

REVISTA DEL

Ministerio Público de la Defensa

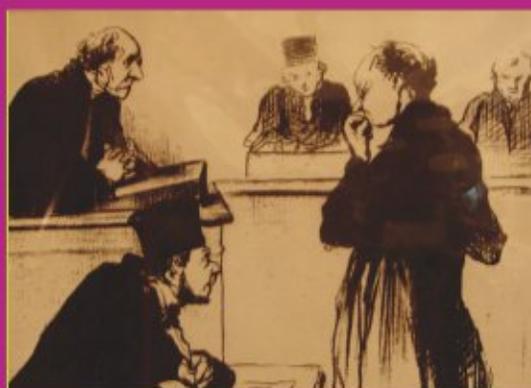
editorial

foro de opinión

nuestra doctrina

planteos defensistas

informaciones



ISSN 1850-4027

AÑO V - Nº 6 ABRIL 2011

Indice

AÑO V - Nº 7 - MAYO 2011

ES UNA PUBLICACIÓN DEL
MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA

Defensoría General de la Nación
Av. Callao 970 Piso 6°
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

Diagramación e Impresión:
Cilincop S.A.

ISSN 1850-4027

- 3 Editorial**
Por Stella Maris Martínez
- 5 Foro de opinión**
“Bases de datos de identificadores a partir del ADN con fines de investigación criminal”. *Por Carlos María Romeo Casabona*
- 21** “El derecho del imputado a un acusador penal único (o, a un solo discurso acusatorio del que defenderse...)”.
Por Oscar Raúl Pandolfi
- 43** “Preocupante sanción a un defensor oficial en el ejercicio de su magistratura”. *Por Mario Alberto Juliano*
- 63 Nuestra doctrina**
“Trata de personas con fines de explotación”.
Por Julieta Di Corleto
- 74** “La defensa pública como garantía de acceso a la justicia”.
Por Gabriel Ignacio Anitua
- 84** “Nueva legislación argentina sobre prisión domiciliaria para madres de hijos menores de edad”.
Por Virginia Sansone
- 93** “Maquiavelo y su influencia en la estrategia de la defensa penal”.
Por Leonardo G. Brond
- 105 Planteos defensistas**
Planteo Inconstitucionalidad – solicito sobreseimiento.
Por Juan Ignacio Pérez Curci
- 108** zlnsta Sobreseimiento. Juzgado Nacional en lo Penal Económico Nº 2 – Causa Nº 5822.
Por Juan Manuel Nicolosi López
- 113** Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Expediente CSJN Letra “G”, Nº 662, Libro XLIV, Año 2008, caratulado: “Recurso de hecho deducido por Jorge Alberto Guzmán en los autos Guzmán, Jorge Alberto s/ causa Nº 40/06”
Por Julian Horacio Langevin
- 120** Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Expediente Letra “R”, Nº 390, Libro XLVI, Año 2010, caratulado “R., M. c/ F., M. B. s/ reintegro de hijo”.
Por Julian Horacio Langevin
- 131 Informaciones**

Bases de datos de identificadores a partir del ADN con fines de investigación criminal

Carlos María Romeo Casabona
Catedrático de Derecho Penal
Universidad del País Vasco

* El presente trabajo toma como base el siguiente: Romeo Casabona / Romeo Malanda, *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, al que me remito para otros temas relacionados con este trabajo (toma de muestras biológicas de un sospechoso o de un imputado, los perfiles de ADN como medio de prueba, su valoración, derechos fundamentales afectados, etc.).

¹ Sobre el funcionamiento de estas bases de datos v. con más detalle García /Alonso, *Las bases de datos de perfiles de ADN como instrumento en la investigación policial*, en "Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad", Romeo Casabona (ed)., Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA – Diputación Foral de Bizkaia, de Derecho y Genoma Humano, y Editorial Comares, Bilbao-Granada, 2002, 27 y ss.; Lorente Acosta, *Identificación genética criminal: importancia médico legal de las bases de datos de ADN*, en el mismo lugar, 1 y ss.

² Este es el caso, p. ej., de los archivos establecidos por la LO 10/2007, art. 3.1, b.

1. Archivos de perfiles de ADN con fines de investigación criminal*

Una de las cuestiones más polémicas en relación con las pruebas de ADN al servicio de la Administración de Justicia en el ámbito penal se refiere a la creación de bancos de datos con la información resultante de los análisis realizados de los perfiles de ADN a las personas que han sido procesadas o se encuentran en otras situaciones procesales. En estos ficheros pueden incluirse asimismo los perfiles de ADN de vestigios biológicos hallados en el escenario del crimen (muestras debitadas), por tanto pertenecientes a personas desconocidas y, en ocasiones, hasta los de las propias víctimas, con su consentimiento en tal caso.

El hallazgo de vestigios biológicos relacionados con un nuevo delito permitiría cruzar el perfil de ADN de estos últimos con los perfiles archivados en la referida base de datos a partir de de muestras indubitadas (sin perjuicio de que en dicha base puedan existir perfiles distintos de éstos últimos), