolescentes peticionantes de refugio, apartarme de dicha doctrina y expresar que el interés superior del niño que tiñe toda la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26.061 solamente se verá realmente interpretado, respetado y consolidado si nos acogemos a la mayoría de edad que se encuentra prevista en nuestro Código Civil.

Esta interpretación no surge de una posición doctrinaria sino que la misma Convención sobre los Derechos del Niño, en los artículos 1 y 3, estaría solucionando y ofreciendo el remedio para los casos de colisión en la aplicación de normas contradictorias al proclamar al interés superior del niño como principio general al que debe necesariamente adecuarse toda la legislación y zanjarse toda colisión de normas. Son los artículos citados, sin lugar a dudas, los que ofrecen amablemente y con total respeto al interés superior del niño la solución en el caso y nos permiten con meridiana claridad zanjar cualquier conflicto de interpretación de normas.

De no ser ello así, nos encontraríamos con la paradoja de dejar de lado a una población que con un alto grado de vulnerabilidad no encontrará en nuestro país lo que ha venido a buscar, es decir, el respeto a su vida, a su integridad física y a su dignidad humana.

Corolario de todo lo expuesto es que en el caso bajo examen, de aplicarse lo dispuesto en la Convención respecto de la mayoría de edad sin más, y sin hacer un análisis de la misma en su conjunto, estaríamos justamente olvidando el postulado máximo de la Convención –el interés superior del niño (art. 3)– y el deber que como Estado hemos asumido al comprometernos con el derecho humanitario y con la comunidad internacional.

Detenidas embarazadas. Normativa y tratados de derechos humanos

Juan Rubén Pulcini*

I. Introducción

No existen disposiciones expresas en la normativa nacional que contemplen bajo un especial régimen protector, la situación de las mujeres privadas preventivamente de su libertad en estado de embarazo o madres de niños de hasta seis meses de edad (colectivo al que en adelante se hará referencia como “detenidas embarazadas”), pese a que existen normas de protección de la situación de las mujeres que en uno o ambos de dichos estados, han sido condenadas a cumplir pena privativa de libertad, y a que en el bloque de constitucionalidad federal existen disposiciones provenientes de los Tratados de Derechos Humanos (en adelante, DD.HH.) que propugnan una especial protección de los niños, la familia y la mujer.

La idea que se esboza en el presente no es original, sino movilizada a partir de la lectura de un destacado trabajo doctrinario de la prestigiosa Defensora Oficial Doctora Perla I. Martínez de Buck¹, en el que deja expuesto como adicional a su planteo medular, lo que este trabajo no es más que un modesto intento de profundización desde una óptica procesal constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, respecto de la posibilidad de aplicación a las detenidas embarazadas del supuesto del artículo 495² del Código Procesal Penal de la Nación (en adelante, CPP Nación).

La tesis a desarrollar, entonces, es que el citado dispositivo legal no debe limitarse en su aplicación a la situación de las condenadas, sino que debe alcanzar también a las “detenidas embarazadas”, aunque no en el marco de una detención domiciliaria sino del diferimiento o la suspensión de la detención. Para ello se trabajará sobre tres ejes articuladores: a) la normativa vigente y el estado de la cuestión; b) la hermenéutica de lo aplicable de nuestro ordenamiento jurídico a la luz de los principios y garantías derivados del derecho internacional de los DD.HH.; y c) las vías procesales y la legitimación para requerir pronunciamientos judiciales sobre la materia.

II. Normativa nacional y bloque de constitucionalidad federal

II. 1. Normativa infraconstitucional vigente

No existiendo en la legislación procesal nacional regulación particular o atención especial a la situación de las emba-

* Defensor Público Oficial ante el Juzgado Federal de Primera Instancia de la Ciudad de Río Cuarto, provincia de Córdoba.

¹ Martínez de Buck, Perla I. y Patricia J. Plesel de Kiper, *Detención domiciliaria. ley 24.660. Aplicación a procesados no condenados*, en “La Ley”, 2003-A-813.

² “Suspensión. La ejecución de una pena privativa de la libertad podrá ser diferida por el Tribunal de juicio solamente en los siguientes casos: 1º) Cuando deba cumplirla una mujer embarazada o que tenga un hijo menor de seis (6) meses, al momento de la sentencia (...) Cuando cesen esas condiciones, la sentencia se ejecutará inmediatamente”..

razadas en prisión preventiva, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria sostienen que ellas están sujetas al régimen de la generalidad de los procesados privados cautelarmente de su libertad. En cambio, en materia de ejecución penal, la situación de las condenadas embarazadas (en esta genérica referencia se incluye también el caso de las mujeres con hijos lactantes menores a seis meses de edad) está contemplada en la ley 24.660, en su artículo 192³, y el CPP Nación en el artículo 495.

Se plantea como un primer obstáculo a la comprobación de la tesis esbozada, la posibilidad de aplicación al colectivo de detenidas embarazadas del artículo 192 de la ley 24.660, por remisión del artículo 11 de la citada norma. Esta remisión condicionada debe analizarse sistemáticamente con la otra norma vigente y válida que regula la situación de ejecución de mujeres embarazadas. Debe resaltarse que ambas disposiciones (art. 192, ley 24.660, y art. 495, CPP Nación), son de carácter sustantivo⁴, aunque una de ellas se encuentre receptada en el código procesal.

Otro obstáculo a la tesis esbozada se presentaría en las disposiciones de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas⁵, cuya regla 23⁶, ubicada en la Primera Parte: reglas de aplicación general, servicios médicos, hace referencia a la situación de las reclusas embarazadas⁷. No debe soslayarse que las reglas de tal dispositivo internacional, independientemente de ser considerado *soft law* en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH), a la luz de Fallos 328:1146, configuran pautas fundamentales –recogidas por la ley 24.660– a las que debe adecuarse toda detención.

Para el caso de reclusas embarazadas menores, a través de las prescripciones de la ley 26.061 artículo 17, 3 párrafo, y su Decreto reglamentario 415/06, el Estado argentino –como se tratará de demostrar– continúa discriminando al colectivo de detenidas embarazadas respecto del otro colectivo, el de las condenadas embarazadas.

Suspensión de la ejecución (art. 495, CPP Nación)

Para el análisis de la regulación protectora de la situación de las condenadas embarazadas o con hijos menores de seis meses de edad, se acudirá a lo que los autores del proyecto, el legislador y la doctrina han entendido que motivara su alumbramiento en el mundo jurídico.

La Exposición de Motivos de la ley 23.984 (CPP Nación) nada aporta en particular sobre este punto del proyecto⁸.

³ Sobre el particular sólo se expuso: “Las distintas situaciones en que puede encontrarse el condenado a pena privativa de libertad son resueltas por los artículos 466 y 469; su suspensión, en casos excepcionales (mujeres embarazadas o con un hijo menor de seis (6) meses, o grave enfermedad) por el artículo 467...”.

⁴ “En los establecimientos para mujeres deben existir dependencias especiales para la atención de las internas embarazadas y de las que han dado a luz. Se adoptarán las medidas necesarias para que el parto se lleve a cabo en un servicio de maternidad”.

⁴ Cfr. Cafferata Nores, José I. y Aída Tarditti, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Comentado*, t. 2, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2004, p. 545; y Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. VII, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1968, p. 352.

⁵ Pueden encontrarse en www.ohchr.org/spanish/law/reclusos.htm.

⁶ “23.1) En los establecimientos para mujeres deben existir instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, de las que acaban de dar a luz y de las convalecientes. Hasta donde sea posible, se tomarán medidas para que el parto se verifique en un hospital civil. Si el niño nace en el establecimiento, no deberá hacerse constar este hecho en su partida de nacimiento. 2) Cuando se permita a las madres reclusas conservar su niño, deberán tomarse disposiciones para organizar una guardería infantil, con personal calificado, donde estarán los niños cuando no se hallen atendidos por sus madres”.

⁷ Debe destacarse que nada se agrega sobre la situación de las reclusas embarazadas *a posteriori*, dentro de las reglas aplicables a las “categorías especiales”, como es el caso de: “A. condenados” ni “C. Personas detenidas o en prisión preventiva”; por lo que la regla 23 es de aplicación a todas las categorías de reclusas.

Por su parte, uno de los sindicados autores del proyecto de código, en su obra⁹, comentario al artículo 495 expresó: “La suspensión de la ejecución de sentencia basada en razones físicas y morales como las que claramente indica el artículo, para una posterior ejecución luego de superadas ellas, muestra la razonabilidad de la aplicación procesal en ejecución de sentencia, la necesidad de un órgano jurisdiccional para la valoración de los diversos casos y fundamentalmente la heterogeneidad de su materia”.

Clariá Olmedo¹⁰, en relación con los “casos de postergación” de la ejecución, dijo que ello puede darse: “2. Si se tratase de una mujer embarazada, cualquiera sea el período de la gestación. *Se trata de proteger a la futura madre y de no entorpecer el normal desarrollo del feto (...)* Si una vez resuelta la postergación surgieren sospechas al respecto, podrá también ordenar la vigilancia policial”. Sigue diciendo el autor de cita que si el hijo nace vivo, se dará el otro supuesto por lo que la postergación se dará por un lapso resultante de la suma de ambos términos. En relación con el otro supuesto de suspensión se dará “3. Cuando se trate de una mujer que tenga un hijo menor de seis meses. Se trata aquí de una medida protectora de la salud y asistencia tanto de la madre como del hijo en los primeros pasos de vida de éste”. En tal sentido, dice Clariá Olmedo¹¹: “Debe tenerse en cuenta que si bien la postergación puede ser instada por el condenado, sustancialmente no es un derecho de él; *es una institución protectora de intereses considerados por la ley superiores al de la inmediata ejecución de la condena. Esos intereses no pueden ser dispuestos por los particulares. El condenado debe por tanto, acatar la medida jurisdiccional dispuesta...*” (destacados agregados).

De la lectura de la exposición de motivos, el comentario del autor del proyecto luego convertido en código de procedimiento, y la calificada opinión de Clariá Olmedo¹², no pueden albergarse dudas en torno a que a través de la suspensión de la ejecución de la pena, prescripta en el artículo 495, CPP Nación, se procura: “proteger a la futura madre” evitando que el encierro pueda acarrearle padecimientos físicos (expresa el citado autor que, incluso en caso de haber nacido muerta la criatura, “la postergación se prolongará hasta que la parturienta esté en condiciones de ser alojada en el establecimiento carcelario...”), como asimismo no entorpecer el normal desarrollo del feto. En relación con los menores de seis meses de edad, se trata de una medida protectora de la salud y asistencia tanto de la madre como del hijo en su primer tramo de vida. A través de ello, el propio legislador está reconociendo el efecto nocivo que para la salud y asistencia de la mujer embarazada y del menor de seis meses, como asimismo para el normal desarrollo del feto, tiene la vida carcelaria.

Esto también ha sido reconocido por la CSJN en Fallos 328:1146, cuando dijo: “la privación de libertad, al título que

⁹ Levene, Ricardo (h.); Casanovas, Jorge O.; Levene, Ricardo (n.) y Hortel, Eduardo C., *CPP Nación. Comentado y concordado*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 442.

¹⁰ Clariá Olmedo, ob. cit., p. 350.

¹¹ Clariá Olmedo, ob. cit., p. 353.

¹² En este tópico se permite discrepar con el maestro cordobés (y con la doctrina judicial que lo sigue en este punto), quien apoyándose en el vocablo “diferir”, expresa que la norma en estudio está prevista sólo para el caso de mujeres embarazadas en libertad, es decir no detenidas al momento de quedar encintas. Si bien es cierto que el tipo procesal dice “diferir”, su título habla de “suspensión”, que conforme al Diccionario de la Real Academia significa: “Acción y efecto de suspender”, y “suspender” quiere decir “4. Parar, interrumpir...”; es decir dejar sin efecto algo en curso, hacer cesar. Es por ende admisible entender que el supuesto del artículo 495 del CPP Nación se refiere tanto a los casos de embarazadas o madres de hijos de hasta seis meses de edad en libertad a las que se les “difiere” el cumplimiento de la pena, como a las ya privadas de libertad a las que se les “suspende” el cumplimiento de la pena en curso. De otra manera, no puede razonablemente entenderse que la ley discrimine o difiera el efecto nocivo que el encierro tiene para la salud de una embarazada o de su lactante, según estén o no recluidos al momento de cumplir la condena.

fuese, tiene un efecto afectivo y deteriorante para toda persona institucionalizada, que en cierta medida es imposible eliminar por ser inherente a su situación, pero que de ningún modo puede tolerarse que se agrave indebidamente”.

Doctrina judicial

No puede soslayarse que la tesis esbozada no encuentra apoyo en los precedentes judiciales. En sentido negativo a lo que este trabajo procura demostrar se han expedido, entre otros la Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala A¹³, y la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala 1¹⁴.

Desde la otra vereda, los Tribunales con mayor grado de atención a los Tratados de DD.HH., han admitido la aplicación del artículo 33 de la ley 24.660¹⁵ y, bajo el régimen de *detención domiciliaria*, para el caso de detenidas con hijos menores. En función de ello, no se ha ordenado la suspensión de la detención preventiva y recuperó de la libertad de la detenida embarazada como se propone en el presente y como lo prescribe el artículo 495, CPP Nación, sino que se ha trocado la detención carcelaria por otra ciertamente más benigna como es la detención domiciliaria. No pasan inadvertidos algunos beneficios de esta situación privilegiada de detención respecto de la excarcelación, por caso que el tiempo de la detención domiciliaria será incluido en el eventual cómputo de pena; pero, volviendo otra vez a la norma en análisis, ello no es lo que surge de su texto. Es que acudiendo nuevamente a Clariá Olmedo¹⁶ cabe decir con él que “Dado que el diferimiento implica no ejecutar la pena, durante los lapsos previstos el condenado queda legalmente en libertad”.

III. Derechos y principios del derecho internacional de los derechos humanos

Planteada la postura que se defiende en el presente, expuesta la normativa vigente y esbozado el estado de la cuestión; debe completarse el panorama acudiendo al bloque de constitucionalidad federal¹⁷, como herramienta hermenéutica que contribuirá a dilucidar cuál es el marco normativo que debe regular –a falta de norma expresa– la situación de las detenidas embarazadas.

III. 1. El DIDH aporta argumentos para hacer operativa la protección del colectivo bajo estudio. En tal sentido, dos principios auxilian la aplicación del supuesto del artículo 495, CPP Nación, a la situación de las detenidas embarazadas:

III. 1. 1. Principio *pro persona*: Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –en adelante, CETFDCM–, artículo 23.a¹⁸; Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica” –en adelante, PSJCR–, artículo 29¹⁹; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –en adelante,

¹³ *In re*, “Wozniak, Karina y otra”, fallo de fecha 23/03/06.

¹⁴ *In re*, “Quichua Quispe, Eda C.” fallo de fecha 14/3/2006; “Huaringa Padilla” fallo de fecha 19/1/2005 .

¹⁵ Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, *in re*, “Espíndola, Alejandra”, fallo de fecha 27/11/2006.

¹⁶ Clariá Olmedo, ob. cit., p. 352.

¹⁷ Manili, Pablo Luis, *El Bloque de constitucionalidad. La recepción del DIDH en el Derecho Constitucional Argentino*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003.

¹⁸ “23. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda tomar parte de: a) la legislación de un Estado Parte...”.

¹⁹ “29. Normas de interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho y libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados. c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano...”.

PIDCP-, artículo 5.2²⁰; Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –en adelante, PIDESC–, artículo 5; Convención sobre los Derechos del Niño –en adelante, CDN–, artículos 41 y 5; Convención contra la Tortura, artículo 1.1; Convención de Belem do Pará, artículo 14²¹.

Dice Salvioli²²: “el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como todo corpus jurídico, se nutre de reglas y principios, algunos de estos últimos derivan en particular del derecho internacional público y otros son propios de la disciplina, establecidos para hacer efectiva la aplicación de las normas. Sin duda el más importante de ellos es aquel al que la doctrina llama *pro homine, al que nosotros preferimos mencionar como el principio pro persona*”.

Es uniforme la doctrina en tomar el concepto de Mónica Pinto²³ respecto a que el principio *pro homine* es un criterio que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o interpretación más restringida cuando se tratan de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. Tomado el principio *pro homine* como una pauta de hermenéutica, implica que la interpretación y aplicación de las normas de derechos humanos debe hacerse a la luz del principio *pro homine*, del principio de no discriminación y teniendo en cuenta su objeto y fin. Dice la destacada autora, que nada obsta a que en el ámbito interno puedan consagrarse derechos protegidos con un alcance mayor que el establecido por las normas internacionales.

Si en otras ramas de derecho existen reglas de hermenéutica tales como la civilista del *favor debitoris*, la penalista del *in dubio pro reo*, la laboral del *in dubio pro operario*, mucho más sentido tiene el principio de interpretación *pro homine*, cuando de lo que se trata no es de estar en desventaja frente a otro particular o a un empresario, sino de la desigualdad existente entre un individuo y el propio Estado, para hacer valer nada más ni nada menos que sus derechos humanos fundamentales, como soporte indispensable y excluyente de todos los otros derechos del ser humano.

El principio *pro homine* se traduce para Henderson²⁴ en tres reglas: a) aplicación de la norma más protectora; b) conservación de la norma más favorable y, c) interpretación con sentido tutelar. La primera se da cuando a una determinada situación concreta, le es posible aplicar dos o más normas vigentes, nacionales e internacionales, cualquiera que sea su jerarquía. Con esta regla, el juez y el intérprete deben seleccionar entre varias normas concurrentes, eligiendo aquella que contenga protecciones mejores o más favorables para el individuo o la víctima en relación con sus DD.HH. Efectuan-

20 “5.2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

21 “14. Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como restricción o limitación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o a otras convenciones internacionales sobre la materia que prevean iguales o mayores protecciones relacionadas con este tema”.

22 Salvioli, Fabián, *Un análisis desde el principio pro persona, sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, en Cantón, Santiago (comp.), *Políticas públicas en derechos humanos: la implementación de estándares internacionales*, American University, Washington College of Law, 2006, p. 68.

23 Pinto, Mónica, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 163.

24 Henderson, Humberto, *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*, en Dulitzky, Ariel (comp.), *Políticas públicas en derechos humanos: La implementación de estándares internacionales*, American University, Washington College of Law, Washington, 2006, p. 144.

do una primera aplicación de esta técnica hermenéutica, cabe concluir que el artículo 495, CPP Nación, se presenta como norma más protectora que el artículo 192 de la ley 24.660 o su símil del artículo 17 de la ley 26.061 y las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de la ONU.

Por la segunda, el principio *pro homine* actúa como una regla de interpretación y aplicación en el caso de sucesión de normas, cuando una norma posterior tiene vocación para desaplicar o derogar una norma anterior de igual o inferior jerarquía de manera expresa o tácita. En virtud de esta regla del principio *pro homine*, una regla posterior no derogaría o desaplicaría otra anterior, independientemente de su jerarquía, en tanto la anterior consagre mejores o mayores protecciones para las personas que deben conservarse. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 ha afirmado que entre varias opciones debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido.

En tal sentido, Henderson²⁵ retoma las ideas del Instituto Interamericano de Derechos Humanos en cuanto a que “la invocación y el uso de la norma más protectora son perfectamente aceptados en la doctrina acerca de la defensa judicial en derechos humanos, dado el objetivo garantista que orienta la materia”.

Por la última regla, la aplicación del principio *pro homine* se da por la interpretación que mejor tutele los derechos humanos de entre varias interpretaciones posibles. En este caso, no hay elección entre dos normas concurrentes o sucesivas, sino opción entre diversas interpretaciones de una misma norma.

III. 1. 2. Igualdad ante la ley. Declaración Universal de los Derechos Humanos –en adelante, DUDH–, artículos 7 y 10²⁶; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –en adelante, DADyDH–, artículo II²⁷; PSJCR, artículo 24²⁸; PIDCP, artículos 14.1 y 26²⁹; y Convención de Belem do Pará, artículo 4.f³⁰, sin perjuicio del artículo 16 de la CN.

Dice Pablo Riberi³¹ que, desde el punto de vista constitucional, la igualdad involucra dos tipos de normas: 1) la igualdad ante la ley (de todos o nadie), o de cierta “clase” de individuos que deben obedecer los abstractos contenidos de normas generales emanadas de una autoridad legítima; 2) la

de todos los derechos humanos a las libertades consagrados por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden entre otros: (...) e. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley...”.

³¹ Riberi, Pablo, *Igualdad y diferencia en el orden constitucional argentino*, en Asociación Argentina de Derecho Constitucional, *A 10 años de la Reforma de la Constitución Nacional*, Edit. Advocatus, 2005, p. 365.

²⁵ Henderson, ob. cit., p. 139.

²⁶ “7. Todos son iguales ante la ley y tienen sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración (...) 10. Toda persona tiene derecho en condición de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

²⁷ “Il. Derecho de igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo, ni otra alguna”.

²⁸ “24. Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

²⁹ “14.1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia (...) 26. Todas las personas son iguales ante la ley y tiene derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación...”.

³⁰ “4. Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección

igualdad propiamente dicha que tiene en cuenta los efectos y relaciones que también se siguen de la aplicación de determinadas normas jurídicas. “De todos modos, la igualdad de trato y las operaciones para la igualdad que imponen las leyes, deben ser sometidas a evaluaciones de justicia. Igualdad y justicia, en consecuencia, invaden todas las relaciones que puedan dar sentido a ambos predicados en recíproca tensión”.

Dice el autor citado³² respecto a la igualdad como valor; que nuestra Constitución es un complejo de normas que se articulan en fórmulas legales, operativas y programáticas, pero también en una ideología y en unos valores fundacionales. La igualdad es uno de esos valores y se encuentra presente en nuestro Preámbulo. Es por ello, que la igualdad vista como un valor, es un predicado que se debe inteligir en clave de *justicia*. Sin duda, que existe una “igualdad moral” que sitúa a todo individuo en un idéntico “deber de reconocimiento”, por mera condición humana. Asimismo, por ejemplo, si ha mediado alguna “discriminación” no tolerada por la Constitución, puede descontarse que habrá una acción o “tutela judicial” para asegurar la vigencia de la igualdad como derecho constitucional afectado.

Complementando lo anterior, Calógero Pizzolo³³ expresa que “la igualdad es una noción básica para el Estado de Derecho. Este carácter trascendente de la igualdad está dado, más que nada, por constituir un mecanismo de legitimación condicionante de todo orden jurídico. La igualdad y sus más diversas manifestaciones –junto a la *razonabilidad*– son nociones omnipresentes en todo el sistema jurídico a punto tal que su exclusión significa la censura de aquel: sólo se admite un sistema igualitario y razonable, todos los derechos deben ejercerse en igualdad de condiciones, del mismo modo que toda reglamentación a los derechos debe ser razonable, etcétera”.

Entiende Pizzolo³⁴ que la igualdad absoluta debe descartarse y dejar su lugar a lo que llama *igualdad tolerante*. Tolerante de ciertos tipos de discriminación que tienen por objeto la protección de los desiguales, entre otras, las minorías étnicas, religiosas; o bien de los llamados grupos más vulnerables como los discapacitados, las personas con bajos recursos. Estos son casos de *discriminaciones* admitidas por la igualdad que se denominan *positivas o justificadas* en contraposición a las *negativas o injustificadas*. El criterio que permite distinguir la discriminación justificada de la injustificada no es otro que el de la *razonabilidad* expresado en el artículo 28 constitucional. Sólo la discriminación razonable, o sea la que no es arbitraria, será discriminación positiva o justificada a los efectos de la igualdad tolerante.

No hay igualdad –interpretada en clave de justicia–, cuando no hay similar tratamiento de un colectivo respecto de otro (condenadas y procesadas), en igual situación de vulnerabilidad física, psíquica y social. No resguarda el valor justicia, la protección de un grupo y la desprotección de otro en

³² Riberi, ob. cit., p. 370.

³³ Pizzolo, Calógero, *La noción de igualdad en el bloque de constitucionalidad federal*, en Asociación Argentina de Derecho Constitucional, *A 10 años de la Reforma de la Constitución Nacional*, cit., p. 342.

³⁴ Pizzolo, ob. cit., p. 349.

iguales condiciones. De interpretarse que el dispositivo del artículo 495, CPP Nación, no resulta aplicable a las procesadas, habría un trato desigual respecto las condenadas, violando los postulados de que la igualdad debe ser de todos –en similar situación– o de nadie (igualdad ante la ley); y que no debe haber desigualdad considerando los efectos y relaciones (libertad o reclusión) que siguen de la aplicación de una u otra norma (igualdad de la ley).

La interpretación negativa de aplicación del artículo 495, CPP Nación, a las detenidas embarazadas, no supera tampoco el test de razonabilidad. No resguarda el valor justicia el mayor rigor legislativo en el tratamiento del grupo de personas jurídicamente inocentes (principio de inequivalencia), respecto de otro colectivo en similar situación fáctica, física y social. Si lo que se procura proteger es la salud de la encinta, el normal desarrollo del feto y la integridad psicofísica de madre y lactante, no puede discriminarse a partir de su situación jurídica, por cuanto la discriminación se presenta como injustificada, arbitraria e irrazonable.

La postura restrictiva de aplicación de la suspensión de la detención se desmorona cuando se analiza la igualdad de las normas bajo el prisma de los hijos menores de seis meses. No puede entenderse razonablemente que sean diferentes las necesidades del niño de encontrarse en un ámbito adecuado con su madre, consideradas por el legislador para dictar el artículo 495, CPP Nación, según sea la situación procesal por la que ésta atraviese (esté detenida o en libertad, o sea condenada o procesada). Postular que la suspensión del encierro carcelario opera respecto de las madres condenadas a cumplir pena privativa de libertad pero no así respecto de las jurídicamente inocentes; como asimismo afirmar que puede haber suspensión de cumplimiento de la pena o de la detención si la madre no está privada de libertad, pero no en caso de que ya haya sido recluída, se presenta también como una medida discriminatoria o de castigo al niño por su lugar de nacimiento (cárcel o medio libre) o por la condición de su madre (condenada o inocente, detenida o libre). Lo mismo cabe decir respecto de los derechos de la persona por nacer. Fue precisamente uno de los asuntos que el Estado argentino se comprometió a eliminar al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 2.1 y 2.2.

Tampoco supera el test de razonabilidad que se prive o mantenga cautelarmente privada de libertad a una mujer embarazada o con hijo menor de seis meses, para asegurar el cumplimiento de una pena que, firme la condena a pena privativa de libertad, será suspendida dada su condición de embarazada o de madre de un menor de seis meses de edad.

Lo expresado se presenta como una discriminación injustificada, que no atiende a los principios de inocencia, de personalidad de la pena, de culpabilidad ni de dignidad humana. Este trato desigual se contrapone a la vez con la pro-

tección especial que –en igualdad de condiciones– el Estado argentino se comprometió a adoptar respecto a las mujeres en estado de gravidez, su familia y los derechos de los niños de este colectivo de madres detenidas o con orden de detención. Cuestiones que seguidamente se abordarán.

III. 2. El DIDH es conteste en reconocer una especial protección de la situación de:

III. 2. 1. *Mujeres en estado de gravidez*: CETFDCM, artículo 12.2³⁵; DUDH, artículo 25.2³⁶; PIDESC, artículo 10.2³⁷; DADyDH, artículo VII³⁸; CDN, artículo 24.d³⁹; PSJCR, artículo 4.5⁴⁰, y PIDCP, artículo 6.5⁴¹. En tal sentido, tal como es dable observar, el legislador argentino honrando sus compromisos internacionales, ha tomado una postura de mayor garantía y protección de la situación de la mujer condenada en estado de gravidez o madre de hijo lactante, que lo que puede encontrarse en la normativa internacional de los derechos humanos. Este acto de discriminación positiva y lógicamente de igualdad tolerante, no incluye a la totalidad de mujeres privadas de su libertad, sino que lo limita a un colectivo especial, soslayando incluir en dicho paraguas legislativo protector, a la otra porción del colectivo de mujeres privadas de libertad, en este caso las procesadas que se encuentren en estado de gravidez o sean madres de hijos menores de seis meses.

III. 2. 2. También los tratados de DD.HH. constitucionalizados receptan principios protectores de *la familia*: DUDH, artículo 16.3⁴²; PIDESC, artículo 10.1⁴³; DADyDH, artículo VI⁴⁴; PSJCR, artículo 17.1⁴⁵, y PIDCP artículo 23⁴⁶.

III. 2. 3. Es asimismo especial la protección que los Tratados de DD.HH. incorporados al bloque de constitucionalidad brindan a los derechos *del niño*: PIDESC, artículo 10.3⁴⁷; DADyDH, artículo VII (ver nota 19); CDN, artículos 2.1⁴⁸ y

35 “12.2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 *supra*, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”.

36 “25.2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales...”.

37 “10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que (...) 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto...”.

38 “VII. (...) derecho de protección a la maternidad y a la infancia. Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales”.

39 “24. Los Estados Parte reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (...) 2. Los Estados Parte asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para (...) d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiadas a las madres...”.

40 “4. Derecho a la vida (...) 5. No se impondrá la pena de muerte (...) a las mujeres en estado de gravidez”.

41 “6.5. No se impondrá la pena de muerte (...) a las mujeres en estado de gravidez”.

42 “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

43 “10. Los Estados Partes en el presente Pacto conocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”.

44 “Derecho a la constitución y a la protección de la familia. Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”.

45 “Protección a la familia. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

46 “23.1 La familia es elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

47 “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que (...) 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños...”.

48 “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de (...) el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

49 “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”.

50 “3.1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen (...) los tribunales (...) o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres (...) y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

51 “6.2. Los Estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervisión y el desarrollo del niño”.

52 “9.1 Los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres...”.

53 “19.1 Los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas (...) para proteger al niño contra toda forma de perjuicio...”.

54 “19. Derechos del niño. Todo niño tiene derecho a la medida de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

55 “24.1. Todo niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivo de (...) origen (...) social, (...) o nacimiento

2.⁴⁹, 3.1 y 3.2⁵⁰, 6.2⁵¹, 9.1⁵² y 19.1⁵³; PSJCR, artículo 19⁵⁴, y PIDCP, artículo 24.1⁵⁵. Amén de los derechos de los niños, el piso protectorio de *las menores privadas de libertad* son las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad⁵⁶, y de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores⁵⁷.

III. 3. Vale recordar que a través de los Tratados de DD.HH., Argentina se ha comprometido ante los organismos internacionales a dictar medidas legislativas y de otra índole, para protección de los derechos de estas personas e instituciones PSJCR artículo 2⁵⁸; PIDCP artículo 2.2⁵⁹.

Al respecto, en Fallos 325:524 (causa “Mignone”), la Corte dijo: “La tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos el goce de los derechos constituye una violación de [PSJCR], en la medida en que la expresión garantizar entraña el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídica y libremente el pleno ejercicio de los derechos humanos”. Por ello, la CSJN “debe velar porque la buena fe que rige la actuación del Estado Nacional en el orden internacional para el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional no se vea afectada a causa de actos u omisiones de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla (Fallos 315:1492, 318:373)”.

Si como en el caso argentino, a través del artículo 495, CPP Nación, se ha atendido especialmente la situación de las mujeres embarazadas *condenadas*, el trato desigual ante la ley y de la ley respecto de las detenidas (jurídicamente ino-

a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

56 Particularmente, Reglas 9, 11, 17, 18 y 28.

57 En especial, Reglas 13, 18, 19.1 y 26.4.

58 “2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus proce-

dimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

59 “2.2. Cada Estado parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

centes) no condenadas embarazadas, ocasiona responsabilidad internacional del Estado argentino.

III. 4. Otros principios y garantías en que se apoya esta postura

Amén de lo expuesto, existe otra batería de argumentos para sostener esta posición, que son principios de fuerte raigambre convencional referidos al Derecho Penal:

a) el estado jurídico de inocencia (CN, art. 18; PSJCR, art. 8.2; CDN, art. 40.2; DADDH, art. XXVI; DUDH, art. 11; PIDSP, art. 14.2; CPP Nación, art. 1);

b) el principio de la personalidad de la pena y la prohibición de su extensión, en este caso a los niños y las personas por nacer (Convención sobre los Derechos del Niño, PSJCR art. 5.3 y ss.); y

c) el principio de dignidad humana (CN, art. 18 *in fine*; PSJCR, arts. 5.1 y 2, y art. 11; CDN, art. 37.b y c; DADDH, art. XXV *in fine*; DUDH, art. 9; PIDCSP, art. 10.1; Convención Belem do Pará, art. 4.e; ley 24.660, arts. 8, 9, 58 y ss.).

III. 5. Hermenéutica admisible

Como conclusión de lo hasta aquí expuesto, se sostiene que no existiendo normativa especial respecto al colectivo que en este trabajo se denomina “detenidas embarazadas”, cabe aplicar a dicho conjunto de personas las disposiciones vigentes más protectoras, que en este caso vienen a ser las dictadas para la situación de las condenadas embarazadas (art. 495, CPP Nación).

La CSJN tuvo la oportunidad de expresar en Fallos 321:3555 (causa “Acosta, Claudia Beatriz y otros s/hábeas corpus”) que: “todos los jueces de cualquier jerarquía y fuero (...) aun ante la inexistencia de reglamentación legislativa indicativa del curso judicial a seguir (...) están obligados a atender a su contenido a fin de procurar la protección de los derechos humanos involucrados, pues en esta materia aquella no es requisito indispensable (Fallos 239:459, 317:247 entre otros), y por lo demás el Tribunal ya ha señalado que entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir con el objeto y fin del Pacto deben considerarse incluidas las sen-

tencias judiciales (Fallos 315:1492)” (destacados agregados).

Los principios y garantías del DIDH constituyen el basamento sobre el cual debe cimentarse la interpretación y aplicación de normas protectoras de los DD.HH., como es el caso del artículo 495, CPP Nación.

Se dijo anteriormente que existen normas superpuestas para el caso de las condenadas embarazadas y madres de hijos lactantes (ley 23.984, art. 495; y ley 24.660 en concordancia con las Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos y la ley 26.061 para el caso de menores), pero ausencia de disposiciones similares para el caso de las procesadas embarazadas.

La cuestión debe comenzar a resolverse a partir de una interpretación que respete principios básicos del DIDH y pueda superar el test de razonabilidad intrínseco en aquel proceso interpretativo.

Las reglas del principio *pro homine* sustentan la aplicación del artículo 495 del CPP Nación al caso de las *condenadas* embarazadas, desplazando al artículo 192 de la ley 24.660 y normativa complementaria.

En primer lugar, la regla de aplicación de la norma más protectora, seleccionando el dispositivo legal que contenga mejores protecciones para el ser humano, independiente mente de su jerarquía. En tal sentido, sin entrar a considerar especialidad o supremacía jerárquica, la disposición de suspensión de la ejecución de la pena es norma más favorable que la que exige adecuado tratamiento médico dentro del régimen de privación de libertad.

Por ello no se comparte lo señalado por Cafferata Nores en torno a la subsidiariedad del dispositivo procesal, respecto del de ejecución penal⁶⁰; por cuanto se acude, en este caso, a una regla de interpretación tradicional, que no se corresponde con los principios y reglas de interpretación contenidos en el bloque de constitucionalidad. En tal sentido,

⁶⁰ Cafferata Nores y Tarditti, ob. cit., p. 545.

debe recordarse lo dicho en torno a que el principio *pro homine* informa a todo el derecho de los DD.HH. en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos.

En segundo lugar, la regla de conservación de la norma más favorable. A través de esta regla se supera la sucesión temporal de la ley 24.660 respecto de la ley 23.984. En este caso, la norma posterior no deroga o desaplica la anterior, al margen de su jerarquía, si la anterior consagra mejores o mayores protecciones al ser humano. En este sentido, también –con la OC 5/85 de la Corte Interamericana– cabe decir que entre ambas opciones, debe escogerse la menos restrictiva del derecho escogido. Por otro lado, a la luz de los artículos 2 y 3 del CPP Nación, y 11 de la ley 24.660, las disposiciones de ésta última contradicen el principio de inocencia y no se presentan como más favorables para la situación de los procesados.

La tercera regla del principio *pro homine*, la de interpretación con sentido tutelar, contribuye a despejar las dudas en torno del alcance de los términos suspender o diferir de la norma escogida, en función de las reglas interpretativas antes desarrolladas. De entre varias interpretaciones posibles, debe escogerse la que mejor tutele los derechos humanos⁶¹. También con apoyo en la OC-5/85 de la Corte Interamericana, cabe decir que la suspensión de la pena aplicada a las mujeres que ya se encuentran privadas de libertad, es la más favorable y la que en menor escala restringe el derecho a la libertad.

Demostrado que las regulaciones del artículo 495 del CPP Nación son más favorables y mejor resguardan los derechos humanos de las condenadas embarazadas o madres de hijos menores de seis meses, debe acudirse también al principio de igualdad para corroborar que dicho dispositivo debe ser aplicado a la situación de las detenidas embarazadas.

Conforme la doctrina emanada de la CSJN en la mencionada causa “Verbitsky” (Fallos 328.1146), el supuesto del artículo 495 del CPP Nación, podría invocarse en las provincias para el caso de detenidas embarazadas. Siguiendo a la Corte, este piso mínimo constitucional debe ser respetado, atento tratarse de un instituto de naturaleza sustancial en un catálogo procesal.

En otros términos, si como aquí se postula, a la situación de las detenidas embarazadas resulta de aplicación el artículo 495 del CPP Nación, lo que el tribunal debe ordenar es la suspensión de la detención y, por ende, la libertad, y no la modificación de la forma de encierro (domiciliario en lugar de carcelario). La detención domiciliaria, continúa siendo una de las formas restrictivas de la libertad, ajena al supuesto del artículo 495 del CPP Nación que se refiere únicamente a supuestos de mantenimiento o recuperación de libertad.

⁶¹ Por esta interpretación pero sin su invocación expresa, se expidió la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, en el fallo citado en nota 14.

IV. Vía procesal, legitimación

Luego de haber concluido que el tipo procesal del artículo 495 del CPP Nación resulta de aplicación a la situación de las procesadas embarazadas, y sin soslayar que esto puede ser invocado individualmente ante cada juez que haya ordenado detener o tenga a disposición del juzgado a alguna mujer en dicha situación; interesa exponer la vía por la que la *situación del conjunto* puede ser resuelta.

La tesis que se expone es que habiendo en el caso inconstitucionalidad por omisión, corresponde al órgano judicial competente, así declararlo con motivo de una acción de hábeas corpus colectivo que interponga cualquiera dotado de legitimación.

IV. 1. Inconstitucionalidad por omisión

Se sostiene en el presente, que respecto a las detenidas embarazadas, existe olvido legislativo de un colectivo y por ende, una inconstitucionalidad por omisión. Asimismo, que paralelamente hay omisión del Poder Judicial de aplicar las normas internas y tratados internacionales que garanticen el respeto de los derechos humanos vulnerados.

Germán Bidart Campos⁶² expresa que la inconstitucionalidad por omisión es la que sobreviene cuando el órgano que conforme la constitución debe hacer algo, se abstiene de cumplirlo. Agrega, asimismo, que por el principio de la supremacía constitucional, el órgano judicial está llamado a hacer funcionar la norma programática deparándole la operatividad que no pudo alcanzar por la reglamentación omitida. Tanto se vulnera la constitución cuando no se hace lo que ella manda, como cuando se hace lo que ella veda. La inconstitucionalidad por omisión no invalida ninguna actividad positiva, sino que comprueba una omisión ofensiva. Expresa el autor que la justicia constitucional, puede lograr una solución consistente: 1) en declarar que la omisión es inconstitucional; 2) en reputar que la falta de reglamentación provoca una laguna en el orden normativo; 3) en integrar el orden normativo lagunoso, echando mano de la auto integración (por analogía o por aplicación de los principios generales del derecho) o de la heterointegración (acudiendo al valor justicia). En definitiva, siempre el tribunal debe conseguir que la norma general omitida en su reglamentación funcione directamente por impulso jurisdiccional y que nunca es lícito al tribunal argüir que no aplica la norma por falta de reglamentación.

En su premiado trabajo, Lucas M. Arrimada Antón⁶³, expresa que en cuanto a las tipologías de las omisiones constitucionales, “la doctrina se inclina por la división estipulada por Wessel, magistrado constitucional del tribunal alemán, quien diferencia entre la omisión absoluta y relativa. La primera (también llamada total) alude a la ausencia extrema de desarrollo de un precepto constitucional. La segunda hace

⁶² Bidart Campos, Germán, *La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión*, en “El Derecho”, 78-785.

⁶³ Arrimada Antón, Lucas M., *La Constitución histórica y los desafíos de la democracia constitucional en el Siglo XXI*, en “Debates de Actualidad”, Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 192, p. 88.

referencia a la vulneración del principio de igualdad por olvido de ciertos grupos en la legislación (omisión parcial). Para Wessel (...) las relativas sí son fiscalizables ya que suponen una vulneración inmediata del derecho fundamental por el legislador". El autor de cita entiende que la fiscalización de las omisiones relativas no debe tener como único norte la tutela del principio de igualdad, sino que debe comprender y complementar todo quebrantamiento del texto constitucional incluida la normativa de los tratados con jerarquía constitucional. Por ende, la constitucionalidad por omisión se hace ostensible en el mundo jurídico cuando la inacción de uno de los poderes del Estado (sea el Legislativo, el Ejecutivo o el Judicial) trasunta un incumplimiento de lo exigido por la Constitución o por un tratado de derechos humanos con jerarquía constitucional. En el caso del Poder Judicial, ingresa en el campo de inconstitucionalidad cuando advirtiendo una omisión violatoria de derechos, no la declara.

En definitiva, en el caso en estudio, hay dos órganos del Estado que incurren en inconstitucionalidad por omisión. El Congreso de la Nación, por vulnerar el principio de igualdad (y de no discriminación) por olvido, en la legislación procesal, del grupo de detenidas embarazadas (omisión parcial). En el caso del Poder Judicial, porque los jueces ordenan detener preventivamente o mantienen la detención de mujeres embarazadas y de madres de hijos menores de seis meses o no declaran la inconstitucionalidad de la detención de este vulnerable colectivo; en abierta violación a los esbozados principios de igualdad, no discriminación, pro persona, inocencia, culpabilidad, personalidad de la pena y fundamentalmente del derecho a la libertad.

IV. 2. Hábeas corpus colectivo

Sin perjuicio de que la petición de aplicación del artículo 495, CPP Nación, a la situación de detenidas embarazadas puede ser efectuado ante cada tribunal a cuya disposición se encuentre la interna, a la luz de los preceptos constitucionales aparecen otros mecanismos de mayor alcance para la aplicación a este colectivo de los beneficios esbozados, como el caso del hábeas corpus colectivo.

Parafraseando a Sagüés⁶⁴, cabe decir que ya en su origen histórico y en su concepción tradicional, el hábeas corpus surge como remedio contra una detención. Su meta natural estriba en disponer una libertad. Tratándose la situación del colectivo bajo estudio, de mujeres privadas de libertad por órdenes judiciales violatorias de derechos humanos contenidos en el bloque de constitucionalidad y existiendo en el caso un supuesto de inconstitucionalidad por omisión; la acción procedente contra ellas, es la acción de hábeas corpus. Tiene dicho la CSJN en Fallos 321:3646 (causa "Juan Carlos De la Torre"): "si bien el derecho internacional no establece por cierto la forma que debe revestir el procedimiento ante los tri-

⁶⁴ Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus*, 3^a ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 133.

bunales locales, reconoce en general la vía del hábeas corpus como apta para garantizar toda clase de restricción a la libertad ambulatoria (arts. 7.6, PSJCR; 9.4, PIDCP; 8, DUDH; XVIII y XXV, 3º párrafo, DADyDH; y 5.4 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales)". También la CSJN tuvo la oportunidad de decir, en Fallos 327:4658 (causa "Defensor oficial s/interpone acción del art. 43 de la CN") que "lo que caracteriza al hábeas corpus es el objetivo de suministrar un recurso expeditivo para la protección de los derechos comprometidos cuando fuere urgente modificar el agravamiento de las condiciones de detención".

Pero en el caso bajo estudio no se estaría frente a un hábeas corpus ordinario o correctivo, sino uno especial, de reciente desarrollo en la doctrina judicial, que es el hábeas corpus: a) reparador, b) principal, c) colectivo, y d) dirigido contra actos jurisdiccionales. No ofrece dificultades por su acentuada raigambre en la práctica judicial, el concepto de hábeas corpus reparador (o sea el que ataca una lesión ya consumada, en oposición al preventivo que busca impedirla); y principal (cuando tiene por objeto cuestionar una detención o prisión ilegítima producida)⁶⁵.

Mayores dificultades presenta el tipo *colectivo* de hábeas corpus; que conforme una primera y ligera hermenéutica, carecería de recepción en el texto constitucional. Sin embargo, calificada doctrina constitucional⁶⁶ descarta las soluciones judiciales individuales, entendiendo procedente el hábeas corpus colectivo cuando "hay una afectación a una pluralidad de sujetos que requiere de una solución (inmediata) igualmente plural. Si se pretendiera dar una solución individual y concreta en cada caso –además de estar demostrado ya, que esto no es posible– la acción pierde el carácter de 'remedio eficaz', se desdibuja el 'efecto útil' que debe darse a los derechos y garantías". Por tanto, "la acción de hábeas corpus colectivo tiene jerarquía constitucional y es aquella que tiene como finalidad la tutela de la libertad física o los derechos de las personas privadas de libertad, cuando la afectación abarcará a un número determinado o indeterminado de personas". En tal sentido, la autora expresa que del activismo judicial de la CSJN se ha reconocido al *hábeas corpus colectivo*; surgido de la interpretación combinada del segundo párrafo del artículo 43, CN, con el párrafo cuarto de la misma norma. Esto ya había sido esbozado por el Máximo Tribunal en Fallos 325:524, causa "Mignone", considerando 20 y 13 del meduloso voto del ministro Bossert, de cuya lectura no puede prescindirse cuando se aborda la materia.

Más recientemente, en Fallos 328:1146 (causa "Verbitsky"); y a fin de aventar toda duda al respecto, dijo la CSJN: "pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el hábeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, es lógico suponer que si se reconoce

⁶⁵ Sagüés, ob. cit., p. 134.

⁶⁶ Basterra, Marcela, *Procesos colectivos: la consagración jurisprudencial del hábeas corpus colectivo en un valioso precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El fallo "Verbitsky"*, en "La Ley", 2005-D-530.

la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acoitar su tutela sino para privilegiarla". Asimismo: "Los hechos constituidos por la existencia de situaciones plurales, demuestran la necesidad de admitir una acción igualmente plural, en beneficio de intereses colectivos de todos los sujetos privados de libertad en el ámbito de (...) cuya satisfacción no podría lograrse mediante peticiones individuales" (voto del Doctor Carlos S. Fayt).

Las razones de economía procesal invocadas por el CELS en dicha causa, privilegiando la acción colectiva por sobre una multiplicidad de acciones individuales, fueron reconocidas por el Procurador General en el fallo de mentas. Dijo que ordenar que el ejercicio de la representación se ejerza de manera individual y separada ante cada uno de los jueces a cuya disposición se hallan detenidos, equivale a desvirtuar la previsión constitucional de una acción grupal o colectiva como medio más idóneo para la solución de la controversia en los derechos de incidencia colectiva. Asimismo, la centralización de la cuestión en un solo tribunal evita la acumulación de múltiples causas individuales con el mismo objeto y la existencia de decisiones contradictorias, en obvia violación al principio de igualdad.

IV. 3. Legitimación

Demostrado que la vía procesal para reclamar la suspensión de la detención preventiva de las embarazadas y madres de hijos menores de seis meses de edad, es el hábeas corpus colectivo; se procurará determinar quienes están legitimados para efectuar tal presentación.

Con base en el estándar en materia de legitimación de Gozaini⁶⁷; Marcela Basterra⁶⁸ expresa que –aplicado al hábeas corpus colectivo– estarían legitimados para interponer la acción, en principio: 1) el Defensor del Pueblo; 2) el Ministerio Público; 3) una asociación que “propenda a los fines” en sus estatutos u objeto social; 4) una asociación ocasionalmente constituida a los efectos con representación suficiente.

Agrego que en el caso del Ministerio Público de la Defensa, la legitimación proviene de fuente constitucional y de su normativa reglamentaria, al ser un órgano independiente con autonomía funcional que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad (art. 120, CN), como asimismo velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, judiciales, de policía y de internación psiquiátrica, promoviendo las acciones correspondientes cuando se verifique violación (arts. 1, 25.l, 51.d y 60 de la ley 24.946).

⁶⁷ Gozaini, Osvaldo, *Tutela de los derechos de incidencia colectiva. Conflictos de interpretación en las cuestiones de legitimación procesal*, en "La Ley", 2005-B-1393, quien afirma que "la pretensión, en las acciones colectivas puede deducirse: 1) por una persona con representación suficiente; 2) una entidad regularmente constituida que demuestre en sus estatutos el objeto social que lo vincula con el proceso (...); 3) una entidad ocasionalmente compuesta que tenga "adecuada representación", y 4) el Defensor del Pueblo o Ministerio Público".

⁶⁸ Basterra, ob. cit., p. 530.

IV. 4. Órgano judicial competente

Luego de dilucidada la vía procesal y la legitimación, corresponde adentrarse a la cuestión de cuál es el órgano judicial competente para entender en un hábeas corpus colectivo de la naturaleza del tema en estudio.

La primera cuestión a tratar es si procede incoar hábeas corpus contra actos jurisdiccionales. En tal sentido, Tullio⁶⁹ expresa: ‘la propia ley no distingue, al mencionar acto u omisión de autoridad pública, entre los poderes. ¿Estamos en presencia de la posibilidad de una acción contra la omisión jurisdiccional? Más allá de las aserciones doctrinarias, la sustancia del fallo viene a decir que sí’.

Sentado lo expuesto, Sagüés⁷⁰ dice que un hábeas corpus contra decisiones judiciales tiene que articularse ante el tribunal superior del magistrado en cuestión.

Si bien se carece de números oficiales a la fecha, la realidad indica que existen embarazadas sin condena a disposición de distintos juzgados, fúeros e instancias. Por caso en etapa de instrucción las integrantes de este colectivo se encuentran a disposición de juzgados de instrucción nacionales, juzgados federales de Capital y del interior, etc. Asimismo, que otra porción de este colectivo están privadas preventivamente de libertad y a la espera de juicio, a disposición de tribunales orales en lo criminal, en lo penal económico, en lo criminal y federal de capital e interior, etc. Resulta por ende necesario, encontrar al superior común de estos órganos jurisdiccionales, capaz de analizar la legalidad de la detención ordenada o confirmada por éstos.

La Cámara Nacional de Casación Penal aparece la luz de la legislación⁷¹, como el órgano de mayor jerarquía dentro del sistema judicial federal y nacional en materia penal, por debajo de la CSJN frente a la cual se presenta como tribunal intermedio (*Fallos* 327:5756, 328:1108, 318:514, entre otros).

Siendo la CNCP superior común de los tribunales inferiores (juzgados federales de Capital e interior, correccionales, tribunales orales en lo criminal y criminal federal, etc.) con detenidas embarazadas o madres de niños de hasta seis meses de edad a su disposición; aparece como el órgano jurisdiccional competente para entender en un hábeas corpus colectivo en contra del Estado Nacional (Poder Legislativo y Poder Judicial) y a favor de las detenidas embarazadas a disposición de las justicias nacional y federal.

V. Conclusión

Luego del desarrollo efectuado, puede advertirse que existe en el caso bajo estudio una discriminación parcial y, por ende, una inconstitucionalidad por omisión al tratarse en forma desigual la situación de colectivos con similares situaciones de género y vulnerabilidad; situación sistemáticamente desatendida por el Poder Judicial que genera responsabilidad internacional del Estado argentino.

⁶⁹ Tullio, Alejandro, *En defensa de las garantías colectivas. A propósito del fallo “Verbitsky”*, en “Debates de Actualidad”, Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 195, p. 95.

⁷⁰ Sagüés, ob. cit., p. 163.

⁷¹ Artículo 2, inc. b, ley 24.050; artículo 23, CPP Nación; arts. 31 y 32, decreto ley 1285/58.

Que sin perjuicio de ello, y hasta tanto el legislador subsane esta omisión legislativa violatoria de los derechos humanos de mujeres, niños y seres por nacer; una interpretación armónica del sistema jurídico a partir del bloque de constitucionalidad, permite a los jueces integrar la normativa vigente y disponer el diferimiento o la suspensión de la prisión preventiva para el caso de mujeres embarazadas o madres de hijos de menos de seis (6) meses de edad.

Que la herramienta procesal constitucional para lograr la más rápida y efectiva atención –libertad– de la situación de este colectivo, declarar la inconstitucionalidad por omisión, la aplicabilidad de los supuestos del artículo 495, CPP Nación, a las procesadas y, por otro costado, ordenar al Congreso de la Nación a dictar normas en ese sentido, es el hábeas corpus colectivo.

El derecho internacional de los derechos humanos es una formidable herramienta para desterrar el arraigado conformismo jurídico que perpetúa la exclusión, del amparo constitucional, de sectores socialmente vulnerables. Precisamente los seleccionados por el sistema penal. El elogiado activismo judicial, no puede ser el único protagonista del cambio de paradigma. Como dijo la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, debe encarnarse en los operadores jurídicos que “no hay una cortina de hierro entre la Constitución y las prisiones de este país” (Wolf v. McDonnell; 418US539, 1974).

La propuesta esbozada, entiendo, se asienta en incontrovertidas razones, garantías y principios del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos. Se espera con ella aportar alguna novedad al debate a fin de achicar la brecha entre justicia y legalidad. Independientemente de ello y, parafraseando a Salvioli⁷², cabe decir que “somos conscientes de la audacia de estos planteos, pero en todo caso, preferimos que se nos tilde de utópicos, a que se nos señale siquiera, como cómplices jurídicos involuntarios de la injusticia”.

72 Salvioli, ob. cit., p. 80.

El Protector de Naturales y el Defensor General de Pobres en la estructura jurídica colonial de la América hispana

Ana María Zapata de Barry*

La corona de Castilla, producido el descubrimiento de las nuevas tierras, se encuentra con la tarea de gobernar un país que es totalmente desconocido, con un océano por medio, poblado por gentes en estado de inocencia frente a conquistadores que enceguecidos por la codicia cometían toda clase excesos.

En razón de que aún no se había producido la unidad peninsular, aplica inicialmente sus propias leyes dictando más tarde otras que regularían las relaciones políticas, administrativas, penales, civiles, económicas y sociales entre los pobladores de la indias¹.

Ello ha permitido sostener a algunos historiadores que España no dio a las nuevas tierras conquistada el carácter de colonias, sino de prolongación de las propias².

Pese a que la estructura política-jurídica de los Estados de las Indias, se basaba en que lo temporal –gobierno y justicia– debía corresponderse con lo espiritual adecuando las leyes a cada región, según el clima, el lugar y los habitantes³, el mal desempeño de los hombres encargados de ejecutarlas, deja de lado el orden jurídico impuesto por la Corona y somete a maltrato a los indios, lo que provoca la denuncia que formulará fray Antón Montesino en el sermón que leyera el domingo de adviento de 1511, texto firmado por todos los frailes, cuyo título anticipa su contenido: *Yo, la voz del que clama en el desierto*.

“Llegado el domingo y la hora de predicar, subió al púlpito el susodicho padre fray Antón Montesino y tomó por tema y fundamento de su sermón que ya llevaba escrito y firmado por los demás: *Ego vox clamantis in deserto*. Hecha su introducción y dicho algo de lo que tocaba a la materia del tiempo del Adviento comenzó a encarecer la esterilidad del desierto de las conciencias de los españoles de esta isla y la ceguera en que vivían (...) decid ¿con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre a estos indios? ¿con qué autoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes que estaban en sus tierras mansas y pacíficas, donde tan infinitas de ellas, con muertes y estragos nunca oídos habéis consumido? ¿Como los tenéis tan opresos y fatigados, sin darles de comer ni curarlos en sus enfermedades, que de los excesivos trabajos que les dais incurren y se os mueren y por mejor decir, los matáis por sacar y adquirir oro cada día? (...) ¿estos no son hombres? ¿No tienen almas racionales? ¿No estás obligados a amarlos como a vosotros mismos?...”.

* Defensora Pública Oficial, titular de la Defensoría de Pobres y Ausentes en lo Civil y Comercial Nº 4.

¹ www.members.tripod.com/Panama_historia/leyes.htm.

² Zorraquín Becú, Ricardo, *La organización judicial argentina en el período hispánico*, 2^a ed., p. 7.

³ Díaz Bialet, Agustín, *La recepción del Derecho Romano en América Hispana*, en “Página de Ayer”, Ed. La Ley, p. 18.

Como réplica a lo escuchado, “júntase toda la ciudad en casa del Almirante, segundo de esta dignidad y real oficio D. Diego Colón, hijo del primero que descubrió estas Indias, en especial los oficiales del rey (...) y acuerdan de ir a reprender y asombrar al predicador y a los demás, sino lo castigaban como hombre escandaloso, sembrador de doctrina nueva, nunca oída, condenando a todos y que había hablado contra el rey...”.

A lo que el Padre Vicario “respondió que lo que había predicado aquel padre había sido de parecer, voluntad y consentimiento suyo y de todos (...) Convenían todos en que aquel padre se desdijese el domingo siguiente de lo que había predicado (...) concediendo los padres, por despedirse ya de ellos y dar fin a sus frívolas importunidades que fuese así en buena hora, que el mismo padre fray Antón Montesino tomaría el domingo siguiente a predicar y tomaría a la materia y diría sobre lo que había predicado lo que mejor le pareciese...

El domingo siguiente (...) subido en el púlpito (...) comenzó a fundar su sermón y a referir todo lo que en el sermón pasado había predicado y a corroborar con más razones y autoridades lo que afirmó de tener injusta y tiránicamente operas y fatigadas a aquellas gentes que tuviesen por cierto no poder salvarse en aquel estado; por eso que con tiempo se remediasen, haciéndoles saber que a hombres de ellos no los confesarían, más que a los que andaban asaltando y que publicasen esto y escribiesen a quien quisiesen en Castilla; en todo lo cual tenían por cierto que servían a Dios y no chico servicio hacían al rey.

Acabado su sermón, se fue a su casa, y todo el pueblo en la iglesia quedó alborotado, gruñendo y mucho más indignado con los frailes que antes...”⁴.

Haciéndose eco de la denuncia formulada por los padres dominicos, tanto para proteger los derechos de los naturales como para afianzar el orden en las colonias americanas que se encontraban a enorme distancia de las autoridades de España, el Rey de Castilla Fernando el Católico, convoca una junta de teólogos y juristas a fin de que estudien la forma de proporcionar un gobierno de mayor justicia a los naturales, quienes elaboran una serie de normas conocidas como Leyes de Burgos sancionadas el 27 de diciembre de 1512.

También influido por los sermones de Montesinos, otro fraile dominico ya citado Fray Bartolomé de las Casas, cronista, teólogo, obispo de Chiapas por dos años y gran defensor de los indios viaja a Madrid a entrevistar al Cardenal Cisneros con escasos resultados a raíz de lo cual redacta en Valencia en el año 1542 su obra más conocida *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*, y dirige una carta al monarca entonces reinante Felipe II describiendo la situación de los indios:

“En cierto sentido esta doliente, la república india, es herida y maltratada por el demonio con la idolatría de los naturales y la codicia y tiranía de los españoles. Vuestras Paternidades son sus médicos y vienen a curarla: el aceite, la blandura,

⁴ De las Casas, fray Bartolomé, *Historia de las Indias*, en www.usuarios.advance.com.ar/pfernando/docs/gILLA/Montesinos.htm.

ra, el amor, la compasión, las lágrimas y quebrantamientos de corazón téngalo para los naturales, para estos miserables indios, escandalizados sujetos y cautivos con injusticia. El rigor, el escocimiento, la entereza y constancia cristiana guárdenla para los españoles para hacerles restituir lo mal llevado, para que cesen en no hacer mal y procuren obrar bien; y de esta suerte serán médicos y prójimos de esta república que se compone de estos dos géneros de gente, procurando por diferentes modos la salvación de los unos y de los otros”⁵.

En respuesta a sus reclamos las autoridades españolas crean el cargo de “Protector de Naturales”, con la finalidad de asistir, vigilar, corregir los abusos a que eran sometidos y canalizar las peticiones jurídicas ante la justicia y ante el poder gubernativo, el que es cubierto precisamente por Fray Bartolomé de las Casas.

Más tarde el cargo deja de ser ejercido por la Iglesia y en lugar de los obispos se designa un abogado-tutor que actúa aún sin petición previa en contra de la actitud abusiva de los españoles, con facultades de proponer mejoras en las leyes, de entablar acciones por la propiedad de las tierras, vigilar el tratamiento que se les otorgaba en el trabajo e intervenir en el pago de los tributos.

No obstante los buenos propósitos el incumplimiento de las leyes originó reclamaciones y protestas siendo causa de conflictos en los virreinatos de Nueva España y Perú⁶ que eran encausadas a través del Defensor de Naturales.

Con algunas interrupciones, la institución se mantuvo y el cargo de Protector de Naturales llegó a constituir una figura sobresaliente en la política protecciónista de España en América formando parte del aparato judicial de la colonia, en el Virreinato de Nueva España, Virreinato del Perú, Sociedad indígena de Yucatán y Río de la Plata.

Con la finalidad de dibujar un perfil de esta noble figura, como también la contracara según el lugar y la persona que lo ejerce resulta de interés transcribir distintos informes.

Así el elaborado en el año 1577 para el Rey, sobre la actuación del Protector General de la ciudad de Lima: “El protector iba por la calle acompañado de los indios que acudían para solucionar sus conflictos o que debían hacer peticiones concretas ante la justicia; en ocasiones iba rodeado de veinte, treinta y hasta cincuenta indios. Iba con ellos ante los corregidores de naturales, oficial real encargado de ejercer la justicia relativa a los indígenas (...) sin fiar estas acciones de otra mano, no solo porque en cometéndolas van errado y perdidos los indios, sino porque ellos como gente tan desvalida y miserable no se ven seguros sino al lado del protector...”⁷.

Por su parte, en la provincia de Yucatán en el siglo XVIII, antes de la desaparición total del sistema de encomiendas se plantearon situaciones contradictorias según surge de los siguientes textos: “El sistema sin embargo se resistió a la extinción a que se le condenaba y la figura del encomendero contin-

⁵ Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

⁶ www.es.wikipedia.org/wiki/Leyes_de_Burgos.

⁷ Ruigomez, Carmen, *Una política indigenista de los Habsburgos*, Ediciones de Cultura Hispánica.

nuó siendo recordada con profundo recelo por la población indígena, por eso resulta paradójico que en tiempos del primer intendente en Yucatán, el cargo de defensor de indios hubiera sido confiado a un encomendero, cuyos intereses eran contrarios por quienes debía velar”⁸.

“Aunque el Obispo Juan Gómez de Parada logró la eximición de los indios de Yucatán de todo régimen de servidumbre y de la sujeción a trabajos forzados, llegando a excomulgar y suspender de su cargo al gobernador Antonio de Cortaire y Terreros, pronto hubo que rectificar esas disposiciones pues quedaron abandonadas las tareas agrícolas y se presentó el hambre”⁹.

En el virreinato del Río de La Plata, simultáneamente con el cargo de Protector de Naturales, existía el Defensor General de Pobres, cuyo ejercicio en algunos casos se daba simultáneamente en un mismo expediente y en posiciones opuestas.

Esta situación se encuentra documentada en un expediente judicial sustanciado en el año 1777, caratulado “Causa Criminal seguida contra Prudencio Hernández Pardo esclavo por la muerte que dio a Xavier Indio” en la que actúan el Protector General de los Naturales “en atención a ser indio el que consta ser muerto...”, quien en función de Fiscal acusa al esclavo Prudencio Hernández de homicida y éste es defendido por el Defensor General de Pobres¹⁰.

En este marco y período histórico, que va desde la colonia hasta la primer década de gobierno patrio, como vemos también los negros esclavos contaron con la asistencia del Defensor General de Pobres quien, entre otras funciones, mediaba ante el Estado para liberarlos del pago de la “alcabala” –gravamen que pesaba sobre ellos–, controlaba la correcta ejecución de las medidas de registro de esclavos que entraban de países extranjeros instruyendo a los viajeros que arribaban a la provincia con esclavos a su servicio y en las causas en que se discutía su libertad.

De un expediente judicial tramitado en el año 1798 se ha podido extraer parte de la actuación de un Defensor General de Pobres que aboga a favor de la libertad de una esclava en estos términos: “Señor Oydr Juez de Provincia: El Regidor Defensor Gral. De Pobres con el debido respeto y como más corresponda a los derechos de su piadosa representación ante el justificado obrar de V. S. dice: Que en estos días ocurrió al exponente una Parda llamada María Josefa esclava que fue de Doña María Antonia Malaver expresándole que habiendo logrado de la piedad de su Señora un papel simple de libertad, le ocurrían dudas sobre su firmeza principalmente en las circunstancias de hallarse con grave indisposición la expresada. Doña María Antonia atendía su relación y el concepto del documento referido le parece al exponente muy gráfico de sus deberes deducía un estado de incontrastable seguridad la carta simple de libertad otorgada a favor de la infeliz su protegida y al efecto presentando con la solemnidad y juramento res-

⁸ *Historia de la legislación desde la conquista europea*, Enciclopedia Yucatanense, vol. III, Gobierno de Yucatán, México, 1977, ps. 389-506 (p. 404) de Fernando Palma Cámara, cita en ob. citada.

⁹ *El obispado de Yucatán, historia de su fundación, y de sus obispos desde el siglo XVI hasta el XIX*, cita en ob. citada.

¹⁰ Expediente 34-1-9-57, Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires.

pectivo la simple escritura (...) hecha mención ocurre a la Superior y bien distinguida solicitud de V.S. A fin de que se sirva mandar que Doña María Antonia Malaver reconozca bajo la gravedad del juramento que la firma que se halla al pie de este papel con la expresión de su nombre y apellido son suyas y de su puño y letra, declarando al mismo tiempo si es cierto el contenido del adjunto papel y que desde esa fecha goza y disfruta la Parda María Josefa de su concedida libertad con ciencia y paciencia de Doña María Antonia cuyas diligencias evacuadas que sean precediendo la rubricación por el actuario del documento que presenta (...) asimismo la notoria justificación de V.S. mandar que se le devuelva original todo al exposente para la conveniente seguridad y esfuerzo de los miserables derechos de que está encargado. Para su debido logro: A V.S. pide y suplica que habiéndolo por presentado con la simple escritura que acompaña se sirva resolver y determinar como por este solicita, a como más fuere de su justificado Superior (...) que en lo necesario implora y pasa ello. Josef Santos Inchaurregui”¹¹.

Este intento investigativo nos permite formular como primera conclusión que el actual cargo de Defensor Oficial de Pobres, tanto en nuestro país como en el resto de la América hispana, tiene sus antecedentes en estas figuras, muchas de ellas admirables, que nos precedieron en los comienzos y marcaron lo esencial de nuestra función, defender, proteger y orientar a quienes, por alguna razón, se encuentran en desigualdad de oportunidades para el desarrollo de sus personas.

¹¹ Legajo 5-3-47-2, Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires.

Funda recurso de hecho por denegatoria de extraordinario federal. Amplía fundamentos

Excmo. Corte Suprema de Justicia de la Nación:

Stella Maris Martínez, Defensora General de la Nación susstituta, en el Expediente CSJN Letra “P”, Nº 1672, Libro XLI, Año 2005, caratulado: “Recurso de hecho deducido por Mauricio Esteban PERALTA CANO, en los autos: “PERALTA CANO, Mauricio s/causa Nº 5921” constituyendo domicilio legal en la Sala de mi Público Despacho, sita en Avda. Paraguay 1855, 1º piso, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ante V.E. me presento y respetuosamente digo:

I. Objeto

Que de conformidad con lo prescripto en los Arts. 282, 283 y 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en función de los Arts. 14 y 15 de la Ley 48 y 6º de la Ley 4055, vengo a fundar legal y técnicamente la presentación realizada por Mauricio Esteban PERALTA CANO, contra la Resolución Nº 8041 de fecha 12 de septiembre de 2005 del registro de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, obrante a fs. 236/237 del principal, la que denegara el recurso extraordinario oportunamente interpuesto.

II. Admisibilidad del recurso de hecho

II. 1. Requisitos comunes y formales

Que, legitimada activamente en mi carácter de Defensora General de la Nación (s), vengo a fundar la voluntad recursiva de Mauricio Esteban PERALTA CANO que corre agregada a fs. 2 de las presentes, conforme la vista conferida.

De esta forma y toda vez que en la jurisprudencia de V.E. los reclamos de quienes se encuentran privados de su libertad deben reputarse como una manifestación de su voluntad de interponer los recursos de ley, incluso a despecho de cualquier deficiencia formal (Fallos 311:2502, entre muchos otros), la presentación directa deducida por el procesado debe entenderse como un recurso de queja *in forma pauperis* por recurso extraordinario federal denegado y “obviar[se] requisitos formales referentes a la admisibilidad; de lo contrario [se] lesionaría el derecho constitucional a ser oído” (Fallos 310:492).

La decisión impugnada proviene de un órgano jurisdic-

cional, se vincula a un juicio criminal e involucra materia justiciable que causa a mi parte un gravamen irreparable.

La manifestación de PERALTA CANO es temporánea. Vale decir que el justiciable no ha sido notificado formalmente de la decisión que rechazó el Recurso Extraordinario Federal en fecha 12 de septiembre de 2005, pese a lo cual expresó su voluntad impugnativa el 20 de septiembre de 2005; manifestación que ingresó a Vuestra Mesa de Entradas el día 21 de análogo mes y año (ver fs. 1vta.).

A todo evento informo que, una vez recibidas, se pondrán a vuestro conocimiento las constancias documentales que acrediten la tramitación del beneficio de litigar sin gastos. La presente queja se encuentra exceptuada de la previsión del Art. 283 CPCCN, en tanto se eleva a consideración de V.E. conjuntamente con los autos principales que corren por cuerda.

En cumplimiento de las Acordadas N° 13/90 y 35/90, inc. “c” dejo constancia que Mauricio Esteban PERALTA CANO es argentino, nacido el 15 de abril de 1982 en Godoy Cruz, provincia de Mendoza, hijo de José Domingo Peralta y de María Ester Cano, con Documento Nacional de Identidad N° 29.273.735, estado civil soltero, domiciliado en Barrio La Estanzuela, manzana 6, casa 32, de Godoy Cruz, provincia de Mendoza.

II. 2 Requisitos propios

La resolución que aquí se cuestiona emana del Tribunal Superior de la causa según el ordenamiento adjetivo vigente, causa un agravio actual e irreparable y versa sobre una sentencia definitiva que, en caso de confirmarse, pondrá fin al proceso y asumirá el carácter de cosa juzgada.

Por ello, entiendo que la desestimación del recurso extraordinario causa a mi representado un agravio sólo susceptible de ser reparado en los términos del art. 285 CPCCN.

Las violaciones constitucionales que aquí se denuncian guardan relación directa e inmediata con lo decidido en la causa, toda vez que de su tratamiento y resolución depende el mantenimiento de la sentencia que agravia al justiciable. El recaudo específico se advertirá con el desarrollo de las cuestiones constitucionales que se realizará en los apartados pertinentes: por un lado, lo relativo a la determinación del alcance de las garantías constitucionales consagradas en los artículos 14 y 18 de la Constitución Nacional (libertad ambulatoria, nadie será arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente), derecho federal que es vulnerado por la resolución impugnada; y, por el otro, y en íntima vinculación con lo antedicho, la inconstitucionalidad de la norma de fondo que permite procedimientos como el de autos, a la vez que vulnera los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional (protección de la intimidad, principio de reserva). En íntima conexión con el caso de autos y la doble vulneración de los

preceptos expuestos también aparece conculado el derecho a no soportar injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada (art. 11 incs. 2º y 3º C.A.D.H., art. 17 incs. 1º y 2º P.I.D.C. y P., art. 12 D.U.D.H. y art. V de la D.A.D.D.H.).

III. Antecedentes

Los antecedentes de la causa serán expuestos de modo suficiente como para cumplir con el recaudo respectivo. No obstante, es preciso advertir que serán necesariamente breves, en tanto se llega a la condena que agravia a mi defendido tras una muy escasa actividad jurisdiccional.

III. a. El génesis de las actuaciones. Las distintas irregularidades verificadas en la detención

Las presentes actuaciones se iniciaron a raíz de un llamado telefónico anónimo, recibido el 10 de mayo de 2000 y que es mencionado por el personal policial preventor como el motivo de detención de Mauricio Esteban PERALTA CANO y Cristian Manuel MORENO DELGADO, al menos en el acta inicial (v. fs. 1). La sentencia judicial también alude a la declaración del cabo Luis Rosales, que refiere la presencia de dos individuos en actitud sospechosa en las calles Lago Hermoso y Laguna Villarino de La Estanzuela. Se indica que esa intersección es un lugar “conflictivo”, con lo que se alude a que es una zona de nivel socio-económico pobre, y en la que dos jóvenes paseen a las 21:30 horas revistiría *per se* una situación sospechosa de cara a la detención. Aun cuando las referencias a este punto central son escasas, se menciona que uno de los jóvenes portaba un “tornillo” en una mano, que es inmediatamente identificado como tal, pero que de todas formas vendría a “justificar” la intercepción policial. Una vez detenidos y trasladados a la dependencia policial fueron requisados, sin orden judicial alguna que lo permitiese y sin invocar motivos de urgencia, producto de lo cual aparece, de acuerdo al acta de fs. 1 sin testigo del acto, un envase de papel celofán de unos cinco centímetros contenido una sustancia amarronada “tipo tabaco en polvo y fibras”. Con posterioridad, con presencia de personal experto en toxicomanía y recién después de haber realizado el mencionado hallazgo con el testigo Arancibia, de acuerdo a la mencionada acta –cabe aclarar que de acuerdo a su testimonio de fs. 30 solo vio la sustancia que le indicaron había sido encontrada en la plaza del barrio–, se practica un test orientativo de lo que surge que se trata de una escasa cantidad de cannabis sativa. De acuerdo a la pericia obrante a fs. 42, se trataba de 0,63 gramos de material vegetal (de los cuales casi la mitad es utilizada en dicha pericia para determinar que era marihuana). Las testimoniales del personal policial de fs. 35/36 (Rosales), 37/38 (Molina), 39 (Guzmán) y 40 (Campos) ratifican lo señalado en las actas previas y ensayan como única justificación que “se hace la requisa (porque se los aprehende por anteceden-

tes y medios de vida al no portar documentación" (fs. 36). Aquí acaba la actividad de instrucción.

III. b. Suspensión del juicio a prueba y condiciones que se imponen. La sentencia condenatoria

Tras el requerimiento de la elevación de la causa a juicio correccional bajo la imputación de la figura prevista en el artículo 14, segunda parte, de la ley 23.737, se solicita y concede la suspensión del juicio a prueba en la que se le imponen a PERALTA CANO, por el lapso de un año, las reglas consistentes en residir en el domicilio denunciado, concurrir mensualmente al Patronato de Liberados, efectuar trabajos no remunerados en un programa de la Municipalidad de Godoy Cruz y cumplir con un período completo del programa que se realiza en el centro Preventivo de Adicciones. Fue precisamente la falta de cumplimiento de esta última medida –constatada a partir de la denuncia de no concurrencia que efectúa el médico psiquiatra a fs. 73– la que dio inicio a las diligencias que llevan al juez subrogante de la causa, Alfredo M. Rodríguez, a dejar sin efecto la suspensión del juicio a prueba “ante su falta de interés en la solución de su problemática” (fs. 123 vta.).

Acto seguido se fija audiencia de debate en la cual la defensa técnica de PERALTA CANO opone la nulidad del acta inicial de fs. 1, de la detención y requisita, y de todo lo obrado en su consecuencia. Al tratarse de una detención ilegal, sin orden de autoridad competente, sin invocar motivos de urgencia ni razonabilidad alguna para hacerlo, así tampoco como para practicar la requisita, sostuvo la defensa que la vulneración de las disposiciones legales y constitucionales en esos hechos, así como sucede también respecto a las actas que deben demostrarlos, lleva a invalidarlos y de esa forma obligan a dictar una absolución.

Por el contrario, el juez federal de la causa condenó, en fecha 26 de octubre de 2004, a Mauricio Esteban PERALTA CANO, a la pena de un mes de prisión en suspenso, multa de trescientos australes, costas y accesorias legales por considerarlo autor penalmente responsable del delito previsto en el

artículo 14, segunda parte, de la ley 23.737. En la misma sentencia suspendió esa pena y la sustituyó por el cumplimiento de una medida de seguridad educativa a cuyo resultado quedó sujeta la sustitución.

Las posibilidades de cumplimiento de las medidas sustitutivas no difieren en lo más mínimo de aquellas referidas a las reglas de conducta incumplidas, pero ello poco importa al juez que al único dato de la realidad al que se ajusta es uno sobre el que no hay constancias en el expediente ni en el acta de la audiencia de debate. En efecto, sin que conste la calidad de adicto de PERALTA CANO se señala en la sentencia que “las circunstancias señaladas conllevan a determinar con ‘certeza’ que esa tenencia era para el consumo personal del imputado” (v. fs. 166). Para ello se toma en cuenta el dato objetivo que surgió del procedimiento irregular llevado a cabo por la prevención: “La cantidad de estupefaciente secuestrada debe ser considerada escasa” (íd.).

Lo dicho no es de extrañar, si se consideran las respuestas que obtuvo la defensa oficial respecto a la nulidad articulada, sobre la cual había dejado expresamente fijada la posibilidad de recurrir a esta instancia dada la cuestión federal que se encuentra comprometida.

La sentencia dictada por el juez federal subrogante no alude sino en forma rutinaria a la detención y la requisita, repitiendo lo expuesto en las actas. A ello le aduna una serie de citas de jurisprudencia de la Cámara de Casación Penal, con lo que concluye en la legitimidad del procedimiento.

Contra esa decisión se interpone el recurso de casación por parte de la defensa técnica (v. fs. 167/176vta.), el cual es concedido a fs. 177 vta. Los agravios señalados en esa oportunidad referían, el primero de ellos, al inicio de las actuaciones con la ilegal detención de PERALTA CANO y de MORENO DELGADO (sin orden de autoridad competente ni circunstancias de flagrancia, invocadas ni existentes, o de “indicios vehementes de culpabilidad” o “peligro inminente de fuga o de entorpecimiento de la investigación” que pudiesen justificar el proceder preventivo). Respecto a la sentencia

de condena se indicó prescindencia de la Constitución Nacional en la ausencia de toda consideración de su articulado así como del texto legal procesal penal, y también arbitrariedad en la interpretación de los hechos al acomodarlos para intentar cerrar la hipótesis de legalidad del procedimiento remitiendo a criterios muy generales de fallos de la Casación, no aplicables a las circunstancias de autos.

Y el segundo de los agravios motivo de casación aludía a la admisión de prueba del secuestro de la sustancia llevado a cabo mediante una requisita sin orden judicial y sin invocación –ni existencia– de motivos excepcionales que impidiesen esa autorización. La vulneración a los preceptos constitucionales que protegen la intimidad, así como a lo previsto en el artículo 230 bis del Código de forma, es palmaria. En ambos casos señala la defensa que “las circunstancias excepcionales ni siquiera son invocadas por la prevención, sino presumidas por el Magistrado en una inusual actitud saneadora incompatible con sus deberes del rol” (v. fs. 172 vta.) También se indica el incumplimiento de lo previsto en el artículo 138 en cuanto a la presencia de testigos, pues critica el recurso de casación lo decidido por el juez al considerar testigo hábil al que arriba una vez descubierta la sustancia y que no vio quién la tenía, y al otro detenido (GUTIÉRREZ) que finalmente no es imputado pero que estaba siendo requisado en idéntica oportunidad.

Todas las irregularidades mencionadas conducirían a la invalidez del procedimiento y a la absolución de PERALTA CANO.

Concedido el recurso (v. fs. 177), los autos fueron elevados a la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, Tribunal que, por Resolución de fecha 20 de diciembre de 2004 anuló el auto de concesión del recurso y ordenó el reenvío de la causa al Juzgado Federal N° 1 de Mendoza para que volviera a expedirse sobre la admisibilidad del recurso. El auto respectivo obra a fs. 187 vta.

III. c. Sobre las consecuencias del Recurso de Casación

Por resolución Reg. N° 7900 en fecha 9 de agosto de 2005, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió rechazar el recurso de casación interpuesto. El 12 de agosto se le dio lectura a esa sentencia en la cual, en lo que aquí interesa, se dijo que “En cuanto al planteo de nulidad efectuado respecto de la requisita de PERALTA CANO y su posterior detención realizadas por personal policial, plasmadas en el acta de fs. 1 vta., cabe señalar que el sentenciante explicó en el fallo que ‘incurre en arbitrariedad y resiente la motivación lógica del fallo, desatendiendo los arts. 123 y 404, inc. 2º del CPPN, el pronunciamiento que efectúa una demasia en la interpretación de los requisitos exigidos por el art. 230 del código mencionado, disponiendo la nulidad del acta de requisita personal practicado en la imputada y todo lo obrado en consecuencia’ (C.N.C.P., Sala I, 2 de noviembre de 1994, ‘Vicente, Ana M. J. A. 1995-II-569)” (v. fs. 213).

Tras reiterar lo expresado por el juez federal sentenciante, la Casación agregó que “Aclaró el magistrado que si bien en el acta no se insertó con amplitud el relato del personal policial, surge que respondió al llamado de un vecino que observó a dos sujetos que se comportaban en forma extraña, lo que está justificado por el secuestro en la mano de uno de ellos de un tornillo y de su presencia en la oscuridad en una zona barrial conflictiva. Ello refleja que el personal policial, cumpliendo sus funciones en prevención del delito, respondió al llamado recibido; y que el traslado al destacamento para la identificación y la posterior requisita en búsqueda de armas, es la práctica habitual y necesaria en situaciones similares, máxime cuando quien era mayor de edad no tenía identificación. El accionar policial no viola, por tanto, las garantías constitucionales del debido proceso y del derecho de defensa en juicio (art. 18 de la C.N.). Además, dijo el sentenciante que quien lo acompañó en esa ocasión, que también fue identificado y requisado, presenció ese decomiso y aun cuando señaló que el envoltorio fue hallado en el piso, no negó su existencia. Destacó que la defensa tampoco cuestionó que el estupefaciente le perteneciera a PERALTA CANO. Agregó, con cita de jurisprudencia, que se dio la situación de urgencia e impostergabilidad que autorizan los arts. 183, 184 inc. 5to., 230 y 284 del C.P.P.N., por lo cual la policía se encontraba facultada a practicar la requisita personal del imputado en autos (fs. 164 vta./165). Destacó el magistrado que dentro de su función específica, los policías fueron comisionados a determinar un posible hecho ilícito y en ese contexto fue que interceptaron al encartado, quien a su entender debía ser identificado, situación que despertó la razonable sospecha del funcionario policial actuante y que fue ulteriormente corroborada con el hallazgo de efectos vinculados a la tenencia de estupefactivos” (fs. 214 vta.).

Tras señalar que la Sala I de Casación compartía lo argumentado por el juez de grado, se adunaron decisiones previas de dicha Sala y la remisión a los precedentes de la Corte Suprema estadounidense “Terry vs. Ohio” de 1968, y “Alabama vs. White” de 1990, del que surgiría, de acuerdo a la inter-

pretación de la Sala, un concepto de “sospecha razonable” más flexible.

Culmina por señalar que “De todo ello se desprende, sin ambages, que el personal policial efectuó la identificación y posterior requisita del encartado porque le resultaron –en consonancia con la noticia anónima recibida– razonablemente sospechosas esas dos personas que se encontraban a altas horas de la noche en un lugar conflictivo y en actitud dudosa. También, porque pese a la escasa luz y estando muy cerca, percibió que al darse cuenta de que quien les pasaba al lado era un policía, el que iba vestido de negro alertó al de campera roja diciéndole: ‘ojos’; y además de que –como se señaló– tenía un tornillo de considerables dimensiones en la mano. Estas circunstancias, lógicamente, fundaron en el funcionario policial actuante la razonable sospecha para proceder como lo hizo la que, por otra parte, fue ulteriormente corroborada con el hallazgo de estupefactivos entre las ropas de PERALTA CANO” (v. fs. 217).

III. d. Recurso Extraordinario

El 29 de agosto de 2005, la defensa de PERALTA CANO interpuso recurso extraordinario federal. El escrito de la defensora pública oficial Silvia Zelikson luce a fs. 222/232vta.

En esa presentación se exponen las falencias que demuestra el fallo de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, y se señalan expresamente los motivos del caso federal simple que hacen a ese recurso procedente. El fallo de casación se basa en afirmaciones dogmáticas, no da cuenta de los agravios invocados en el recurso respectivo, e interpreta en forma contraria a su titular las garantías constitucionales consagradas en los artículos 14 y 18 de la Constitución Nacional.

Se citan en su sustento el precedente “Tumbeiro” y otras sentencias dictadas por V. E. que indican que “los agravios del apelante suscitan cuestión federal suficiente para la apertura de la instancia extraordinaria puesto que la naturaleza del planteo conduce a determinar el alcance de la garantía del debido proceso y la que establece que nadie pueda ser arrestado sino en virtud de orden

escrita de autoridad competente” (Fallos 325:2485, 325:3322, 326:41, entre otros)” (v. fs. 228).

En sus fundamentos se explica por qué debe descalificarse el decisorio del superior tribunal de la causa que convalida un procedimiento de detención y requisa contrario a las garantías constitucionales invocadas. La Cámara de Casación hace suyos los argumentos del juez sentenciante que, en definitiva, autorizan que se dispongan indiscriminadamente y en forma contraria a los permisos legales.

Indica el recurso que “la sala I denegó el planteo de casación solicitado por la defensa para establecer el alcance de la garantía a no ser arrestado sin orden fundada de juez competente en el presente caso, en el entendimiento de que el planteo no había cumplido con el requisito de confutar los argumentos brindados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Szmilowsky” (Fallos 326:41), y “Fernández Prieto” (Fallos 321: 2947). Sin embargo, uno de los argumentos que esta defensa ofreció –y que no mereció la mínima consideración– radicó en que las sentencias de la Corte citadas *no constituyen un precedente* que haya sentado una línea de principios que sirvan para construir un estándar a ser tenido en cuenta por las partes del proceso...” (v. fs. 229vta.) Sostuvo que a diferencia de esos casos, en “Daray” sí se conformó una mayoría suficiente, y es por ello que el recurso extraordinario postuló tomarlo como precedente.

Además, la señora defensora señaló otras falencias del fallo casatorio como que “... avaló el procedimiento sobre la base de que resulta razonablemente sospechoso que ‘dos personas se (encontraran) a altas horas de la noche en un lugar conflictivo y en actitud dudosa’. Observo, sin embargo que la detención acaeció a las 21:30 hrs. Y que no se explica en qué consistió la actitud sospechosa (...). Por lo demás, los resultados positivos de la requisita no pueden legitimar ex post la inexistencia de las razones objetivas que necesariamente debieron concurrir en forma previa o concomitante al procedimiento pues ‘de lo contrario razones de conveniencia se impondrían por sobre los derechos individuales previstos en la ley fundamental’ (voto del juez Maqueda –disidencia– en el fallo ‘Waltta, César L.’, párr 22, CSJN 21/09/04, publicado en La Ley del 16/02/05)” (v. fs. 230vta.)

También señaló la defensora Zelikson que “... la mayoría conformada en el precedente ‘Waltta’, resolvió rechazar el recurso de queja interpuesto por el fiscal (...) por lo que si bien no se avocó a tratar el fondo de la cuestión, descartó la aplicación automática de la doctrina de los fallos ‘Fernández Prieto’ y ‘Szmilowsky’” (v. fs. 232)

Culmina el recurso extraordinario, que es declarado inadmisible con costas a fs. 236/237, indicando que “...el decisorio de la Casación alberga un doble orden de faltas al deber de motivación: la emanada de la sentencia condenatoria –que convalida un procedimiento policial no amparado

por los artículos 14 y 18 de la C.N., y la que emana de la resolución de la propia Sala –que desatiende los agravios y los argumentos que demuestran que la doctrina en que se asienta el decisorio carece de la virtualidad que se le asigna” (fs. 232).

Para rechazar la vía extraordinaria intentada, sostuvo el *a quo*: “3º) Que la prevalencia de un precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“Daray”) respecto de otros posteriores (“Szmilosky” “Fernández Prieto”, “Tumbeiro” y “Monzón”) en razón del mayor número de jueces que integraron la mayoría de opiniones concordantes, es una respetable opinión que no alcanza para descalificar la doctrina de los que fueron suscriptos por menos y fue escogida para sustentar el fallo. Sin perjuicio de ello, se advierte una clara discrepancia de la recurrente acerca de que las circunstancias fácticas que rodearon el procedimiento policial lo hubiesen autorizado, aún con apego a lo resuelto en “Daray”. En tal sentido, se recuerda, en la sentencia se hizo hincapié en que el personal policial había recibido una noticia anónima sobre el comportamiento sospechoso del acusado y su acompañante, esa conducta se desarrollaba en horario nocturno y en lugar conflictivo, uno de los individuos, –al darse cuenta de que eran vigilados por policías– alertó al otro y tenía en su poder un tornillo de considerable dimensión que bien pudo ser confundido con un arma. Por fin, no se advierte que la concordancia del fallo con el de la anterior instancia afecte su motivación si este último –como aquí aconteció– atendió y dio respuesta anticipada a los planteos recursivos, ni que esa coincidencia entre ambos importe falta de revisión en esta sede. Lo insostenible del agravio, pues, lo dice todo.” (v. fs. 236 vta.).

IV. Fundamentos de esta queja

La decisión en crisis debe ser revocada, y en su lugar debe dictarse un pronunciamiento sujeto a las disposiciones que la Constitución argentina y los compromisos internacionales imponen para las resoluciones judiciales en una República democrática.

El repaso de los fundamentos brindados para rechazar el recurso extraordinario sólo

trasunta un excesivo rigor formal que ha desatendido de manera flagrante el tratamiento jurisdiccional de las serias alegaciones defensistas denunciando la vulneración de las garantías constitucionales que deben regir en todo proceso penal.

Tal como se asentara en el apartado anterior, el Superior Tribunal de la causa omitió toda referencia a las cuestiones constitucionales debatidas a las que se responde que citar un fallo dictado por una mayoría de opiniones concordantes “no alcanza para descalificar la doctrina de los que fueron suscriptos por menos y fue escogida para sustentar el fallo”. Y finalizar, dogmáticamente, que “no se advierte que la concordancia del fallo con el de la anterior instancia afecte su motivación si este último –como aquí aconteció– atendió y dio respuesta anticipada a los planteos recursivos, ni que esa coincidencia entre ambos importe falta de revisión en esta sede. Lo insostenible del agravio, pues, lo dice todo” (fs. 236 vta.). Por tanto, al entender que las cuestiones alegadas ya fueron tratadas por la Sala, se realiza una tácita remisión a la previa decisión que rechazara el recurso de casación.

Sin embargo, como puede también apreciarse al repasar los fundamentos brindados en la oportunidad, tampoco en esa instancia se dio una respuesta asertiva a la temática constitucional involucrada. En realidad, y a contrario de lo que se sostiene, sobre el particular no se ha dicho nada (o nada que pueda surgir razonablemente de la Constitución argentina).

Recuerdo aquí que, al responder a los agravios defensistas –y homologar, a un tiempo, lo actuado al inicio de la causa– la máxima instancia jurisdiccional de la causa se limitó a afirmar de manera acrítica y –como ya puede apreciarse del mero repaso de lo actuado y como se verá en profundidad de seguido– dogmática, que no advertía la incorporación de prueba ilegal al proceso o la vulneración de garantías constitucionales en la detención y requisa de mi defendido.

Ninguna razón se brindó en apoyo de tal posición, que involucraba planteos íntimamente relacionados con la vigencia de garantías constitucionales.

De lo expuesto emerge la urgente necesidad de que V.E. en su carácter de intérprete último de la Constitución Nacional se expidan sobre los tópicos planteados.

Tal como se viera en el acápite anterior, se ha puesto en crisis la vigencia de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio y se ha cuestionado, en particular, la incorporación de elementos de convicción obtenidos en condiciones que no comulgan con el sistema de garantías que rige en nuestro Estado de Derecho. Lo relacionado con la detención ilegítima y con la requisita realizada en abierta vulneración de garantías constitucionales tiene que ver también con el tipo legal que permitió este procedimiento y que permite en general intromisiones que vulneran siempre y necesariamente el ámbito de reserva que la Constitución Nacional deja fuera del alcance de las autoridades.

Más allá de retomar la senda impugnativa iniciada en su oportunidad, el respeto a los derechos y garantías de todo justiciable en causa penal y los principios sentados por V.E. en el precedente N. 19. XXXIX. “Núñez, Ricardo Alberto s/sus recursos de queja y casación y extraordinario”, sentencia del 16 de noviembre de 2004, me obligan a denunciar ante la máxima instancia judicial de la República el detalle completo de los derechos federales lesionados en el caso.

En este sentido se presentarán, en primer lugar, los cuestionamientos dirigidos a impugnar lo actuado en el inicio del proceso y, a título subsidiario, se hará lo propio retomando un agravio que, aunque no se mencionó sino de soslayo en el recurso extraordinario, por trasuntar una vulneración adicional a principios constitucionales elementales no debería quedar marginado del estudio de esa Corte, según la interpretación amplia que supo ratificar en el precedente “Núñez”, ya citado. Asimismo la vinculación del agravio referido a la inconstitucionalidad de la punición de la tenencia de estupefacientes para el uso personal está lógicamente relacionada con una detención en la cual la única “sospecha” posible era la de ser consumidor, y no la de realizar conducta alguna con trascendencia hacia terceros. De la misma forma, ese tipo penal inconstitucional se relaciona con lo que se buscaba en una requisita en la que previamente se había descartado cualquier riesgo para con el personal policial.

El análisis propuesto permitirá a esta defensa demostrar la viabilidad del presente recurso así como la necesidad de que sea el máximo Tribunal quien se expida sobre el punto.

V. Vulneración de las garantías del debido proceso y la defensa en juicio (arts. 14 y 18 C.N.)

Como ya señalara en los antecedentes del caso, la defensa oficial propugnó a lo largo de toda la vía recursiva la declaración de nulidad de la sentencia por haber convalidado actos procesales obtenidos a partir de una detención ilegítima que no fue decidida por la autoridad competente ni de acuerdo a las formas en que la ley procesal permite exceptuar esa orden.

En efecto, la detención del justiciable ha sido puesta en crisis, a la luz de las mandas constitucionales de los arts. 14 y 18 de la Constitución Nacional.

Vuelvo a insistir en la necesidad de abordar esta cuestión en concreto, en tanto configura un cuadro de grave afectación constitucional que se mantuvo en el tiempo y que no ha sido subsanado pese al agotamiento de las instancias jurisdiccionales previas.

Ni el acta de fs. 1 ni ningún otro instrumento acompañado a la causa dio cuenta de las razones por las cuales se procedió a la detención de mi asistido. Es cierto que se menciona a una vaga “denuncia anónima”, también lo es que uno de los preventores alude a la actitud “sospechosa” –por portar un tornillo en la mano el individuo que resultó detenido junto a mi defendido, algo que se supo luego de la detención, y por haber creído escuchar que le dijera “ojito” al cruzarse con el personal policial– de no puede saberse qué delito o contravención, y que, finalmente, se menciona un área “conflictiva” y un horario nocturno (las 21:30 horas). Pero, a poco que se analicen esos extremos, se llega a la conclusión que nada de ello justifica una excepcionalidad y una ausencia de comunicación con el juzgado que, de hecho, se produjo tardíamente y sin inconvenientes.

Evidentemente, no se está ante la “regla” constitucional que establece que nadie puede ser detenido si no es con orden escrita del juez competente. Si se pasan a analizar los casos excepcionales en los cuales los funcionarios policiales puedan proceder a llevar adelante una medida que restrinja el derecho constitucional de la libertad ambulatoria, comenzaré por señalar que no se encuentran reunidos, ni separados, los presupuestos establecidos en el artículo 284 del Código Procesal Penal de Nación. No se alega en autos que los detenidos estuviesen a punto de cometer un delito, o en actitud de fuga estando legalmente detenidos, o habiendo sido sorprendidos en flagrancia de la comisión de un delito de acción pública; tampoco parece que hubiesen existido “indicios vehementes de culpabilidad”. Finalmente es preciso analizar la ley 23.950 –en tanto modifica el decreto ley 333/58– que determina facultades

de detención policial con fines de investigación, en un avance por sobre lo expuesto más arriba. Pero, incluso en este caso, se exige que se esté ante circunstancias objetivas, que esas circunstancias objetivas de que se ha cometido o se está por cometer un delito, y en tercer lugar, que el sospechado no se identifique suficientemente. Parece que más allá de las críticas que se pueda efectuar a esas facultades policiales, lo más razonable es otorgarle ese carácter conjuntamente necesario (como lo hace Luis García en “Dime quién eres, pues quiero saber en qué andas. Sobre los límites de las facultades de la policía para la identificación de personas. Los claroscuros del caso Tumbeiro”, en La Ley del 19/2/2002; y Alejandro Carrió, “El derecho a la libertad y los trámites de identificación. De Daray a Fernández Prieto a Tumbeiro (o de Guatebuena a Guatemala a Guatepeor)” en J. A. del 19/2/2003). Afirmo que eso no sucede en la detención de PERALTA CANO.

En el caso, la actitud de los dos jóvenes detenidos no era objetivamente sospechosa, el personal policial no indica qué es lo que sospecharon ni sobre qué base y, además, tras la correcta identificación verbal de ambos individuos, los dos son detenidos, llevados al destacamento policial y posteriormente requisados.

Todas las alegaciones efectuadas por la prevención, aún en el dudoso caso en que sean ciertas –y para enfatizar el dudoso baste recordar que no hay testigos que no sean preventores de esos supuestos– no están encuadradas dentro de alguna de las excepciones legales mencionadas.

Nos encontramos, en este aspecto puntual, ante un sustrato que guarda similitud con el que diera lugar a pronunciamientos encontrados de V.E. en los últimos años, reseñados en el voto disidente del juez Maqueda en el Expediente “W”, N° 29, L. XXXVII “Waltta, César Luis s/causa n° 3300 del 21 de septiembre de 2004.

Cabe sin embargo apuntar que, distinguiéndose del caso fallado en aquel precedente, en el que toca juzgar no sólo concurre el supuesto de resolución contraria sino que, además, se incorporan variables que, por

involucrar otra serie de vulneraciones constitucionales adicionales (así reconocidas en diversos pronunciamientos de V.E. en su actual conformación), permiten a esta parte postular la trascendencia del caso (art. 280 *a contrario sensu* del C.P.C.C.N.) y, consiguientemente, la necesidad de que V.E. se avoque al tratamiento de la cuestión.

Es que en el caso que me ocupa se evidencia que la única argumentación que le ha quedado a la Casación es la que relaciona la situación de “razonable sospecha previa” con el posterior hallazgo de la ínfima cantidad de estupefaciente que fue consecuencia de la detención y, luego, la requisita, de mi asistido.

Más allá del erróneo análisis que evidencia allí el superior tribunal de la causa, lo que queda expuesto de esa no expresada sospecha acerca del carácter de consumidor que podía tener en su poder sustancia estupefaciente, hace evidente la doble vulneración a la libertad y al ámbito de intimidad personal. A ello me referiré más adelante, puesto que en tanto esa sospecha nunca fue expresada, no debe ser tenida en cuenta. Y ninguna otra sospecha puede ser válidamente considerada, ni siquiera para la tesis que erróneamente sostiene que puede justificarse un procedimiento por el resultado obtenido y no por las objetivas condiciones previas.

Al poner atención a esas condiciones de esta causa –vale decir, la de dos jóvenes de bajos recursos dando un paseo por el lugar en donde viven, en horarios muy razonables como son los de las nueve y media de la noche, y en ningún caso en alguno de los supuestos que legalmente se prevén como plausibles de excepcionar el estricto requerimiento legal para proceder a una detención– es que la ilicitud del procedimiento policial sin motivos que lo justifiquen se torna evidente.

Como señaló el juez Petracchi en su disidencia en el mencionado caso “Fernández Prieto”: “el funcionario policial no está autorizado a detener y revisar a toda persona que ve en la calle o acerca de la cual está realizando investigaciones. Antes de colocar sus manos sobre la persona de un ciudadano en busca de algo, él debe tener motivos razonables y constitucionalmente adecuados para actuar de ese modo (“Sibron v. New York” [392, U.S., 40, 64 – 1968]”).

La falta de expresión de esos motivos, los convierte en inexistentes. Como igualmente son inexistentes aquellos motivos que no pueden generalizarse. Eso sucede con la expresión de lugares “conflictivos” como mecanismo saneador de toda intervención producida en ámbitos habitados por ciudadanos pobres, ya que si ello se extiende como se hace en el caso para vulnerar las premisas legales de motivación de la detención, de la necesidad de encontrar testigos, y de la notificación con el juez competente, sucederá que en la Argentina existirán zonas en las cuales sus habitantes estén protegidos por las garantías constitucionales y otras de excepción, por su pobreza, en que ninguna garantía amparará a quienes allí vivan.

Lo que quiero remarcar es que en este caso concreto la detención se practicó fuera de toda la regulación legal y por lo tanto en forma contraria a la que podría permitirse esa restricción a la libertad ambulatoria en el marco de un procedimiento que luego debe ser revisado por un juez. Ningún juez, salvo que se base en criterios dogmáticos que excedan la causa, pueda evaluar en este caso si la detención se fundamentó en razones objetivas, si estas despertaron la sospecha relacionada con algún delito, ni que la identificación de los sospechosos no haya sido suficiente. Parece ocioso señalar, en estas condiciones, que el proceder de los jueces en las distintas instancias revisoras debió ser el contrario del efectivamente realizado. Lo que tendría que haber hecho la Casación era indicar que el procedimiento todo se encuentra afectado de nulidad, en tanto remite a una detención practicada en abierta oposición a los preceptos legales y constitucionales vigentes.

Tengo para mí que en el caso la detención se produce por ser los dos jóvenes transeúntes miembros de una población especialmente vulnerable a las prácticas abusivas del personal policial. En estos casos, la policía no cree precisar motivos para detener y luego requisar ciudadanos. Es por ello que se llega a casos, como el que se analiza, en que ello apenas se esconde y la detención inmotivada se muestra en toda su crudeza y sin siquiera intentos de ocultarla.

Pero dejando a salvo lo expuesto –evidencia suficiente de que al momento de la detención de mi defendido no se contaba con elementos de juicio capaces de insinuar ya fuera la orden exigida constitucionalmente, ya los indicios vehementes requeridos en la ley ritual– incluso cuando aceptáramos que la prevención actuó motivada en alguno de los sentidos de razonable sospecha, la falta de exteriorización de tales eventuales motivos conduce a idéntica solución nulificante, pues, como lo puntualizara el juez Maqueda en el mencionado precedente “Waltta” “10)...si esas circunstancias han existido, los agentes policiales las han mantenido in pectore omisión que impide realizar un juicio de razonabilidad (considerando 12 del voto de pág. 2012 en Fallos: 317:1985)”.

En punto al hallazgo posterior es que debe analizarse también la requisita, íntimamente vinculada a la detención puesto que en pocos casos puede practicarse una requisita posterior sin haber detenido previamente al requisido. Al ser nula la detención, la nulidad de la requisita deviene inevitable.

Refiriéndose a los alcances del planteo nulificante aquí propuesto se ha expedido V.E. en forma coincidente con esta defensa. Así, en Fallos 308:733 afirmaba la Corte: “En definitiva, apreciar la proyección de la ilegitimidad del procedimiento sobre cada elemento probatorio es función de los jueces, quienes en tal cometido deben valorar las particularidades de cada caso en concreto. Resulta ventajoso para esa finalidad el análisis de la concatenación causal de los actos, más no sujeta a las leyes de la física sino a las de la lógica, de manera que por esa vía puedan determinarse con claridad los efectos a los que conduciría la eliminación de los eslabones viciados. Debe tenerse en cuenta, asimismo, la posibilidad de adquisición de las evidencias por otras fuentes distintas de las que se tengan por ilegítimas...” (del Considerando 5º).

Es evidente que, siguiendo los lineamientos y la metodología propuestas por el máximo Tribunal de garantías, la única conclusión aceptable es la enarbolada por esta defensa de anular también la consecuencia de la detención.

La requisita y el eventual secuestro, resultan una concreta derivación de la detención anterior, y si carece de legalidad la detención, ello inhabilita todas las diligencias posteriores. Ello es lo que expone con claridad la disidencia del juez Bossert en la mencionada causa “Fernández Prieto” (Fallos 321:2947). Pero es que en el caso de autos la misma requisita es de nulidad absoluta en forma independiente a la medida que la precede.

Se llega a esta conclusión por falta de los mismos requisitos observables previamente sobre la necesidad de practicar tal medida sin orden judicial. Las excepciones a ello provienen del artículo 230 del Código de rito que señala cuales serían los motivos que lo justifiquen y, en todo caso, que deben quedar expuestos en forma previa por la policía, ya

que si se exigen para cuando lo dispone el juez, también deben existir en este otro caso. Esos motivos, además, deben impedir hacerlo con la demora que requiere el permiso judicial. Si los motivos de urgencia estaban motivados en el hallazgo de un arma, como parece sostener el fallo recurrido, no sirve para darle asidero la jurisprudencia estadounidense mencionada por la Casación (más allá de las críticas que ha recibido ese recurso, que si es “para dejar de lado las exigencias que los legisladores le han impuesto a los jueces y a los agentes de seguridad, esa práctica se torna absolutamente inadmisible”, según Paula Honisch, “Un nuevo retroceso de la Corte Suprema en el respeto de las garantías constitucionales”, en Nueva Doctrina Penal, 2002/B, Buenos Aires, del Puerto, p. 558).

En efecto, y como señaló con acierto el juez Maqueda en su considerando 14 del citado antecedente “Walta”, en el caso “Terry vs. Ohio”, la Corte Suprema estadounidense de ningún modo autoriza a la policía a revisar en cualquier caso y, además, el propósito de la búsqueda y lo que válidamente se obtenga de ella debe quedar limitado al hallazgo de lo que se busca (en el caso, un arma). Este caso es citado por la Casación pero en un sentido tan amplio y confuso que su doctrina permitiría realizar requisas sin ningún requisito de admisibilidad.

Esa ha sido la forma en que la Casación se ha expresado en esta materia y lo que le ha valido severas críticas de parte de la doctrina. Por ejemplo, Alberto Bovino remarca que “en materia de requisas personales es el mejor ejemplo de cómo resulta posible despreciar exigencias mínimas establecidas de manera indiscutible en el texto legal” (autor citado, “La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código penal argentino”, Buenos Aires, del Puerto, 2001, p. 254 nota 23).

A pesar de esa admonición que se le hace desde el ámbito académico, incluso de la jurisprudencia casacional se siguen dos requisitos básicos que en el caso se soslayaron sin que la Sala I reparase en ello: el motivo suficiente para presumir que el sujeto lleva cosas relacionadas con un delito, y la urgencia que aconseje no postergar el acto (entre otros fallos de la CNCP, Sala I “Monzón” del 16/3/99, Sala II, “Barbeito” del 14/6/94, Sala III, “Longarini”, del 27/4/94, y Sala IV, “H., M.A.” del 3/4/97, todos citados por Mariano Bertelotti, “La ley 25.434 y su influencia en la regulación de la requisas personales”, en Nueva Doctrina Penal, 2004/B, del Puerto, Buenos Aires, p. 182).

El motivo no puede encontrarse en las presentes actuaciones, y frente a ello ha dicho el juez Petracchi, en el considerando décimo de su disidencia en “Fernández Prieto”, que no alcanza con una invocación meramente formal o sacramental: “En otras palabras, el recurso a una fórmula estereotipada como la ‘actitud sospechosa’ remite a una opacidad indescifrable que no satisface la exigencia de la debida funda-

mentación de los actos estatales, y, por tanto, carece de relevancia cuál sea la autoridad de la que éstos emanen. Cuando existen instrumentos destinados al control de las decisiones, y a fin de que dicho control no se torne una mera ficción, en ellas deben expresarse las características particulares del caso que llevan a la aplicación de una determinada consecuencia jurídica, y no es suficiente con invocar una razón que, sin cambio alguno, podría servir de comodín para ser utilizada en cualquier otro supuesto”.

Y en cuanto a la urgencia, baste decir que mi defendido y su acompañante ya habían sido detenidos, identificados, llevados al destacamento policial y permanecían allí alojados, por lo que no había elementos objetivos que permitiesen pensar que ante la demora podrían desaparecer pruebas o ponerse en peligro. Incluso la situación del caso verifica una excepción a la más permisiva, para con el accionar policial, ley 25.434, posterior al hecho, y que suprimió el adjetivo “urgentes” tras la voz “requisas” del artículo 184 inc. 5º y del art. 231 del CPPN (así como no lo agregó en el artículo 230 bis). En estos casos en los que no se alude a esa urgencia, se está ante las circunstancias que al final del artículo 230 se mencionan como de “operativo público de detención”, algo alejado a lo que sucedió en autos dentro del destacamento policial –en el que, además tampoco había testigos ajenos a la repartición–.

Interpreto que esa urgencia o necesidad de actuar sin demoras de todas formas debe presumirse en la nueva normativa, pero “de admitirse que la urgencia ha sido suprimida como requisito, debe tenerse cabal conciencia de la influencia práctica que tal circunstancia tendrá, por lo cual corresponderá insistir en que los jueces deberán ser sumamente exigentes al momento de analizar el recaudo de motivos suficientes en cada caso en particular a fin de que la actuación policial no rebase los límites constitucionales” (Bertelotti, Mariano, “La ley 25.434 y su influencia en la regulación de la requisita personal”, en Nueva Doctrina Penal, 2004/B, del Puerto, Buenos Aires, p. 224).

Como señala Luis Cevasco (en “La requisita ilegal ante las reglas de exclusión”, publi-

cado en la edición de internet de Eldial en el año 2005), es que “El juego de los arts. 14, 18 y 19 de la Constitución Nacional indica, de un lado, que la libertad ambulatoria y la privacidad son aspectos esenciales de la dignidad del individuo. Y de otro, que para habilitarse la injerencia del sistema jurídico penal sobre tales aspectos substanciales, debe existir un ‘hecho del proceso’ o, lo que es lo mismo, una objetiva y concreta presunción legal de que el individuo puede estar vinculado a un hecho típico específico –principio de determinación–”.

Ese hecho es el que no podía ser conocido en forma previa por el persona policial, a excepción de que estuviesen ya pensando en una intromisión aún mayor que la contemplada en la figura procesal de la requisita, y que ya no se sospechara que fuesen los detenidos “sospechosos” de un delito, sino de ser usuarios o consumidores de determinadas sustancias, cuyos efectos –por otro lado– tampoco eran advertidos previamente. Es por ello que me parece importante relacionar esta actuación policial irregular con el tipo penal por el que finalmente se condenó a mi asistido, y sobre el cual predico su flagrante inconstitucionalidad.

Con arreglo a la doctrina sentada por ese Tribunal en el precedente “Núñez, Ricardo Alberto s/ sus recursos de queja y casación y extraordinario”, entiendo indispensable –a los fines del acabado ejercicio de mi ministerio– señalar estas cuestiones pues resultan consustanciales con la protección de derechos humanos elementales cuyo incumplimiento podría hacer incurrir al Estado Argentino en responsabilidad internacional.

La gravedad de los vicios denunciados y su relación directa e inmediata con la condena que agravia a mi defendido, habilitan a esta defensa a solicitar la avocación de V.E. de cara al restablecimiento de los derechos federales lesionados.

VI. El agravio de la inconstitucionalidad de la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal

El juez de la causa no dudó en conceder a PERALTA CANO la calidad de autor penalmente responsable del delito de tenencia de

estupefacientes para uso personal (art. 14 segundo párrafo de la ley 23.737).

En efecto, ante la muy escasa cantidad de marihuana peritada (la medida de fs. 42 vta. consumió casi la mitad de la sustancia requisada), las instancias judiciales sostuvieron que su destino era inequívocamente el del consumo personal.

En esas circunstancias, plantearé ante V.E. la inconstitucionalidad de la norma que interviene sobre el ámbito de intimidad de las personas y en tanto no realicen afectaciones a terceros. La consecuencia de esa punición es la de convalidar, como sucede en autos, cualquier intervención policial por sobre los individuos más vulnerables de la sociedad.

No se me escapa que el criterio sostenido por la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Montalvo” (Fallos 313:1333) tiene el sentido contrario a lo que solicito. Pero tampoco que el mencionado fallo de la década pasada tuvo el efecto de volver sobre el precedente “Colavini” (Fallos 300:254) que había dictado la conformación de la Corte durante la última dictadura militar, y de hacer perder la mayoría que hasta entonces tenía la opinión sustentada enjundiosamente por la mayoría de la Corte de la renacida democracia en los fallos “Bazterrica” y “Capalbo”, ambos del 29/8/1986 (Fallos 308:1392). Los votos mayoritarios de los jueces Petracchi, Bacqué y Belluscio se destacan aún hoy entre las piezas jurídicas dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y no sería de extrañar que, ante una nueva modificación de la integración de este altísimo tribunal, se vuelva a discutir un aspecto tan central para la vida democrática y, es lo que solicito, se sumen argumentaciones a las ya muy ilustradas que sentaron aquellos jueces de la también prestigiosa integración posterior a 1983.

En el fallo “Bazterrica” se sostuvo el punto de vista que declaró la inconstitucionalidad del art. 6º de la ley 20.771, similar al artículo 14 segunda página de la ley 23.737 en lo que se viene a objetar. En los votos que consolidaron una mayoría se hizo hincapié en la necesidad de asegurar efectivamente el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 19 de la Carta Magna. Se dijo que la tenencia de estupefactivos que por su cantidad indiquen que es para consumo personal, en cuanto no trasciende el ámbito personal de quien posee el estupefaciente y “no genere consecuencias a terceras personas, no es susceptible de ser alcanzada por el derecho penal” pues en caso contrario menoscabaría un derecho de jerarquía constitucional.

En punto a ese derecho constitucional y sus relaciones con el derecho penal de acto y cumplidor del requisito de lesividad, mucho se ha dicho desde los albores de la modernidad y en concreto desde que en el siglo de las luces se plasmó un derecho penal liberal, limitador de los poderes punitivos.

Como ejemplo de lo que sostiene pacíficamente la doctrina juspenalista vale recordar al profesor Esteban Righi, quien

dice que "... todo individuo es soberano sobre sí mismo, su propio cuerpo y espíritu, por lo que sólo hay motivo legítimo para imponer una pena cuando se ejecuta un acto que perjudica a otra persona, es decir cuando existe un conflicto entre el autor y una víctima" (en "Dogmática y política criminal de la víctima" en "Teorías actuales en el Derecho Penal", Buenos Aires, Ad Hoc, 1998, p. 326 y 237).

La recepción que hace de esos principios liberales nuestra Constitución recibió el mayor desarrollo teórico de parte de V.E. en causas en las cuales, como es el caso de autos, todas las instancias previas, y también las partes acusadoras, convinieron inequívocamente que la escasa cantidad de estupefaciente secuestrado estaba destinada al uso personal del condenado, y no había ninguna posibilidad de afectación a terceros.

El artículo 19 de la Constitución Nacional abarca no sólo aquello relacionado al fuero íntimo de las personas, esto es, ideas, sentimientos, creencias, etc., sino también aquellos actos de los individuos que, por más que se manifiesten exteriormente, no llegan a trascender de forma tal que puedan ofender concretamente intereses o derechos de terceros. Dentro de tales actos pueden ser considerados los relacionados con el consumo individual de estupefacientes y aquella condición previa que es tenerlos para ese fin, si es que pueden considerarse "actos" las situaciones de mera tenencia (discute sobre ello, entre otros, Eberhard Struensee en "Los delitos de tenencia", en "Problemas capitales del derecho penal moderno", Buenos Aires, Hammurabi, 1998). En caso de no considerarse "conducta" ese hecho previo, la vulneración a la Constitución de su penalización deviene obvia ya que "los delitos, como presupuesto de la pena, no pueden consistir en actitudes o estados de ánimo interiores y ni siquiera genéricamente en hechos, sino que deben concretarse en acciones humanas –materiales, físicas o externas, es decir, empíricamente observables– describibles exactamente en cuanto tales por la ley penal" (según afirma Luigi Ferrajoli, "Derecho y Razón", Madrid, Trotta, 1995, p. 480).

Pero también es inconstitucional si lo que se pena es considerado "acto", en tanto

tal acto no perjudica, como se ha dicho, a terceros, y además no puede con seguridad ser señalado como uno de los que de algún modo ofendan al orden y a la moral pública. Esta última expresión constitucional no puede interpretarse en forma tan amplia como la que hace desaparecer el principio de reserva (que es lo que sucede con la interpretación mayoritaria en "Montalvo"). De esta otra forma, el ámbito de libertad al que tienen derecho las personas queda tan reducido que prácticamente no habría ninguna actividad de los individuos que no pudiera ser controlada por los órganos del Estado. De allí que la conducta por la que no sólo se condena, sino que también por la que se justifica, *ex post*, cualquier tipo de intervención sobre la libertad ambulatoria y la intimidad corporal –incluso en contra de la normativa legal y sin orden de juez– esté amparada por el principio de reserva.

Los argumentos principales para dictar la inconstitucionalidad del tipo penal que tiene efectos tan perniciosos para con la libertad de los habitantes del suelo argentino, y en particular hacia los más vulnerables, son principalmente dos.

El primero de ellos se refiere a la legalidad penal, puesto que al tratarse de tan escasa cantidad de droga, insignificante para vulnerar el bien jurídico tutelado (aparentemente la "salud pública") o incluso por no afectarla en absoluto (si se diferencia la propia "salud privada", que sí podría afectarse pero que no puede considerarse un bien jurídico protegido penalmente, de ese otro bien jurídico mencionado en la punición relativa a estupefacientes), se vulneraría en su acepción "estricta" este principio contenido en el artículo 18 y en la segunda parte del artículo 19 de la Constitución Nacional. El segundo argumento hace directa relación al principio de reserva, contenido en la primera parte del artículo 19 de la Constitución Nacional, que como he dicho ampara la conducta en cuestión.

Respecto al primer punto es necesario remitirse al mandato hacia el legislador (y que al intérprete constitucional compete verificar su cumplimiento) conocido como "principio de lesividad" y que es expuesto por Luigi Ferrajoli con el aforismo *nulla poena,*

nullum crimen, nulla lex poenali sine iniuria (“Derecho y Razón”, Madrid, Trotta, 1995, p. 464). Esa necesidad de dañar a un tercero será el denominador de la cultura penal antes mencionada, y formada desde Hobbes, Puffendorf y Locke, hasta Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano y Romagnosi. La protección de derechos de terceros será el límite racionalizador señalado por la Ilustración y que es seguido actualmente por los Estados democráticos en sus constituciones y, en el ámbito internacional por las declaraciones y pactos internacionales, los que han conformado el moderno derecho internacional de los derechos humanos que protege también a los habitantes de la Argentina.

No es ocasión de referirme aquí a lo que debe entenderse como una injuria o lesión a un derecho de otro, o sea a qué es un bien jurídico, sin cuya afectación no puede darse lugar a criminalizaciones. La finalidad limitadora del derecho penal liberal se ha visto frustrada por los diversos contenidos históricos que se le dieron al concepto de bien jurídico (sobre su historia, Luigi Ferrajoli en la obra citada, p. 467 y ss.; y Hernán Hormazábal Malarée, “Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho”, Barcelona, PPU, 1991). Una conducta se considerará que conculta a un bien jurídico sólo si afecta materialmente a otro individuo y, además, implica una “dañosidad social”, esto es, que trascienda ese conflicto víctima/victimario y su propio daño, provocando también un daño a la comunidad (Winfried Hassemer, “Fundamentos del Derecho Penal”, Barcelona, Bosch, 1984, p. 38).

Pues bien, la conducta que nos ocupa se ha afirmado con seguridad, en las sentencias de condena, que no afecta a terceros (pues se señaló que era para “consumo personal” del condenado). Y, por otro lado, no es seguro que pueda vulnerar concreta y realmente el bien jurídico que con su punición se quiere proteger, esto es, la salud pública. Y ello fundamentalmente porque, dadas las características de la mencionada conducta, la relación o conexión existente entre el bien jurídico protegido y el comportamiento incriminado es tan difusa o lejana, o mejor, tan abstracta, que el peligro que sufre aquél sólo puede ser de un carácter más bien presunto e indemostrable con el conocimiento empírico de la actualidad. “En otras palabras quiere esto decir que, por las características de la conducta incriminada, del bien jurídico en juego y de la relación entre ambos, no es factible que la afectación del segundo constituya algo más que una mera posibilidad” Y, como señala el jurista cordobés que se cita, con esa posibilidad no puede constitucionalmente justificarse una criminalización (Gabriel Pérez Barberá, “Montalvo: Las acciones privadas de los hombres y las públicas de los jueces” en La Ley 1993-C, p. 721).

Por si esta falta de cumplimiento con el principio de lesividad no alcanzase, vale recordar lo que se ha señalado en la doctrina penal argentina sobre el principio de insignificancia.

Aplicándolo a esta misma conducta criminalizada, el profesor Vitale realizó importantes consideraciones que amparan la solución que propicio (Gustavo L. Vitale, "Estado constitucional de derecho y derecho penal", en "Teorías actuales en el derecho penal", Buenos Aires, Ad Hoc, 1998).

La insignificancia, que en otros casos podría utilizarse para demostrar la atipicidad de una conducta en un caso de evaluación de los hechos o de derecho común, en el caso impone la declaración de inconstitucionalidad de la norma del artículo 14, segundo inciso de la ley 23.737 (lo que torna a la cuestión de indudable matriz federal). Se ha afirmado con razón que "la criminalización alcanza un límite intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto" (Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, "Derecho Penal. Parte General", Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 123).

En esta línea se enrolan distintos precedentes del tribunal Supremo español, en los que se puntualiza que el objeto de la sanción es la puesta en peligro del bien jurídico (Sentencia 977/2003, de 4 de julio) "... razón por la cual deben de quedar excluidas de la punición por este delito aquellas conductas en las que, aún cuando aparentemente se realice la conducta típica, por las especiales o excepcionales circunstancias que concurren en el caso concreto, puede excluirse totalmente la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido".

Y, en específica referencia al principio de insignificancia, la Sala en lo penal tuvo oportunidad de señalar que "... cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carece la acción de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo" (Sentencias de 12 de septiembre de 1994 (0,,05 grs. de heroína); 28 de octubre de 1996 (0,06 grs. de heroína); 22 de enero de 1997 (0,02 grs. de heroína); 22 de septiembre de 2000, núm. 1441/2000, (0,03 gramos de heroína y 0,10

gramos de cocaína, sin poder concretarse el grado de pureza), 11 de diciembre de 2000, núm. 1889/2000, (0,02 gramos de cocaína), 10 de diciembre de 2001, núm. 1591/2001 (una sola pastilla de buprex, sin constancia de su peso), 18 de julio de 2001, núm. 1439/2001 (compartir una dosis del tratamiento con metadona), y 11 de mayo de 2002, núm. 216/2002 (0,037 gramos de cocaína).

De acuerdo con esta concepción, el objeto del delito debe tener un límite cuantitativo y cualitativo mínimo, pues "... el ámbito del tipo no puede ampliarse de forma tan desmesurada que alcance a la transmisión de sustancias que, por su extrema desnaturalización cualitativa o su extrema nimiedad cuantitativa, carezcan de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal" (Sentencia de 28 de octubre de 1996), doctrina que, según apuntaran los miembros de la sala en el recurso nº 1464/2005-4, res. 1214/05 del 6/10/05 "... se ha aplicado ocasionalmente en supuestos de tráfico. Como señala la sentencia de 11 de diciembre de 2000, núm. 1889/2000, 'esta Sala Segunda viene también declarando, incluso en casos de tráfico, que cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carece la acción de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo'".

Desde la perspectiva del principio de reserva, poco puede agregarse tras lo extensamente fundamentado en el caso "Bazterrica", a cuyos votos, en particular al del juez Petracchi, me remito en homenaje a la brevedad. A los principios liberales de la Constitución, estrictamente jurídicos, políticos y morales, corresponde también agregar los datos de la realidad, que también en ese extenso fallo eran apuntados. El programa criminalizador no puede desligarse de lo que produce. Si en vez de mejorar la condición de la sociedad en general y de los individuos en particular el efecto es claramente inverso –o incluso inocuo– la criminalización deja de tener justificativo constitucional. La criminalización de los consumidores en nada ayuda a reducir ese consumo, y por el contrario

implica una severa intromisión en el ámbito de privacidad y libertad de los individuos, consumidores o no.

Como bien lo destaca Zaffaroni en su nota al fallo “Bazterrica”, hace ya mucho tiempo que el poder público ha advertido que no puede extender su injerencia hasta ámbitos tan íntimos de los seres humanos, como lo son sus costumbres y sus valores morales. Es así que hoy a prácticamente nadie se le ocurriría elaborar un proyecto de ley proponiendo se castigue penalmente la homosexualidad, el incesto, las prácticas sado-masoquistas, etcétera (Raúl Zaffaroni, “Tenencia de tóxicos prohibidos”, en Jurisprudencia Argentina, 1986-IV, p. 240 y 241). No lo hacen los poderes públicos en los países democráticos porque se sostienen sobre bases morales liberales, y no paternalistas, pero también porque las consecuencias de los intentos –mal o bien intencionados– de intervenir en esas áreas se demostraron inútiles.

Esto me lleva a considerar especialmente los efectos prácticos de la prohibición que estimo inconstitucional. Nada bueno para la “salud pública” se siguió de la vigencia de la penalización de la tenencia para el consumo, y mucho menos para la individual de los que son adictos. Un importante elemento no jurídico del voto mayoritario en las mencionadas causas “Bazterrica” y “Capalbo” estaba en el reconocimiento de la imposibilidad de prohibir la tenencia de sustancias con las cuales se drogaban, hace unos veinte años, los sectores más jóvenes y humildes de la población, como la nafta o el pegamento. Hoy esa afirmación sigue siendo válida, y además es reforzada por muchas nuevas sustancias que diezman a nuestra población más vulnerable (ver, por ejemplo, el auge del denominado “paco”). La represión penal para con esos sectores vulnerables no creo que sea el mejor camino hacia su plena integración con la parte más favorecida de la sociedad.

Por el contrario, el efecto práctico de la criminalización de la tenencia de estupefacientes para uso personal es el de posibilitar una de por sí ampliamente existente discrecionalidad policial. Que la actividad policial se mueva al margen de los límites del Estado de derecho es una realidad que aumenta con la posibilidad de intervención en el ámbito de la intimidad de los ciudadanos.

Como se puede verificar en el caso en estudio, pero sólo como un ejemplo de lo que sucede con el actuar del sistema penal, los sectores más desfavorecidos son los que quedan sin garantías que oponer ante las autoridades si es que lo que ellas hacen se valida luego por el hallazgo de una sustancia que estaba a punto de ser ingerida por el autor y que no tendría ninguna consecuencia hacia terceros. Mucho más desfavorecidos quedan si como consecuencia de ello se impone una pena que será el puntapié inicial de una “carrera” de marginalización estigmatizante en la que ya no hay vuelta atrás.

Los votos de la mayoría en los fallos “Bazterrica” y “Capalbo” mostraban, con contundente base empírica, la inutilidad, y por lo tanto irrazonabilidad, de la punición de la

tenencia de estupefacientes para uso personal, basando por lo tanto su declaración de inconstitucionalidad no sólo en la vulneración del art. 19 de la Constitución Nacional, sino también, en definitiva, en la afectación que se hace del artículo 1º de la Carta Magna, que al estatuir la forma republicana de gobierno exige, como característica definitoria de ella, la razonabilidad de los actos de gobierno.

Finalmente también se afecta, con el procedimiento efectuado para condenar a quien tenía en su poder sustancia que de ningún modo afectaría a terceros, el derecho a no soportar injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada a cuyo respeto el Estado argentino se comprometió internacionalmente (art. 11 incs. 2º y 3º C.A.D.H., art. 17 incs. 1º y 2º P.I.D.C. y P., art. 12 D.U.D.H. y art. V de la D.A.D.D.H.).

Corresponde así revocar el auto en crisis para que, por donde corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al esquema de garantías.

Dadas las características del caso y, particularmente, el hecho de que la totalidad de las actuaciones remite a la ilegítima detención de PERALTA CANO, que luego se pretendió legitimar con la sanción de una situación no vulneradora de ningún bien jurídico y sólo tipificada con un articulado inconsti-

tucional, me permito postular la nulificación de lo actuado.

VII. Petitorio

Por las consideraciones expuestas, solicito:

1. Se tenga por debidamente motivado en legal tiempo y forma este Recurso de Queja por Denegatoria del Recurso Extraordinario Federal interpuesto *in forma pauperis* por Mauricio PERALTA CANO.

2. Se tenga presente que se ha dado cumplimiento a las Acordadas Nros. 13/90 y 35/90, inc. c; que se informará sobre la tramitación del beneficio de litigar sin gastos, y que no se da cumplimiento a la previsión del art. 283 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación atento a que la presente queja se eleva a consideración de V.E. conjuntamente con los autos principales que corren por cuerda.

3. Se haga lugar al recurso impetrado, dictándose la inconstitucionalidad de la penalización de la tenencia de estupefacientes para uso personal, y la nulidad del procedimiento de detención y requisas que inició estas actuaciones.

**Proveer de conformidad,
Será Justicia.**

Funda recurso de hecho por denegatoria de extraordinario federal. Amplía fundamentos

Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación:

Eduardo A. Dromi, Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (int. Conf. Res. D.G.N. N° 1071/06), en el Expte. C.S.J.N. Letra “G”, N° 1829, Libro XLII, año 2006, caratulado: “RECURSO DE HECHO deducido por Miguel Ángel GÓMEZ, en los autos GÓMEZ, Miguel Ángel s/causa N° 6369”, constituyendo domicilio legal en la calle Paraguay 1855, 1º piso, contrafrente, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ante V.E. me presento y respetuosamente digo:

I. Objeto

Que conforme a lo prescripto en los Arts. 282, 283 y 285 CPCCN, en función de los Arts. 14 y 15 de la Ley 48 y 6 de la ley 4055, vengo a fundar legal y técnicamente la presentación realizada por Miguel Ángel GÓMEZ contra la resolución de fecha 18 de octubre de 2006 de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, por la que por mayoría se resolviera no lugar al recurso extraordinario interpuesto (cfr. fs. 940/vta, Resolución Registro N° 1180/2006).

II. Admisibilidad del recurso de hecho

II. 1. Requisitos comunes y requisitos formales

Que legitimado activamente en el carácter invocado, vengo a fundar la voluntad recursiva de Miguel Ángel GÓMEZ que corre agregada a fs. 1 de las presentes, conforme la vista conferida.

De esta forma y toda vez que en la jurisprudencia de V.E. los reclamos de quienes se encuentran privados de su libertad deben reputarse como una manifestación de su voluntad de interponer los recursos de ley, incluso a despecho de cualquier deficiencia formal (Fallos, 327: 5095, entre muchos otros), la presentación directa deducida por el procesado debe entenderse como un recurso de queja *in forma pauperis* por recurso extraordinario federal denegado y, por ello, obviarse los requisitos formales referentes a su admisibilidad. La posición contraria –cabe aclararlo– acabaría lesionando el derecho constitucional a ser oído (Fallos, 310:492).

La decisión impugnada proviene de un órgano jurisdic-

cional, se vincula a un juicio criminal e involucra materia justiciable que causa a mi parte un gravamen irreparable.

La manifestación de GÓMEZ es temporánea, toda vez que contra lo sentado en Fallos 327:3802 la decisión que dispuso el rechazo del recurso extraordinario federal no le fue notificada en forma personal.

A ello resta agregar que la manifestación de su voluntad impugnativa ingresó a vuestra mesa de entradas el día 30 de octubre de 2006 (v. fs. 1).

A todo evento informo que, una vez recibidas, se pondrán a vuestro conocimiento las constancias documentales que acrediten la tramitación del beneficio de litigar sin gastos. La presente queja se encuentra exceptuada de la previsión del Art. 283 CPCCN, en tanto se eleva a consideración de V.E. conjuntamente con los autos principales que corren por cuerda.

En cumplimiento de las Acordadas N° 13/90 y 35/90, inc. "c" dejo constancia que Miguel Ángel GÓMEZ es argentino, nacido el 22 de diciembre de 1986 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, hijo de Luis Armando y Claudia Alejandra Ancieta, con Documento Nacional de Identidad 32.791.111, estado civil soltero, con último domicilio en la Manzana 2, Casa 7, Barrio Illia de esta ciudad, actualmente alojado en el Instituto Agote.

II. 2. Requisitos propios. La trascendencia de la cuestión federal involucrada

La desestimación del recurso extraordinario causa a mi representado un agravio sólo susceptible de ser reparado en los términos del art. 285 CPCCN.

La violación constitucional denunciada guarda relación directa e inmediata con lo decidido en la causa, toda vez que de su tratamiento y resolución depende el mantenimiento de la sentencia que agravia al justiciable.

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 se reclama por este medio, compatible, por lo demás, con los lineamientos del sistema penal juvenil, tal como es concebido dentro del paradigma de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La decisión impugnada es una sentencia definitiva, en la medida en que da por tierra con el estado jurídico de inocencia y declara la responsabilidad penal del justiciable por un hecho cometido cuando era menor de edad.

Si bien es cierto que con arreglo a la ley 22.278, art. 4, el Tribunal de Menores podría, luego de la suspensión disposta, disminuir la pena a la luz de la escala de la tentativa o incluso absolver al joven, tales potestades, propias de la condición de niño que reviste el justiciable en el proceso, en nada alteran el hecho de que la sentencia de mérito sea, en este contexto, aquella que declara la responsabilidad penal.

Desde esta perspectiva, el derecho del joven a obtener un pronunciamiento jurisdiccional ajustado al plexo constitucional, tanto en lo que concierne a los hechos acreditados cuanto a su correcto encuadre jurídico, reafirma la procedencia del recurso articulado.

La sesura que caracteriza el proceso penal juvenil no puede hacer perder de vista que la declaración de culpabilidad pone en marcha el esquema de garantías constitucionales comunes a todo infractor penal, sea cual fuera su edad al momento del hecho. En este sentido, las Reglas de Beijing establecen: “En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior” (regla 7.1).

III. Antecedentes

a) El acta de debate. La sentencia de declaración de responsabilidad

A fs. 775/785 consta el acta de debate. En la oportunidad de formular su alegato, la Sra. Defensora Oficial solicitó en primer lugar la absolución del joven infractor pues entendió que no estaba acreditada su participación en los hechos investigados.

En segundo lugar, la Dra. Quiroga recordó que “... la persona que forcejeaba con Agreda Cadima, ignoraba lo que sucedía y llevaba a cabo el otro sujeto, por lo que al primero de los referidos solo puede atribuirsele el delito de robo con arma” (fs. 784vta.).

Advirtió que, habida cuenta de la condición de niño de Miguel Ángel GÓMEZ, la pena de prisión perpetua establecida para el ilícito enrostrado resulta inconstitucional “... por vulnerar la normativa del art. 37, segundo párrafo, inc. a de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a la Constitución Nacional” (íd.).

A su turno, la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces, Dra. López Reta, compartió la postura absolutoria de la defensa y adhirió al planteo de inconstitucionalidad efectuado.

Concedida la última palabra al joven, manifestó “... que no mató a nadie, ni jamás intentaría hacerlo” (v. fs. 785).

A fs. 787/788 obra agregado el dispositivo dictado el 22 de agosto de 2005 por el Tribunal Oral de Menores N° 2, que en lo pertinente, resolvió declarar a Miguel Ángel Gómez coautor penalmente responsable del delito de robo con armas en concurso real con el delito de homicidio calificado por haberse realizado para procurar la impunidad para sí o para otro reiterado en dos oportunidades, una de ellas en grado de tentativa, y suspender el trámite del proceso respecto de

Gómez, a los fines previstos en el art. 4 de la ley 22.278, hasta el 10 de septiembre de 2007. Asimismo, en el punto III del veredicto, resolvió absolver por los mismos hechos al coprocesado José Enrique Beltrán y en el punto VI se dispuso la extracción de fotocopias del acta de debate y su remisión al juzgado de Menores "... a fin de que conforme lo surgido en el debate, se enderece la investigación respecto del coautor del hecho aquí juzgado".

Y a fs. 793/799 lucen acollarados sus fundamentos vertidos el 29 de agosto de 2005.

En esa oportunidad tuvo por acreditado que "... el día 9 de septiembre de 2003 a las 18:30 hs. aproximadamente, Miguel Ángel Gómez alias 'Chizito' junto con otro sujeto [que en el juicio se demostró no era Beltrán sino otro joven aparentemente apodado 'Sapito] quien efectuara los disparos que produjeron la muerte de la víctima) ingresó al comercio sito en la casa nro. 116 de la manzana 29 de la denominada Villa 1-11-14 y mediante la utilización de armas de fuego le solicitó a Humberto Agreda Cadima y a Rosalía Villalpando Méndez, propietarios del local, la entrega de dinero y otros efectos. Ante la resistencia de sus víctimas Gómez y su compañero, con el fin de procurarse impunidad les efectuaron al menos cinco disparos de los cuales dos impactaron en el cuerpo de la Sra. Villalpando provocándole serias heridas que determinaron posteriormente su muerte" (cfr. fs. 793).

Precisó que "Mientras uno de los sujetos buscaba el dinero y otros objetos, el restante apuntaba con su arma a los damnificados. En ese instante Agreda Cadima increpó al encausado a fin que se retirara del lugar ante lo cual el otro individuo le gritó a Gómez 'matalo, matalo', efectuando éste, tres disparos que no llegaron a impactar en la víctima. En respuesta, Agreda Cadima se abalanzó contra Gómez trabándose en un forcejeo. Ante ello la Sra. Villalpando intentó interceder por su marido pero el sujeto que le apuntaba [aquel en torno al cual se remitieran testimonios al juzgado de origen] accionó su arma al menos dos veces hiriéndola de muerte. Ante dicha situación los inocentes huyeron del lugar por la puerta trasera que da a un pasillo lindante" (íd., destacado agregado).

b) Los recursos de casación interpuestos por la defensa y la fiscalía

A fs. 821/839vta. recurrió la Sra. Fiscal la absolución dictada respecto de José Enrique Beltrán y a fs. 840/845 hizo lo propio la Sra. Defensora Oficial de Gómez.

En primer término, y en relación con la procedencia de la vía intentada, la defensa afirmó que "... la declaración de responsabilidad de un menor es equiparable en sus efectos a una sentencia definitiva, por cuanto *las cuestiones relativas al hecho y al derecho que motivó la formación de la causa se discuten exclusivamente en este decisorio, y por el contrario, en la sentencia que resuelve sobre la imposición o no de pena al menor, dichos extremos no se vuelven a tratar*, resolviéndose sólo las cuestiones inherentes al resultado de la disposición tutelar a la que el menor ha sido sometido" (fs. 841, destacado agregado).

Agregó que "En relación con las personas menores de edad que han sido reputadas responsables de infringir las leyes penales, la Convención sobre los Derechos del Niño art. 40.2.b.V prevé su derecho a someter dicha decisión y 'toda medida impuesta a consecuencia de la misma' a una autoridad u órgano jurisdiccional superior, de acuerdo a la legislación nacional. A su vez las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores –conocidas como Reglas de Beijing– establecen el derecho a apelar durante todas las etapas del proceso (regla 7.1)" (fs. 841 vta.).

De seguido, la Sra. Defensora encauzó su agravio en el motivo previsto en el art. 456 inc. 2º del CPPN. Entendió que la declaración de responsabilidad dictada carecía de debida fundamentación, toda vez que "... se basó (...) en testimonios que en la misma sentencia son tildados como 'no coherentes', 'poco precisos', cuando trata la situación de José Enrique Beltrán. Es decir frente al mismo hecho, y con los mismos elementos de prueba objetados por los propios Jueces a un procesado lo absuelven (Beltrán) y al otro lo declaran penalmente responsable (Gómez)" (fs. 843 vta.).

Sostuvo que "El Tribunal encontró de suma importancia el reconocimiento que efectuara de Gómez el testigo Agreda Cadi-

ma, por cuanto si bien este afirmó no conocerlo con anterioridad al hecho, la actividad que desplegará Gómez, indica claramente –para los jueces– la posibilidad concreta de que Agreda Cadima lo pudiera observar para luego reconocerlo en rueda de personas, ello no obstante haber asegurado frente al Tribunal que los sujetos al entrar al quiosco tenían la cara tapada, con unos cuellos de tela polar, pero que al retirarse la llevaban descubierta. Pero *el propio Tribunal en el Considerando Tercero 2) se encarga de dejar asentado que Agreda Cadima incurrió en contradicciones entre lo declarado en la audiencia de juicio y lo manifestado anteriormente en la causa, para finalizar concluyendo que 'lo cierto es que no fue coherente con sus diferentes testimonios y quitan certeza al mismísimo reconocimiento que de él hiciera en su oportunidad' [refiriéndose al reconocimiento de José Enrique Beltrán]*" (fs. 843 vta./844, destacado agregado).

Señaló que los sentenciados dijeron: "... en la sentencia '... Se tienen en cuenta así también, los reconocimientos que del menor realizan Sumiri y Elmer Lascano Rivera, quienes si bien en la audiencia no pudieran afirmarlo con contundencia, éstos se aprecian en las actas de instrucción que lucen a fs. 560 y 564 respectivamente y resultan un indicio de importancia que unida al resto de la prueba habida, conforman un cuadro de cargo en contra del imputado Gómez'. Pero por otro lado *del mencionado Considerando Tercero 2) surge que cuando vuelven al testimonio de Sumiri y Elmer Lazcano Rivero para el tribunal 'la apreciación que de ellos se tuvo en el acto de la audiencia de juicio y sus declaraciones dubitativas sembraron duda...'.* Agregando que la esposa de Elmer Rivero, hermana de la occisa, al declarar hizo mención a que su marido era 'chicato'" (íd., destacado agregado).

A lo expuesto la defensa adunó que, a la hora de advertir la carencia de prueba respecto del coprocesado Beltrán, los jueces aclararon "... que los testigos siempre hicieron referencia a que el conocimiento de uno de los autores del suceso, 'era producto de los comentarios del barrio, y que ninguno brindó una fuente fidedigna y en muchos casos ni siquiera se la mencionó', soslayando el Tribunal que con estos mismos 'comentarios' es que se arribó a la sentencia de responsabilidad penal de mi defendido Miguel Ángel Gómez" (íd.).

Razonó que "... la sentencia cuando da por cierto que el delito investigado fue cometido por Miguel Ángel Gómez, vulnera el principio de razón suficiente, pues dicha conclusión no se deriva necesariamente de los elementos de prueba involucrados para sustentarla (...) constituyendo ese defecto una causal definida de arbitrariedad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que resiente la motivación lógica del fallo y desatiende el mandato del artículo 123 del Código Procesal Penal que reglamenta la garantía constitucional de la defensa en juicio –art. 18 de la Constitución Nacional– en cuanto exige que las decisiones judiciales

sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente en relación con las circunstancias comprobadas de la causa” (v. fs. 844/vta.).

De ese modo la Dra. Quiroga concluyó que “... no ha sido posible destruir la situación de inocencia de mi defendido y que la sentencia de responsabilidad penal a éste proviene de una conclusión conjetal que no ha derivado de prueba contundente que haya permitido despejar la duda sobre la verdadera y efectiva participación de Gómez...” (íd.).

Por último, la Sra. Defensora hizo reserva del caso federal.

El 19 de septiembre de 2005 el Tribunal Oral de Menores N° 2 resolvió conceder los recursos de casación interpuestos (fs. 846/vta.).

Luego de realizada la audiencia prevista por el art. 468 del CPPN (fs. 901), el 1 de junio de 2006 la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal rechazó por mayoría los recursos de casación articulados por la fiscalía y la defensa (cfr. fs. 902/912).

En el voto que lideró el acuerdo, se indicó que la defensa “... aduce que la declaración de responsabilidad dictaminada en relación a su asistido carece de fundamentación, puesto que a su ver sólo se sustenta en reconocimientos practicados por los aludidos Cadima, Sumiri y Lascano Rivera, que desde su óptica resultan ser inciertos; por lo tanto, *a fin de esclarecer tal cuestión, atañe memorar algunos pasajes del decisorio para determinar con qué elementos de convicción los magistrados arriban a la conclusión cuestionada (...)* Los jueces señalan que ‘Gómez fue quien se trenzara en lucha con Agreda Cadima y fue éste quien reconociera en rueda de personas (fs. 562) y relatara la actividad desplegada durante el incidente’; y destacan la trascendencia de este elemento de convicción aseverando que ‘si bien este testigo afirmó no conocerlo con anterioridad al hecho, *la actividad que desplegará el imputado quien fuera el que disparara sin impactarlo*, la circunstancia de haber peleado cuerpo a cuerpo, indica claramente la posibilidad concreta de que Agreda Cadima lo pudiera observar para luego reconocerlo en rueda de personas, como efectivamente lo hizo...’ Asimismo,

tuvieron en consideración los reconocimientos que del menor realizan Sumiri y Elmer Lascano Rivera (...) éstos se aprecian en las actas de instrucción que lucen a fs. 560 y 564 respectivamente y resultan un indicio de importancia que unida al resto de la prueba habida, conforman un cuadro de cargo en contra del imputado Gómez. Además evaluaron los testimonios producidos por la inmediación como así también aquéllos incorporados por lectura con la conformidad de las partes, todos los cuales ‘mencionan en el hecho a ‘Chizito’, apodo que Gómez no desconoce y tampoco se le atribuye a otro individuo en el barrio’. Cierran el análisis de los elementos de convicción reunidos, aseverando que ‘también la víctima Agreda Cadima (...) sus parientes y testigos habidos hacen mención a que ‘Chizito’ intervino en el hecho, ya sea por precisos reconocimientos, como por afirmaciones de vecinos del lugar que lo sindicaban como uno de los autores del suceso...’; por todo lo cual determinan la responsabilidad penal que le cupo al encartado Gómez en el episodio ventilado en la causa” (fs. 905 vta., destacado agregado).

De este modo, y luego de limitarse a transcribir fragmentos del fallo atacado, concluyó sin más que los magistrados eran libres en la apreciación de las pruebas y que habían arribado a la “certeza apodíctica” requerida para fundar la declaración de responsabilidad de Gómez.

En otro orden, la Dra. Ángela Ledesma entendió que correspondía casar parcialmente la sentencia y modificar la declaración de responsabilidad penal, declarando al joven Miguel Ángel Gómez coautor del delito de robo con armas en concurso real con homicidio calificado para procurar la impunidad para sí o para otro, en grado de tentativa.

Sostuvo que “... por aplicación del principio reformatio in melius, y en virtud de la doctrina sentada por nuestro más Alto Tribunal, atinente a la máxima capacidad de revisión que le compete a esta Cámara (...) se advierte que el fallo cuestionado aparece como arbitrario en lo que ataña a la declaración de responsabilidad que se formula respecto del nombrado Gómez por el delito de homicidio calificado consumado...” (fs. 907).

En esa empresa adujo que “... de conformidad con el testimonio brindado por Humberto Agreda Cadima, en la oportunidad de celebrarse la audiencia de debate oral y público –según lo transcripto por los jueces en la sentencia a fs. 793 vta., dio cuenta de los disparos que le efectuara Gómez contra su persona sin alcanzarlo, no surge de sus manifestaciones que haya sido dicho imputado el causante de la muerte de la Sra. Rosalía Villalpando Méndez. En efecto, de acuerdo a lo indicado allí, el aludido Cadima precisó –en lo que aquí interesa remarcar– que ‘uno de los sujetos comenzó a revisar el lugar (...) mientras el otro les apuntaba con su arma. En ese instante Agreda Cadima increpó a este último para que se fueran, por lo que su compañero gritó ‘matalo, matalo’ e inmediatamente aquél le efectuó tres disparos que no lo alcanzaron. Al observar esa situación su mujer se desesperó y empezó a rogar por la vida de su marido, ante ello el sujeto que gritara en primer término, le apuntó con su arma y le efectuó dos disparos que impactaron en su cuerpo hiriéndola gravemente (...) señaló a Miguel Ángel Gómez como aquel sujeto que le efectuara los tres disparos que no lograron impactarle...’ –fs. cit–” (fs. 907 vta.).

De ese modo concluyó: “En tal contexto, se verifica un defecto en la fundamentación del fallo, respecto a la calificación legal escogida, en tanto que no es posible atribuirle responsabilidad penal a Gómez por la conducta desplegada por el otro sujeto que participó en el episodio delictivo, quien efectuó los disparos que produjeron la muerte de la nombrada Villalpando Méndez; ello constituye una directa violación al principio de culpabilidad que debe ser subsanado en esta instancia” (íd., destacado agregado).

Por su parte, el Dr. Guillermo Tragant, con fórmulas genéricas y sin realizar examen alguno de los cuestionamientos presentados por la defensa, disintió con el criterio esbozado por la Dra. Ledesma respecto a la imposibilidad de imputarle a Gómez el homicidio calificado de Villalpando Méndez, y consideró que “... Gómez deberá responder, tal como lo sostuvo el Tribunal Oral, por la muerte de la Sra. Villalpando Méndez. Ello así pues teniendo en cuenta la descripción de los sucesos, surge claramente verificada la conexión objetiva y subjetiva de la conducta de Miguel Ángel Gómez, –quien, para consumar el robo y procurar la impunidad, disparó al menos en tres ocasiones contra Humberto Agreda Cadima, aunque sin alcanzarlo–, con la coetánea decisión de dar muerte a Villalpando Méndez, por parte de quien –con igual fin– hoy se desconoce su filiación y acompañará al nombrado en la emergencia” (fs. 911 vta., destacado agregado).

El Dr. Riggi adhirió a los fundamentos expresados por el Dr. Tragant.

c) El recurso extraordinario federal. Su desestimación

Contra la sentencia de la Sala III, la defensa del justicia-

ble dedujo recurso extraordinario federal con base en la doctrina de arbitrariedad de sentencias (fs. 921/933).

En el libelo recursivo, el Dr. Sambuceti adujo que la Sala III incurrió en un excesivo rigor formal, y que el fallo atacado "... resulta arbitrario por cuanto su fundamentación no constituye un razonamiento derivado del derecho vigente. La motivación tiene por fin, dentro del proceso, evitar la arbitrariedad judicial y en su caso permitir el control de los órganos judiciales que tienen la facultad de revisión de estas decisiones, y fuera del proceso, cumple la función de prevención general positiva, dado que fortalece el convencimiento de que los jueces no actúan motivados por criterios arbitrarios" (cfr. fs. 930).

Por otra parte, adhirió a la postura minoritaria postulada por la Dra. Ledesma y apuntó que la sentencia resultaba violatoria del principio de culpabilidad. Así señaló que: "La demostración cabal de que la condena impuesta tuvo lugar en contravención de los principios constitucionales aludidos se desprende de la misma plataforma fáctica relevada por los integrantes del Tribunal de mérito (...) El principio de culpabilidad garantiza a todo ciudadano que no será objeto de sanción penal sin que se verifique, a su respecto, la concreción de un comportamiento exterior evitable, con relevancia jurídico penal. Por ello las protestas de la defensa ameritan la avocación de V.E., en virtud de la relación directa existente entre lo decidido y los derechos federales lesionados" (fs. 930/931 vta.).

Asimismo, refirió la vulneración del principio *in dubio pro reo*, pues destacó que en el caso en estudio resultaba imposible eliminar el cuadro de duda existente que permitiera arribar a la declaración de responsabilidad de Gómez.

Con cita de doctrina y precedentes de la Sala acordes a su pretensión, concluyó que se encontraba configurada cuestión federal suficiente (art. 14, inc. 3 de la ley 48) "... por cuanto esta parte considera que en autos se ha vulnerado la garantía prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional, y arts. 8 inc. 2 ap. h) de la Convención Americana de Derechos Humanos y en art. 14 inc. 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

incorporados a nuestra Constitución Nacional, por medio del art. 75 inc. 22, por cuanto se ha decidido, en contra de su vigencia" (cfr. fs. 932 vta.).

Al contestar el traslado conferido el Sr. Fiscal General propició la declaración de inadmisibilidad del recurso extraordinario deducido, "... por cuanto en su exposición no logra introducir la cuestión federal a debatir, ni demuestra como se ha operado en la sentencia que impugna la violación de las garantías constitucionales que invoca" (v. fs. 935).

Denunció que el recurso invocaba causales de arbitrariedad que reflejaban una mera disconformidad con el criterio sustentado por ese tribunal en la resolución apelada.

Sostuvo que "El análisis pone al descubierto, que el recurrente omite realizar una crítica correcta, circunstanciada y prolífica del fallo que pretende conmover, pues plantea arbitrariedad pero no logra demostrar en qué forma el mentado fallo le crea un menoscabo (...) si bien incumbe exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación juzgar sobre la existencia o no de arbitrariedad, ello no exime a los órganos judiciales de resolver circunstanciadamente si la apelación federal 'prima facie' valorada, cuenta, respecto de cada uno de los agravios que la originan, con fundamentos suficientes para dar sustento a la invocación de un caso de inequívoco carácter excepcional, como lo es el de arbitrariedad (...) lo contrario importaría abrir una nueva instancia ordinaria en los casos en que las partes consideren equivocadas o desacertadas las decisiones de los jueces de la causa, lo que resulta ajeno a la naturaleza procesal del recurso..." (fs. 935 vta.).

Por Resolución Registro N° 1180/2006 de fecha 18 de octubre de 2006 la mayoría de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió, con íntegra remisión al dictamen de la fiscalía, rechazar el recurso extraordinario federal articulado por la defensa (cfr. fs. 940 vta.).

A su turno, la Dra. Ángela Ledesma votó por la admisibilidad del recurso. Indicó: "Que de antiguo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que tanto la apreciación de los hechos y de la prueba, como la interpretación y aplicación de normas de

derecho común y procesal constituyen, por vía de principio, facultades propias de los jueces de la causa y no son susceptibles de revisión en la instancia extraordinaria (Fallos: 264:301; 279:1712 y 312; 292:564; 294:331 y 425; 301:909, entre muchos otros). Sin embargo, también permite hacer excepción en los supuestos que el pedido se fundamente, como en el caso, en la doctrina de la arbitrariedad del decisorio. Por lo que voto por la concesión del remedio intentado” (fs. 940).

IV. Fundamentos de esta queja

IV. 1. Crítica a la sentencia que denegó el recurso extraordinario federal. Naturaleza federal de los agravios. Arbitrariedad. Principio *in dubio pro reo*. Resolución contraria a la vigencia de la garantía de revisión del fallo condenatorio

Cabe referir que pese a lo sostenido por la mayoría de la Sala III de la Cámara –con fundamento en las afirmaciones realizadas por el Sr. Fiscal General en su dictamen–, el recurso extraordinario articulado por la defensa del justiciable debió ser concedido.

En primer lugar, debo decir que no resultan ajustadas a las constancias del expediente las imputaciones formuladas en punto a la falta de fundamentación que pretendidamente exhibiría el escrito recursivo del apelante; y tan cierto es que el recurso ha cumplido cabalmente los recaudos legales, que la Dra. Ángela Ledesma votó por su admisibilidad.

Por otra parte, aún en la hipótesis de ser cierto que el recurrente no fundó debidamente las causales habilitantes del recurso, correspondía, en salvaguarda de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio y de los principios invariablemente sostenidos por V.E. en la materia (Fallos: 327:5059), disponer su remisión a la Defensoría actuante ante la Cámara para que reparara la supuesta falla técnica.

No obstante, a criterio de esta defensa el recurso extraordinario ha cumplido cabalmente con los recaudos formales exigibles y, al estar a la exégesis de dicho dictamen, cabe afirmar que el recurrente identificó claramente los puntos constitucionales por los cuales se agravó.

Así las cosas, puso en tela de juicio la vulneración al principio *in dubio pro reo*, al principio de culpabilidad, como así también la lesión al derecho al recurso reconocido en los artículos 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Si estamos al texto del recurso extraordinario (y al de su antecedente necesario, el del recurso de casación) advertiremos que tanto los agravios federales, como su relación directa e inmediata con lo debatido en el juicio fueron adecuadamente acreditados.

En este contexto, no puedo sino recordar que la cuestión federal argüida por parte del recurrente, en forma alguna

debe ser introducida en términos sacramentales legitimantes de un exceso ritual manifiesto.

Es por dichas razones que la sentencia que denegó el recurso extraordinario federal puede ser tachada de arbitraria, en la medida en que con una fundamentación aparente cegó la vía de excepción.

En tal marco adquiere vocación aplicativa la doctrina de la arbitrariedad, la que al estar a la jurisprudencia ancestral de V.E. procura asegurar las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias de los jueces sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias efectivamente comprobadas en la causa (Fallos, 321:1909, entre muchos otros).

Sentada así la admisibilidad formal del recurso, corresponde adentrarse en la consideración del fondo de la cuestión.

En esa empresa, del repaso de los antecedentes surge que no se garantizó adecuadamente la revisión integral del fallo condenatorio, tal como lo exigen los pactos internacionales de derechos humanos y como lo concibe V.E. a partir del precedente "Casal" (Fallos: 328:3399).

Y es que, las argumentaciones articuladas por la Dra. Quiroga a efectos de acreditar la violación al principio lógico de razón suficiente, así como las contradicciones puestas de manifiesto en su recurso y las dudas existentes en cuanto a la participación de Miguel Ángel Gómez en los hechos, no fueron objetos de un examen profundo por parte del órgano casatorio, que, por el contrario, se limitó a transcribir pasajes de la sentencia del Tribunal Oral que la defensa precisamente pretendía debatir en esa instancia.

De este modo, el Tribunal de Casación evitó dar tratamiento a los planteos constitucionales esgrimidos por la defensa (reseñados en lo principal en el acápite de antecedentes, y a cuyos términos me remito a fin de evitar innecesarias reiteraciones), limitándose a reeditar los fundamentos cuestionados y señalando que se encontraban ajustados a derecho.

Es por ello que entiendo que, más allá de

la tacha de arbitrariedad esbozada en el recurso extraordinario federal, se configuró en el caso una flagrante violación de la garantía de revisión del fallo condenatorio que amerita la avocación de la máxima instancia jurisdiccional.

Resta añadir que, aunque no desconoce esta parte que la discusión constitucional presentada ante la instancia jurisdiccional intermedia luego del rechazo del recurso de casación articulado podría entenderse trasuntando cuestiones de derecho común, inabordables en principio por vía del recurso extraordinario, en el caso en particular se encuentran acreditados los elementos que configuran la excepción a ese principio, toda vez que esa regla "... admite excepciones cuando se invoca la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, pues si la sentencia se basa en argumentos que le otorgan fundamentos sólo aparentes, y no da, por ello, respuesta a los planteos que formuló la parte en defensa de sus derechos, corresponde su descalificación como acto jurisdiccional (Fallos: 315:672)" (CSJN, Expte. Letra C, N° 283, Libro XL, "Recurso de hecho deducido por Jorge Reyes Casimiro en autos 'Casimiro, Jorge Reyes s/abuso deshonesto agravado -causa N° 1216-", 21 de noviembre de 2006).

Por lo demás, el caso en estudio es hábil para provocar la avocación de la Corte pues, amén de la arbitrariedad denunciada, se encuentra en crisis el principio de inocencia y su derivado, el *in dubio pro reo*, cuestiones que fueron materia de tratamiento en reciente jurisprudencia del Tribunal. Sostuvo V.E. que la ausencia de certeza "... deja un resquicio a la duda, tratándose, cuanto mucho, de una hipótesis de probabilidad o verosimilitud, grados de conocimiento que no logran destruir el estado de inocencia del acusado con base en aquél principio (art. 3 del Código Procesal Penal de la Nación)" (Expte. V. 1283 XL Vega Giménez, Claudio Esteban s/tenencia simple de estupefacientes -causa N° 660-", sentencia del 27 de diciembre de 2006, Considerando 9º).

De tal modo, establecido que la resolución en crisis ha fallado contra la vigencia de garantías constitucionales, corresponde

hacer lugar al presente recurso, revocar la sentencia impugnada y ordenar que, por donde corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a derecho.

IV. 2. Violación al principio de culpabilidad y presunción de inocencia

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, no puedo dejar de señalar que la responsabilidad penal de mi asistido en lo que respecta al hecho más grave que se le endilga –homicidio calificado para procurar la impunidad para sí o para otro, consumado– fue construida sobre la base del accionar de un coautor que no fue individualizado, lo que afecta de manera directa los postulados básicos del principio de culpabilidad y descalifica a la sentencia como acto jurisdiccional válido.

El Dr. Sambuceti específicamente invocó la violación al principio de culpabilidad, compartiendo el desarrollo efectuado sobre el punto por la Dra. Ledesma en su voto.

En la línea propuesta cabe consignar que la jurisprudencia histórica de V.E. ha mantenido una interpretación única sobre el punto enfatizando que “...no sería ajustado a derecho extender la responsabilidad a hechos realizados por terceros, toda vez que ello importaría una lesión del principio de culpabilidad (Fallos: 282:193); sentencias del 6 de octubre de 1972, ‘Moisés A. Rozembaum e Hijos S.A. s/apelación resolución Aduana’ y del 18 de octubre de 1973, ‘Guillermo Mirás S.A.C.I.F. c/ Aduana’, entre otros” (Fallos, 289:336).

Los mismos principios aparecen recogidos en Fallos, 303:267. En “... numerosos precedentes, el Tribunal ha considerado requisito ineludible de la responsabilidad penal la positiva comprobación de que la acción ilícita pueda ser atribuida al procesado tanto objetivamente como subjetivamente (doctrina de Fallos: 271:297, ratificada en 274:482, 484 y 487; 284:42, cons. 3º, 289:336; 293:101, cons. 4º, sentencias del 31 de julio de 1979 en la causa ‘Fiscal c/ Hachi, Ismael y otros s/infracción’ y del 7 de octubre de 1980, in re ‘Rossi, Juan Carlos y otros s/infracción a la ley 20.771’, respectivamente). 6º) Que la existencia de esa interpretación constitucional, obligaba a la Cámara a interpretar el precepto en cuestión de modo compatible con ella, máxime cuando el propio Tribunal ordinario da por establecido que la realización física del hecho de la causa no fue cumplida por el defendido del recurrente” (destacado agregado).

A la par de lo expuesto, y trayendo a colación la normativa de derecho internacional de los derechos humanos, cabe señalar que aquí se ha vulnerado también el principio contenido en el art. 40, inc. 2, letra “a”, nº “1” de la Convención sobre los Derechos del Niño, por cuanto, no obstante que el joven no realizó los disparos que terminaron con la vida de Rosalía Villapando Méndez, se lo responsabilizó penalmente por el obrar ajeno.

Si el *a quo* hubiese partido de la presunción de inocencia constitucional habría observado que en forma alguna podía ser atribuido al joven acusado el accionar del otro individuo involucrado en el hecho.

Reafirmando la tesisura del máximo Tribunal en salvaguarda del principio de culpabilidad cabe añadir, *mutatis mutandi*, la jurisprudencia sentada en el precedente “Antiñir, Omar Manuel - Antiñir, Néstor Isidro - Parra Sánchez, Miguel Alex s/homicidio en riña y lesiones leves en riña y en conc. real” del 4/7/2006.

Allí se afirmó que “... el hecho de que el texto legal cuestionado sujete su aplicación a la circunstancia de que no conste quién causó la muerte o las lesiones no puede ser entendida, por cierto, como una autorización a los jueces para solucionar las dificultades probatorias para la imputación del resultado a uno o varios autores en concreto, por medio de la atribución de responsabilidad a todos los intervenientes en el hecho, pero con una pena menor, pues ello significaría consagrar una “pena de sospecha”, vedada por el art. 18 de la Constitución Nacional. 9º) Que el in dubio pro reo prohíbe toda interpretación de una norma a partir de la cual se derive la existencia de una presunción directa o indirecta de culpabilidad (en este sentido, conf. Salas Holgado, Ángela, El delito de homicidio y lesiones en riña “tumultuaria”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. 40, págs. 665 y sgtes., esp. pág. 686). En consecuencia, la distinción entre cuestiones de derecho material y de derecho procesal, además de no ser siempre sencilla, tampoco resulta necesariamente fructífera. Así, en el caso de la presunción constitucional de inocencia, se prohíbe la inversión de la carga de la prueba en forma general, sea que ella se concrete por la vía del derecho procesal o del derecho de fondo. Desde este punto de vista, aun cuando se considere que la riña o agresión alcanzadas por los arts. 95 y 96, Código Penal, sólo se configuran típicamente cuando la riña o agresión se producen en forma ‘tumultuaria’, la posible inversión de la carga de la prueba prohibida por la Constitución en materia penal no queda definitivamente descartada. En efecto, cuando se entiende que ‘riña ‘tumultuaria’ es aquella en

la que ‘se acometen varias personas confusa y mutuamente de modo que no cabe distinguir los actos de cada una’ (Diccionario de la Real Academia Española, 21a. ed., 1992), es posible afirmar una imposibilidad material de determinar quién cometió cada acto y quién produjo el resultado final. Pero el hecho de que la determinación de los actos individuales y sus consecuencias sea materialmente imposible, por sí solo, no autoriza al legislador a crear una presunción de responsabilidad general objetiva respecto de todos los intervenientes y sin distinciones (conf., por ej., la relación histórica entre el concepto de dolo y las posibilidades del legislador de ‘solucionar’ problemas de prueba por medio de este concepto, en Dornseifer, supra cit., págs. 138 y sgtes.). 10) Que, sentado lo anterior, se advierte que la referencia de la norma a la falta de constancia de quién causó el resultado no puede ser interpretada como un elemento de la tipicidad (carácter tumultuario de la riña) que desaparece cuando sí se pueden determinar los actos particulares, pues ello significa extender la punibilidad –si bien en menor grado– como consecuencia de lo que, en definitiva, se quiso pero no se pudo probar, y de este modo, eludir la consecuencia de una absolución por duda”.

Si los principios asentados adquieren vigencia en torno a una figura con una estructura típica tan peculiar, cuánto más lo hará en el presente caso en el que se probó, más allá de toda duda, que el resultado muerte se produjo como consecuencia del accionar de otra persona interveniente en el hecho.

De todo lo expuesto se debe concluir que, tanto desde el punto de vista del derecho doméstico cuanto del derecho internacional de los derechos humanos, no se han respetado los derechos del joven imputado al extenderse la responsabilidad penal por el obrar de otro a su propia persona.

En razón de lo dicho, entiendo que esa Corte –tras hacer lugar a esta presentación directa– debiera declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada para que, por intermedio de quien corresponda, se dicte una nueva conforme a derecho.

IV. 3. Resolución contraria a la Convención sobre los Derechos del Niño. Operatividad de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño. La llamada ley 22.278 y el paradigma convencional en materia penal juvenil

Si bien esta cuestión no formó parte de los agravios introducidos en el recurso extraordinario es evidente que su consideración por parte de V.E. se impone no sólo a la luz de la jurisprudencia de Fallos: 327:5059, sino también en virtud de la gravedad institucional que genera la eventual responsabilidad que para el Estado Argentino podría derivarse por incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas en los distintos pactos de derechos humanos que conforman el bloque constitucional.

En primer término, debo recordar que más allá del principio general reconocido por ese alto Tribunal desde el precedente “Ekmedjian c/ Sofovich” (Fallos, 315:1492) hasta nuestros días en torno a la operatividad de los derechos humanos fundamentales, lo cierto es que la Convención sobre los Derechos del Niño posee una articulación casuística que, amén de facilitar notablemente la tarea del operador judicial, supera cualquier disquisición técnica en punto a su aplicación directa.

En esta línea vale traer a colación lo resuelto por el mismo Tribunal Oral de Menores que intervinió en el caso de Gómez. En el fallo “Cáceres, Laura Dalia”, causa N° 3594, la jueza Zulita Fellini sostuvo que “[la minoría de edad] ha dado sustento a la modificación del sistema de responsabilidad juvenil (...) mediante la plena vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño (...) en oportunidad de la reforma a nuestra Constitución Nacional producida en el año 1994, fue incorporada a la misma, mediante el artículo 75 inciso 22, situación que debió concluir con el debate originado acerca de la determinación del derecho aplicable”. Por su parte, la jueza López González adhirió “... a lo sostenido por la Dra. Zulita Fellini en cuanto se refiere concretamente a *la aplicación directa de la Convención sobre los Derechos del Niño...*” (destacado agregado).

Tal posición garantista fue reafirmada también por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal que confirmó dicha sentencia. En particular, la jueza Ledesma manifestó en su voto que “... más allá de las diferencias de ambos votos, la solución es la misma pues concluyen que *el régimen tutelar resulta contrario a los estándares constitucionales*” (destacado agregado).

El repaso de antecedentes da cuenta de la gravitación de dos instituciones puntuales de la CDN que fueron sistemáticamente inaplicadas en las instancias jurisdiccionales locales y por cuyo reconocimiento se habilita la competencia extraordinaria de V.E.

Me refiero a la inobservancia del principio de aplicación

de la privación de la libertad como medida de último recurso y, en su caso, a la aplicación de internamiento por el período más breve posible.

Desde esta perspectiva, en lugar de dictar una sentencia acorde con los principios emanados de los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos y, especialmente, de las abundantes directrices relacionadas con la privación de la libertad a jóvenes que cometieron delitos siendo menores de edad, los Magistrados que intervinieron en autos obviaron sus firmes postulados y en franca contradicción con las máximas rectoras en la materia declararon penalmente responsable al joven y, con invocación del art. 4 de la ley 22.278, dispusieron su encierro por más de dos años.

La temática convencional involucrada amerita una somera revisión de los alcances del art. 37 inc. b) de la C.D.N. tal como es interpretado en el ámbito de protección de los derechos humanos.

En esta línea se ha proclamado el “principio de subsidiariedad de la privación de libertad” y se ha precisado que, “Según este principio, *la privación de libertad de niños adolescentes, como consecuencia de sus infracciones, debe ser dispuesta como medida de último recurso, ya sea impuesta como medida provisoria –cautelar– o definitiva*. Este principio, en realidad, es una regla tradicional del derecho de menores (Código del Niño, art. 124; Reglas 13.1.17-1 b y c de Beijing; Reglas 1,2,17 de RIAD; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 37 b)...” (Uriarte, Carlos E., Control Institucional de la Niñez Adolescencia en Infracción. Un Programa Mínimo de Contención y Límites Jurídicos al Sistema Penal Juvenil (las Penas de los Jóvenes), UNICEF, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, Uruguay, 1999, pág. 244/245, destacado agregado).

En efecto, resulta evidente que todos los magistrados que intervinieron en el caso desoyeron los principios referidos, ignorando que tanto el paradigma de la mínima intervención como el del interés superior del niño aparecen incluidos en el “Compendio de los estándares y normas en materia de preventión del crimen y justicia criminal de las Naciones Unidas”, junto con las Reglas míni-

mas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD), las Reglas de las Naciones Unidas para los Menores Privados de su Libertad, y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio).

A mayor abundamiento conviene recordar que las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores “Reglas de Beijing”, en su art. 17 inc. b) textualmente consignan “... Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible” (destacado agregado).

Por su parte, la Regla 5 refiere a dos de los más importantes objetivos de la justicia juvenil: el primer objetivo, “... ‘promover el bienestar del joven’ (menor). Este es el foco principal de aquellos sistemas legales en los que los menores criminales son tratados por cortes de familia o autoridades administrativas, pero el bienestar del menor también debería ser enfatizado en los sistemas legales que siguen el modelo de corte criminal, contribuyendo así a la evitación de sanciones meramente punitivas”.

El segundo objetivo alude al principio de proporcionalidad, pues: “Este principio es reconocido como un instrumento para controlar sanciones punitivas, mayormente expresadas en términos de justa retribución en relación con la gravedad de la ofensa. La respuesta a los jóvenes criminales debería estar basada en la consideración, no sólo de la gravedad de la ofensa sino también de las circunstancias personales. Las circunstancias individuales del criminal (por ejemplo: status social, situación familiar, el daño causado por el crimen, u otros factores que afectan a las circunstancias personales) deben influenciar la proporcionalidad de la reacción (por ejemplo al tomar en cuenta el esfuerzo del criminal por indemnizar a la víctima o su voluntad de alcanzar una vida fructífera)”.

El comentario a las Reglas 6.1, 6.2, y 6.3, contenido en el Compendio mencionado

señala que: "... combinan algunos rasgos importantes de administración de justicia juvenil efectiva, justa y humana; la necesidad de permitir el ejercicio de poder discrecional en todos los niveles significativos del proceso de manera que aquellos que realizan determinaciones puedan tomar las acciones consideradas como las más apropiadas en cada caso individual, y la necesidad de proveer controles y balances a efectos de controlar cualquier abuso en el poder discrecional y para salvaguardar los derechos del menor criminal. La consideración y el profesionalismo son los instrumentos más aptos para controlar a la decisión amplia. De este modo, la capacitación profesional y el entrenamiento experto son enfatizados aquí como medios valiosos de asegurar el ejercicio juicioso del poder de decisión en temas de menores criminales (ver también reglas 1.6 y 2.2). La formulación de guías específicas en el ejercicio de la decisión y la provisión de sistemas de revisión, apelación y similares en orden a permitir el escrutinio de decisiones y consideraciones son enfatizadas en este contexto...".

En el mismo orden de ideas, si bien las Directrices de RIAD establecen principios fundamentales basados en la prevención de la delincuencia juvenil, como parte esencial de la prevención del delito en la sociedad, conforme a su art. 7, la interpretación e implementación de aquéllas debe ajustarse a los postulados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, de la Declaración de los Derechos del Niño y de la Convención sobre los Derechos del Niño, además de las Reglas de Beijing, así como a cualquier otro instrumento relacionado al interés de los derechos y al bienestar de todos los niños y personas jóvenes. En resumen, las directrices también tienen como presupuesto fundamental la promoción del bienestar y el respeto a los intereses particulares de niños y jóvenes.

Por otra parte, con relación al mandato convencional de procurar la reinserción del joven y la observancia de sus intereses superiores (arts. 40 inc. 4 y, 3 inc. 1 de la CDN), las directrices antes mencionadas enfatizan –en su art. 8– la importancia de la prevención general, la implementación de procesos de socialización apoyados en la familia, la educación, la comunidad, los medios de comunicación y la política social.

No obstante la claridad de las normas convencionales hasta aquí reseñadas, ninguno de estos principios rectores fue tenido en cuenta en el caso de mi asistido. Según surge de la reseña de antecedentes, los sentenciantes, desbaratando las bases ideológicas del sistema penal juvenil, resolvieron declarar penalmente responsable a Miguel Ángel Gómez, y suspender el proceso con el encierro del joven por más de dos años, aplicando para ello el régimen penal juvenil instituido por el decreto ley 22.278/80.

Es importante remarcar que, en atención el principio de

ultima ratio consagrado en el art. 37 b) de la CDN, resultaba imperativo que la extensión del tratamiento tutelar a su respecto fuera dispuesta extra muros.

La metodología empleada da una pauta clara de que el caso se resolvió a espaldas de principios estructurales del esquema penal juvenil convencional y es a partir de este patrón inconstitucional que la decisión en crisis debe ser revocada.

Esa actitud demuestra cómo los órganos jurisdiccionales, indiferentes al paradigma del “interés superior del niño”, optaron por privar de la libertad al niño, sin ofrecer una solución alternativa a la prisión.

De hecho, por mucho que se repasen los argumentos brindados en las respectivas sentencias, no encontraremos ninguna referencia al esquema normativo convencional o a los principios y directrices que lo integran, reseñadas brevemente al comienzo de este apartado.

Esta ausencia de contenidos es ya un indicador del déficit estructural que acompaña el desarrollo del proceso seguido a Gómez. ¿Cómo podría convalidarse la prórroga de la privación de su libertad por más de dos años sin siquiera abrevar en las fuentes convencionales sobre las que se funda el derecho penal juvenil y en torno a las cuales nace la competencia de los tribunales sentenciantes?

En las antípodas de la posición asumida se ubica la Opinión Consultiva N° 17, del 28 de agosto de 2002, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, emitida a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En ella, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó: “42. En definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por ‘niño’ a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad. (...) 56. Este principio [interés superior del niño] regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención...”.

Y a ello se agregó que: “115. Las garantías judiciales son de observancia obligatoria en todo proceso en el que la libertad personal de un individuo está en juego. Los principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreducible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el Derecho de los derechos humanos. Como estableciera este Tribunal en su opinión consultiva sobre el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal: el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. (...) Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional”.

Acto seguido precisó: “116. Por lo que toca a la materia que ahora interesa, las reglas del debido proceso se hallan establecidas, principal pero no exclusivamente, en la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de Riad, que sirven al propósito de salvaguardar los derechos de los niños sometidos a diferentes actuaciones por parte del Estado, la sociedad o la familia. 117. Las reglas del debido proceso y las garantías judiciales deben aplicarse no sólo a los procesos judiciales, sino a cualesquiera otros procesos que siga el Estado, o bien, que estén bajo la supervisión del mismo (supra 103). 118. A nivel internacional, es importante destacar que *los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño han asumido la obligación de adoptar una serie de medidas que resguarden el debido proceso legal y la protección judicial, bajo parámetros*

parecidos a los establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estas normas son los artículos 37 y 40. 119. Para los fines de esta Opinión Consultiva, concierne formular algunas consideraciones acerca de diversos principios materiales y procesales cuya aplicación se actualiza en los procedimientos relativos a menores y que deben asociarse a los puntos examinados con anterioridad para establecer el panorama completo de esta materia. A este respecto es debido considerar asimismo la posibilidad y conveniencia de que las formas procesales que observan esos tribunales revistan modalidades propias, consecuentes con las características y necesidades de los procedimientos que se desarrollan ante ellos, tomando en cuenta el principio establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, que en este orden se puede proyectar tanto a la intervención de tribunales, en lo concerniente a la forma de los actos procesales, como al empleo de medios alternativos de solución de controversias al que se alude adelante (*infra* 135 y 136): ‘*siempre que sea apropiado y deseable se [adoptarán medidas para tratar a las niños a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido leyes penales] sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendido de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales*’ (artículo 40.3.b de la Convención sobre los Derechos del Niño)” (destacado agregado).

Así, puede apreciarse la necesidad de que el ordenamiento del sistema penal juvenil y los encargados de aplicarlo trasciendan los criterios hermenéuticos clásicos en materia de Derechos Humanos (v. gr. principio pro homine) para incluir postulados de derecho internacional diferenciales, enraizados en un derecho penal de mínima intervención y orientado por el paradigma del “interés superior del niño”.

A lo expuesto, cabe agregar que la aplicación de esas pautas hermenéuticas al caso sometido a estudio se imponía, además, en función del principio de buena fe emergente del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

V.E. tuvo oportunidad de referirse al esquema convencional en materia juvenil al resolver en el caso “Maldonado” (Fallos, 328:4343): “... los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad, y el Estado (...) su reconocimiento constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, en especial, de la Convención del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica”.

De ello se colige que es obligación de la magistratura el reconocimiento de la primacía de la Convención sobre los Derechos del Niño (instrumento dotado de jerarquía consti-

tucional –art. 75 inc. 22 de la C.N.–) sobre cualquier otra legislación o disposición interna. Así, resulta ser un mandato constitucional que no debió ser desatendido en el caso de mi asistido.

Como se señaló anteriormente, la posición sustentada por la judicatura se mostró incompatible con los postulados de los artículos 37 inc. b, 40 inc. 4 y, 3 inc. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, también contradijo las previsiones de los artículos 19 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10 inc. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sobre el particular, cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Villagrán Morales y otros [caso de los “Niños de la Calle”]”, Serie C: Resoluciones y Sentencias N° 63, sentencia del 19 de noviembre de 1999, ha manifestado: “185. La Comisión sostuvo que la razón de ser del artículo 19 de la Convención radica en la vulnerabilidad de los niños y en su incapacidad para asegurar por sí mismos el respeto de sus derechos. Igualmente, afirmó que mientras que las consecuentes responsabilidades de protección corresponden en principio a la familia, en el caso de niños en riesgo se requieren medidas que emanen del Estado. Según la Comisión este deber estatal especial abarca el amparo de una amplia gama de intereses, sociales, económicos, civiles y políticos, del niño... 187. El artículo 19 de la Convención establece que ‘[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado’ 188. El artículo 19 de la Convención Americana no define qué se entiende como ‘niño’. Por su parte, la Convención sobre Derechos del Niño considera como tal (artículo 1) a todo ser humano que no haya cumplido los 18 años, ‘salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad’... 192. Esta Corte ha dicho que ‘al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del

artículo 31)’. De conformidad con esta postura, la Corte también ha afirmado que a manera de interpretación autorizada, los Estados miembros han entendido que [la Declaración Americana] contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta [de la Organización] se refiere, de manera que *no se puede interpretar y aplicar [esta última] en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes en ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración.* (...) 194. Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana. 195. La Convención sobre los Derechos del Niño contiene diversas disposiciones que guardan relación con la situación de los ‘niños de la calle’ que se examina en este caso y pueden arrojar luz, en conexión con el artículo 19 de la Convención Americana, sobre la conducta que el Estado debió haber observado ante la misma. Dichas disposiciones son transcriptas a continuación: (...) Artículo 37 Los Estados Partes velarán por que: (...) b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. *La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;* c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales; d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e

imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción. (...) 197. (...) Cuando el *aparato estatal* tenga que intervenir ante infracciones cometidas por menores de edad, *debe hacer los mayores esfuerzos para garantizar la rehabilitación* de los mismos, *en orden a 'permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad'*. Es evidente que, en el presente caso, el Estado actuó en grave contravención de esas directrices" (destacado agregado).

Idéntica observación en relación a las pautas interpretativas debe hacerse a la luz de la previsión del artículo 29 de la CADH, en particular del inciso b) en su remisión a "... otra convención en que sea parte uno de [los Estados miembros]" y el inciso d) también en referencia a derechos reconocidos en otros instrumentos internacionales.

Sobre la necesidad de respetar el interés superior del niño, debe recordarse que, conforme la Opinión Consultiva N°2 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "... el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional siempre que ello no implique una alteración del sistema" (destacado agregado).

Y por último, respecto con lo estipulado en el art. 10 inc. 3 del PIDCP, específicamente se estableció la necesidad de que los jóvenes infractores de la ley penal sean tratados de acuerdo a su condición jurídica de niño.

A la luz de lo vertido hasta aquí se evidencia que en el caso de Miguel Ángel Gómez se han desconocido claramente los paradigmas internacionales centrales del Derecho Penal Juvenil. Ello es así porque no se ha respetado el mandato de la Convención que tiene en mira las particulares condiciones de todo joven como sujeto en formación que, sometido al tratamiento adecuado (el cual, claro está, no es el dispensado en un lugar de encierro), podría evolucionar favorablemente en un individuo útil para sí mismo y para su comunidad.

Por ello, y dada la condición de niño que revestía Gómez al momento de los hechos reprochados, era de aplicación directa al caso el sistema de protección integral accordado en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en las directrices y reglas emanadas del sistema de protección internacional, relativas al régimen penal juvenil.

En definitiva, teniendo en cuenta que la decisión apelada ha cohonestado sendas sentencias contrarias a la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño entiendo que corresponde revocar el auto en crisis y ordenar, por donde corresponda, el dictado de un nuevo pronunciamiento ajustado a los principios y pautas hermenéuticas propias del sistema penal juvenil.

V. Petitorio

Por las consideraciones expuestas, solicito:

1. Se tenga por debidamente motivado en legal tiempo y forma este Recurso de Queja por Denegatoria del Recurso Extraordinario Federal interpuesto *in forma pauperis* por Miguel Ángel Gómez.

2. Se tenga presente que se ha dado cumplimiento a las Acordadas Nros. 13/90 y 35/90, inc. "c"; que se informará sobre la tramitación del beneficio de litigar sin gastos, y

que no se da cumplimiento a la previsión del art. 283 CPCCN atento a que la presente queja se eleva a consideración de V.E. conjuntamente con los autos principales que corren por cuerda.

3. Se haga lugar a esta presentación directa, se declare procedente el recurso extraordinario y se deje sin efecto la sentencia apelada.

**Proveer de conformidad,
Será Justicia.**

Contesta vista. Fundamenta técnicamente la solicitud de prisión domiciliaria efectuada *en forma pauperis*

Excmo. Tribunal Oral:

Sergio Raúl Moreno, en mi carácter de Defensor Público Oficial ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal, en el ejercicio de la defensa técnica de Alicia Clotilde ÁVILA, en causa nº 1782 –Incidente de arresto domiciliario–, del registro del Tribunal; ante V.E. me presento y, como mejor proceda en derecho, respetuosamente digo:

I. Objeto de esta presentación

Que atento la vista conferida a esta parte en el presente incidente, vengo por el presente a fundar técnicamente el pedido de arresto domiciliario formulado por mi asistida “en forma pauperis”, solicitando se haga lugar al mismo por las razones de hecho y de derecho que habré de exponer en esta solicitud, y que tornan procedente su soltura, principalmente fundado en razones humanitarias que impiden seguir manteniendo detenida a mi asistida en una unidad de detención, cuando dicha situación le produce una agravamiento en su estado de salud.

Sentado lo expuesto, los reparos de índole formal que puedan dirigirse contra la presentación de la imputada efectuada por derecho propio, pueden darse por subsanados por medio del presente que se interpone como complemento técnico de aquél.

II. Fundamentos de la petición

En su presentación, mi asistida señala cuestiones de salud que ameritan a su criterio que deba serle concedido el arresto domiciliario.

Conforme señalaré seguidamente, su actual estado de salud amerita el otorgamiento del citado beneficio en los términos del artículo 33 de la ley 24.660, a pesar de no encontrarse dentro del estado terminal que indica la ley.

En efecto, conforme surge del sumario, mi asistida se encuentra detenida para estas actuaciones desde el 6 de julio de 2005, habiendo sido recientemente condenada a la pena de cuatro años de prisión y multa de pesos 300.

Tal como surge del informe médico obrante a fs.124/126 del principal, al momento de su detención presentaba un esta-

do de salud aceptable, con hipertensión arterial leve y un cuadro clínico respiratorio bronquial –cfr. fs. 126 del ppal.- Por dicho motivo, es que el instructor ordenó a las autoridades donde se encuentra alojada, le fuera brindada la atención médica del caso, autorizando incluso su salida para atención extramuros –cfr. fs. 128 del ppal.-.

Así, días después de su detención ya los médicos de la unidad indican que el síndrome bronquial se advierte agudo pero que la imputada está con el adecuado tratamiento –cfr. fs. 130 del ppal.-.

Un año y medio después mi asistida solicita la prisión domiciliaria por su estado de salud.

Conforme surge de los informes labrados por el Cuerpo Médico Forense, las afecciones que presentaba al momento de su detención, a la fecha han empeorado gravemente.

Así, tal como se consigna en el informe de fs. 23/24 y en el estudio de fs. 28, ambos de este incidente, mi asistida que ingresa al penal con una hipertensión leve hoy padece:

- Precordialgias atípicas,
- Hipertensión arterial *severa*,
- Sobrecarga ventricular izquierda (electrocardiográfica),
- Hipertrofia ventricular izquierda con función sistólica normal y diastólica reducida.

Es decir que no sólo el cuadro de hipertensión ha empeorado, sino que a la fecha padece de afecciones cardíacas que con anterioridad no presentaba.

En cuanto al examen neumológico, en el que se indicaba en primer término –conforme informe fs. 124/126 del ppal.- un simple cuadro bronquial, los nuevos informes médicos han revelado que no solo la afección asmática que presenta es muy severa, sino que actualmente se encuentra mal medicada.

Así, a fs. 26 del presente se destaca que mi asistida padece “una obstrucción de carácter severo, con muy importante compromiso de la pequeña vía aérea...”, que presenta un cuadro de asma “no controlado” y que está “submedicada”.

Asimismo, conforme a fs. 25 se detalla, desde su detención, a causa de la humedad del ambiente en su lugar de alojamiento mi representada sufre un mayor número de crisis asmáticas, debiendo aumentar los disparos diarios a 3 o 4.

Como se ve, si bien de los informes médicos surge que mi asistida no se encuentra en el estado terminal que indica el art.33 de la ley 24.660, lo indudable es que desde su detención las afecciones que padecía se han agravado severamente, he incluso hoy sufre otras –las cardíacas-, estando submedicada. A ello cabe agregar su avanzada edad así como también, a pesar que en el informe no se detalla, el peligro para su vida que pueden generar la acción de las tres enfermedades: asma, hipertensión y deficiencia cardiaca.

En definitiva, los estudios realizados demuestran que en prisión ÁVILA no puede recibir la atención médica que corres-

ponde y por ese motivo ha empeorado su estado. Esta circunstancia no caben dudas que puede poner en riesgo su vida cuan-
to menos a mediano plazo, sobre todo si se tiene en cuenta que el Cuerpo Médico Forense indica que ÁVILA *debe* ser controlada por los médicos de la unidad y, sin embargo, luego de casi dos años de detención, no ha sido atendida debidamente.

Esta defensa entiende que el Estado no puede mantener el cumplimiento de la pena en prisión, cuando esto implique poner en riesgo la vida del imputado, ya sea por no poder garantizarle el tratamiento necesario o impedir que la enfermedad avance.

Cabe recordar que tal exigencia viene dada por el artículo 18 de la Constitución Nacional el que prohíbe que a través del encierro se mortifique al detenido más allá de lo que corresponda e impone responsabilidad al juez que lo autorice. Asimismo, nuestra Constitución prohíbe imponer una pena que exceda el marco de la culpabilidad.

En esta misma línea, cabe considerar lo estipulado por los arts. 10 del PIDCP y el artículo 5 de la CADH, los que específicamente prevén el derecho a la integridad física de toda persona así como también la prohibición de torturas y tratos crueles o degradantes. Asimismo, se impone a los Estados parte –caso de la Argentina–, la obligación de respetar y garantizar esos derechos y adoptar medidas positivas en ese sentido (art. 2 PIDCP y arts. 1 y 2 CADH) so pena de incurrir en responsabilidad internacional. Por lo expuesto, también es una obligación de los tribunales el velar por el cumplimiento de dichas obligaciones.

Ya en numerosos precedentes, entre los que se encuentran los conocidos casos “Cantoral Benavides”, “Durand y Ugarte”, “Castillo Petruzzi” y especialmente en el caso “Bulacio” –sentencia dictada recientemente contra nuestro país– la CIDH dejó sentado el criterio de que el Estado y los tribunales están en posición de garante respecto de las personas que se encuentran detenidas a su disposición pues: “Quien sea detenido ‘tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizale el derecho a la vida y a la integridad personal’” (párr. 126 caso “Bulacio”, sentencia del 18/09/03).

Dicha jurisprudencia, reviste vital importancia si tenemos en cuenta que nuestra Corte Suprema a partir del fallo “Giroldi” (318:514) estableció que : “deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2º, ley 23.054)” (consid. 11).

Ahora bien, desde le punto de vista legislativo, también existe un lineamiento que demuestra una posición claramente liberal y respetuosa de los derechos individuales como tam-

bién la preeminencia, por razones de humanidad, del valor de la vida humana frente a cualquier clase de retribución. Me refiero a la norma del artículo 495 del CPPN. Ésta, en su inciso 2, posibilita diferir el cumplimiento de la pena “si el condenado se encontrare gravemente enfermo y la inmediata detención pudiese en peligro su vida”.

En definitiva, porque mantener a mi asistida en prisión importa un serio peligro para su salud así como también, porque el someterla a condiciones de detención que agraven su estado importa una especie de pena accesoria a la ya impuesta, esta parte entiende que en su caso las mandas constitucionales imponen superar la exégesis del artículo 33 de la ley 24.660 y otorgarle la prisión domiciliaria bajo la custodia de la Sra. Alejandra Alicia Chávez, hija de mi asistida.

Por lo demás, cabe señalar que ÁVILA ha cumplido en detención prácticamente la mitad de la condena, por lo que se encuentra cercana la posibilidad de obtener la libertad condicional y tiene arraigo familiar en el país, circunstancias éstas que hacen impensable un intento de fuga.

Finalizando, cabe mencionar lo resuelto por ese Tribunal en la causa 1715, “López, Luisa Estela s/23.737”, donde con fecha 7/2/2007 VVEE. sostuvo una postura coincidente con lo que aquí se plantea, cuando el servicio penitenciario no podía cumplir –al igual que su-

cede en el caso– con la atención médica necesaria para garantizar la vida de la detenida.

III. Reserva

Habida cuenta que a lo largo de esta presentación han sido puestas en cuestión garantías constitucionales que atañen al principio de legalidad penal, culpabilidad por el hecho y a la integridad personal, hago expresa reserva de recurrir en casación y del caso federal (artículo 14 de la ley 48) para el para el improbable caso de que la pretensión se resuelva de modo adverso a los intereses de mi representada.

IV. Petitorio

Por todo lo expuesto solicito al Excmo. Tribunal:

1) Se haga lugar al pedido de prisión domiciliaria impetrado con arreglo a las normas del art. 18 de la C.N. –además de las cláusulas contenidas en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos oportunamente invocadas, de rango constitucional de acuerdo con lo establecido por el art. 75, inc 22 de la C.N.–.

2) Se tenga presente la reserva efectuada en el punto III del presente.

**Proveer de conformidad,
Será Justicia.**

Creación de la Comisión sobre temáticas de género

El 14 de agosto de 2007, a través de la Resolución DGN n° 1154/07, la Defensora General de la Nación, Doctora Stella Maris Martínez, creó la Comisión sobre temáticas de género cuyo objetivo es favorecer la implementación de estrategias de defensa con perspectiva de género, en particular en los casos vinculados a mujeres víctimas de violencia o en conflicto con la ley penal.

La Comisión, integrada por cuatro miembros del Ministerio Público de la Defensa –las Dras. Patricia Azzi, Matilde Marina Bruera y Virginia Sansone y el Doctor Alberto Saúl Santos Giordano–, tendrá como funciones participar directa o indirectamente en la elaboración de estrategias de defensa a requerimiento de todas/os las/os defensores/as públicos del país, coadyuvar en la defensa de los casos que sean declarados de especial interés institucional por la Defensora General de la Nación cuando intervenga el Ministerio Público Nacional, participar en la elaboración de proyectos de instrucciones y recomendaciones tendientes a garantizar la adecuada defensa de las mujeres, llevar adelante programas de difusión sobre los derechos fundamentales de las mujeres, entre otras actividades.

En su primera reunión de trabajo, realizada el 31 de agosto de 2007, los integrantes de la Comisión definieron como temas prioritarios los siguientes: a) mujeres privadas de libertad, b) mujeres imputadas por el delito de aborto y c) mujeres imputadas de homicidio o lesiones en un contexto de violencia.

La Comisión sobre temáticas de género tiene su sede en Callao 970, piso 6º, ciudad de Buenos Aires, donde se pueden transmitir todas las solicitudes de los/as defensores/as referidas a las problemáticas que definen su marco de actuación. El teléfono de la Comisión es 011-4814-8432, el fax 011-4814-8425 y el correo electrónico comisiondegenero@mpd.gov.ar.

Creación de nuevos programas de expansión del servicio y acceso a la justicia de sectores desprotegidos de la población

El Ministerio Público de la Defensa tiene, entre sus principales objetivos, la promoción y desarrollo de acciones para facilitar el acceso a la justicia de los sectores sociales más desfavorecidos y procurar el reconocimiento de sus derechos.

Con ese fin se han creado en el ámbito de la Defensoría General de la Nación dos nuevos programas para atender las problemáticas específicas relacionadas con grupos de la po-

blación identificados por presentar una especial desprotección en el resguardo de sus derechos: los peticionantes de refugio y los refugiados, por un lado, y las personas institucionalizadas en neuropsiquiátricos, por el otro.

Comisión de Seguimiento del tratamiento institucional neuropsiquiátrico

Frente a la necesidad de vigorizar la labor que el Ministerio Público de la Defensa ha venido realizando con respecto al sector de la población especialmente vulnerable conformado por las personas institucionalizadas en neuropsiquiátricos, y con el objetivo de coordinar las tareas tendentes a verificar las condiciones generales de internación de pacientes psiquiátricos, por Res. DGN N° 1421/07 del 2 de octubre de 2007, se ha creado en el ámbito de la Defensoría General de la Nación la *Comisión de Seguimiento del tratamiento institucional neuropsiquiátrico*.

Entre sus principales funciones, “la Comisión deberá velar por las condiciones generales de alojamiento de este universo y agotar esfuerzos para evitar cualquier acto de coerción que restrinja, más allá de lo estrictamente necesario, el ejercicio de los derechos, especialmente de la libertad, procurando la desinstitucionalización y la reinserción social de los pacientes”; y “tendrá competencia en materia de control de legalidad de las condiciones de alojamiento de este colectivo especialmente vulnerable que actúe –en particular en relación con las Unidades N° 20 y 27 del SPF– en coordinación con la *Comisión de Cárcel*, la *Comisión de Seguimiento del tratamiento Institucional de Niños, Niñas y Adolescentes*, el *Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad* y la *Dirección General de Tutores y Curadores Públicos*” (cfr. Res. DGN N° 1421/07).

Se ha considerado especialmente para la creación de esta Comisión la reciente suscripción por parte de Argentina –30 de marzo de 2007– de la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 13 de diciembre de 2006, y las diversas acciones iniciadas por el Ministerio Público de la Defensa dirigidas a asegurar un efectivo control de las condiciones generales de alojamiento de las personas que se encuentran en instituciones neuropsiquiátricas.

En particular, se ha destacado la actividad desarrollada por la *Comisión de Cárcel* y la *Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes* en la concurrencia regular a las diversas Instituciones, la confec-ción de informes, el desarrollo de reuniones y la comunicación permanente con las autoridades pertinentes y demás medidas desarrolladas en su consecuencia, las que han alcanzado resultados positivos en el mejoramiento de las condiciones de encierro de las personas y contribuido a disminuir la violencia en el ámbito de los respectivos establecimientos.

Específicamente se ha resaltado la ardua labor que viene desarrollando este Ministerio Público de la Defensa en el ámbito de los neuropsiquiátricos (v. gr., Informe de Evolución de la situación de la Unidad N° 20 del Servicio Penitenciario Federal, de la Comisión de Cárcel, de fecha 28 de septiembre de 2007”), habiendo realizado diversas constataciones de situaciones de vulneraciones a derechos humanos básicos e instado innumerables gestiones para su superación, con resultados de suma utilidad para mejorar las condiciones de alojamiento de este grupo.

Fueron designadas para actuar como cotitulares de la citada Comisión las Doctoras Cristina Martínez Córdoba, Defensora Pública de Menores e Incapaces ante los Tribunales de Segunda Instancia; María Florencia Hegglin, Defensora Pública Oficial ante los Jueces y Cámara de Apelaciones en lo Criminal de Instrucción; Virginia Sansone, Defensora Pública Oficial ante los Jueces Nacionales de Ejecución Penal; Lilianna Iurman, Tutora Pública y María Ceumar Barral, Cura-dora Pública.

Programa para la Asistencia y Protección del Refugiado y Peticionante de Refugio

Siguiendo los postulados señalados y advirtiendo la complejidad de situaciones que se generan en torno a personas refugiadas y/o peticionantes de refugio, el incremento de esta problemática en nuestro país y las necesidades sociales de estos sujetos, en particular cuando se trata de niños, niñas y adolescentes no acompañados, mediante Resolución DGN N° 1071/07 del 18 de julio de 2007, se creó en el ámbito de la Defensoría General de la Nación el *Programa para la Asistencia y Protección del Refugiado y Peticionante de Refugio*.

El Programa creado tiene el propósito de guiar las acciones futuras y de diagramar y promover políticas de asistencia social y jurídica a las personas refugiadas y peticionantes de refugio; tiene además la misión esencial de otorgar a este grupo especialmente vulnerable una red de apoyo a fin de que le sean reconocidos sus derechos como refugiados.

Además de estos nuevos programas, y también con la finalidad de procurar la atención de aquellos sectores de la población que se encuentran más inermes frente a la necesidad de hacer valer sus derechos, funcionan en el ámbito de la Defensoría General el *Programa para la Aplicación de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en el ámbito interno*; la *Comisión de Cárcel*; el *Programa para la atención de problemáticas sociales y relaciones con la comunidad* y la *Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes*, los que actúan como estructuras de apoyo a la labor de los defensores públicos y de impulso de acciones para la protección de estos grupos más desfavorecidos.

Actividades de la Comisión para la Reforma del Código Procesal Penal de la Nación y de las leyes de organización de la justicia y del ministerio público

La Comisión Asesora para la Reforma de la Legislación Procesal Penal, creada por decreto presidencial para actuar en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, culminó la elaboración de un anteproyecto de Código Procesal Penal así como de Ley de Organización y Competencia de la Justicia Penal Nacional y de Ley Orgánica del Ministerio Público.

El 24 de septiembre de 2007, la Comisión hizo entrega de los anteproyectos elaborados al Sr. Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Doctor Alberto Iribarne, en un acto público llevado a cabo en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Como representantes del Ministerio Público de la Defensa, han integrado la Comisión Asesora las Defensoras Públicas Oficiales, Doctoras María Fernanda López Puleio y Silvia Martínez.

Recomendaciones generales

Con el objetivo de permitir el cabal cumplimiento de las funciones asignadas a este Ministerio Público de la Defensa, logrando mecanismos idóneos concretos para producir un impacto favorable en los criterios de los operadores judiciales, desde la Secretaría General de Política Institucional, se ha propuesto la formulación de recomendaciones generales relacionadas con la actuación de los defensores públicos oficiales en el ejercicio de la defensa de sus asistidos, que se han visto plasmadas en las siguientes resoluciones de la Defensora General de la Nación.

Lineamientos generales orientados a la adopción de medidas de reaseguro de los derechos y garantías de los condenados y procesados privados de libertad

La Secretaría General de Política Institucional trató la seria problemática referida a la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los procesados alojados en establecimientos penitenciarios, debido a que éstos constituyen la gran mayoría de su población, y a que el encierro preventivo se convierte, en la práctica, en la verdadera y única pena del sistema penal, pero sin sus reaseguros. Ante ello, y en el convencimiento de que “al preso preventivo debe posicionárselo en mejores condiciones que al condenado (principio de equivalen-

cia), o al menos, iguales en aplicación de principios fundamentales de nuestro sistema como el de razonabilidad o proporcionalidad”, especialmente, a aquellos procesados que registran condena no firme y que por imperio de la *reformatio in pejus* no resulta posible el agravamiento de la respuesta estatal, se dictó la Resolución DGN N° 896/07 del 14 de junio de 2007.

Mediante la citada resolución se recomendó a los Defensores Pùblicos Oficiales que dentro de los respectivos ámbitos de actuación, arbitren los medios para que los internos procesados y condenados encuentren las más amplias posibilidades de acceder a la morigeración del encierro prevista por la ley n° 24.660, y en ese sentido se procure la aplicación de los principios constitucionales señalados (*principio pro homine; pro libertate*; de mínima intervención; de razonabilidad; de proporcionalidad; de inequivalencia, entre otros). Ello siempre que ese proceder no resulte contrario a la decisión del Defensor actuante, justificada en intereses particulares de sus asistidos en los supuestos concretos de asistencia técnica. Asimismo, se les recomendó que en la primera oportunidad comuniquen a sus asistidos su prerrogativa de incorporarse al régimen de ejecución anticipada voluntaria.

Lineamientos generales a los efectos de adoptar medidas de protección de los derechos y garantías de las mujeres menores de 18 años que se encuentran privadas de libertad

Con motivo de la comunicación efectuada por el Coordinador de la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niños, Niñas y Adolescentes, Doctor Pablo Domínguez, en virtud del relevamiento de las jóvenes menores de 18 años internadas en el interior del país a disposición de la Justicia Federal en el que se constató, más allá de la falta generalizada de institutos especializados, la existencia de mujeres menores de edad detenidas en cárceles de adultos, la Defensora General dispuso que se analice esa problemática en el ámbito de la Secretaría General de Política Institucional con el objeto de acercar soluciones a la situación de ese grupo especialmente vulnerable.

Oportunamente, la Secretaría de Política Institucional emitió su opinión con respecto a los supuestos sometidos a estudio. Frente a ello, se consideró que las mujeres menores de 18 años de edad constituyen un colectivo de extrema vulnerabilidad dentro del universo de los privados de libertad no sólo por su condición de sujeto en pleno desarrollo de su personalidad sino como consecuencia de cuestiones de género y la circunstancia de que el Derecho penal ha sido construido pensando en el modelo de hombre adulto y nacional –con proyección en los establecimientos carcelarios-. También se contempló con preocupación el elevado índice de mujeres reclusas extranjeras pertenecientes a minorías étnicas y la situa-

ción de las mujeres madres que conviven con sus pequeños hijos en los establecimientos penitenciarios.

Con respecto a cada uno de esos colectivos de extrema vulnerabilidad dentro de la población reclusa, existen reaseguros en la normativa existente que habilitan mecanismos de protección de los derechos y garantías individuales, como el hábeas corpus o institutos liberatorios o medidas alternativas, que deben ser instados por los magistrados que integran el Ministerio Público de la Defensa en función de los intereses encomendados.

Ante tales consideraciones, la Defensora General de la Nación, mediante Resolución DGN N° 952/07, recomendó “a los Sres. Defensores Públicos Oficiales del interior del país que insten todos los mecanismos para evitar estos encierros deslegitimados, atendiendo a la situación de extrema vulnerabilidad de las mujeres menores de 18 años de edad detenidas en establecimientos penitenciarios del interior del país a disposición de la Justicia Federal y al plexo normativo vigente específico para cada uno de los diferentes colectivos (“menores de edad”; “mujeres”; “mujeres madres”; “extranjeras”). Ello con la salvedad de que su proceder no resulte contrario a los intereses particulares de los defendidos y a los supuestos concretos de asistencia técnica.

Reaseguros de la voluntad recursiva de los defendidos en el ordenamiento interno con proyección a la protección internacional de sus derechos

También desde la Secretaría General de Política Institucional, atendiendo a la actuación del Programa para la Aplicación de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en el ámbito interno, se trató la preocupación de Magistrados con respecto a que cierta actividad o criterio de los defensores que actúan en otras instancias podría suscitar perjuicio al derecho de defensa en juicio en ocasión de agotar los mecanismos para defenderse de resoluciones desfavorables. Ello dio lugar a la recomendación general contenida en la Resolución DGN N° 1219/07 orientada a la preservación de la voluntad recursiva de los defendidos frente a eventuales transgresiones a sus derechos fundamentales y a la evitación de la frustración de posibles denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación con el requisito formal de admisibilidad de agotamiento de los recursos internos.

Nuevas actividades y logros obtenidos en el intercambio de experiencias entre el Ministerio Público de la Defensa de Argentina y las instituciones de defensa pública de Uruguay y Bolivia en el marco del Programa Eurosocial Justicia

Defensa Pública Argentina-Uruguay

Los días 2 y 3 de octubre de 2007, en la ciudad de Montevideo de la República Oriental del Uruguay, se dio continuidad a las actividades de transferencia de experiencias que la Defensoría General de la Nación de Argentina viene ejecutando con la Dirección Nacional de Defensorías Públicas de la República del Uruguay y con el Servicio Nacional de Defensa Pública de la República de Bolivia, en el marco del Proyecto Eurosocial Justicia.

En ese orden, en el ámbito del *II Congreso Nacional de la Defensa Pública del Uruguay* se realizó el último encuentro previsto con la Dirección Nacional de Defensorías Públicas del Uruguay, en el que participaron, además de defensores públicos argentinos y uruguayos, defensores de Bolivia y República Dominicana. En esa oportunidad se analizaron los logros obtenidos con relación al Proyecto de Transferencia de Experiencias y se realizaron propuestas y recomendaciones que se estimaron aconsejables para un mejor desarrollo de los objetivos señalados en el intercambio.

Entre los resultados alcanzados, gracias a la transferencia de conocimientos y experiencias por parte del Ministerio Público de la Defensa de Argentina hacia la Defensa Pública del Uruguay, se destaca la creación de una *Comisión de Cárcenes* en el ámbito de la Dirección Nacional de Defensorías Públicas del Uruguay y la aprobación de su reglamento.

Frente a ello, los defensores públicos uruguayos no sólo enfatizaron la importancia que ha tenido esta transferencia de experiencias para el enriquecimiento del servicio de defensa y la incorporación de nuevas herramientas para lograr una tutela judicial efectiva, oportuna y coordinada de los derechos de los sectores más desfavorecidos, sino que, además, han solicitado a la coordinación de Eurosocial Justicia la renovación y/o ampliación del Programa de Intercambio de Experiencias, a los efectos de recibir mayores conocimientos prácticos para una más efectiva implementación de los Programas objeto de transferencia en su país.

Defensa Pública Argentina-Bolivia

Por su parte, el día 3 de octubre, continuaron las actividades de Intercambio de Experiencias iniciadas con el Servicio Nacional de Defensa Pública de Bolivia (SENADEP) con la realización de un Taller de Trabajo, en el que participaron la Sra.

Defensora General de la Nación, Dra. Stella Maris Martínez, el Sr. Director Nacional del SENADEP, Dr. Roberto Álvaro Guzmán Durán, las Sras. Defensoras Públicas de Argentina, Dras. María Fernanda López Puleio, Catalina Moccia, Patricia Azzi y Ernestina Storni, y las Dras. Flavia Vega y Violeta Quesada, Secretaria Letrada y Prosecretaria Letrada de la Defensoría General de la Nación, respectivamente, y los defensores de Bolivia, Dres. Jhonny Ortuste Andia (Cochabamba); Rocío Castillo López (Chuquisaca); Juan Carlos Garfías (La Paz); María Lilian Villalta Maldonado (La Paz) y Freddy Guzmán Delgadillo (Santa Cruz).

El encuentro se orientó a analizar las posibilidades de reanudar la implementación de la Comisión de Cárcel en el ámbito del SENADEP y continuar con la transmisión de la experiencia del Programa para la aplicación de Tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito interno. Para ello, se interiorizó a los defensores sobre la historia, marco normativo, estructura, organización y atribuciones del Ministerio Público de la Defensa, y sobre el funcionamiento de ambos Programas.

Luego se analizó desde el punto de vista normativo, reglamentario e institucional la posibilidad de aplicar los conocimientos adquiridos en el intercambio en el ámbito del Sistema Nacional de Defensa Pública de Bolivia. Como resultado de ello los defensores de Bolivia se mostraron sumamente interesados en la ejecución de los programas objeto de transferencia considerándolos una herramienta muy útil para la protección de los derechos fundamentales de sus defendidos. En ese entendimiento, el Director Nacional, Dr. Roberto Álvaro Guzmán Durán, se comprometió a adoptar los mecanismos reglamentarios a su alcance a los efectos de implementar la Comisión de Cárcel en el ámbito del SENADEP.

Nuevos convenios marco de cooperación suscriptos por el Ministerio Público de la Defensa

En el transcurso del año 2007, la Defensora General de la Nación, Doctora Stella Maris Martínez, ha celebrado nuevos convenios marco de cooperación y asistencia técnica para la promoción y cumplimiento de proyectos, programas y actividades tendentes a aumentar sus capacidades y desarrollos institucionales para el mejor desempeño de sus funciones.

En tal virtud, el 22 de febrero de 2007, entre la Defensora General de la Nación y el Procurador General del Excmo. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa, Doctor Carlos Alberto Ontiveros, se suscribió un Convenio Marco de Cooperación con el objetivo de promover la colaboración en

tre las partes en los temas de interés mutuo, especialmente, en lo que concierne a la capacitación y perfeccionamiento de sus integrantes.

En el mismo sentido, y teniendo en cuenta el propósito de fortalecer las acciones tendientes a la protección de los derechos de las personas que han estado privadas de libertad, contribuyendo a la asistencia fuera del ámbito carcelario, se celebró entre el Ministerio Público de la Defensa y el Patronato de Liberados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires “Dr. Jorge H. Frías”, representado por su presidente, Doctor Hugo Norberto Cataldi, el 17 de abril de 2007 un Convenio Marco de Cooperación y Asistencia Técnica.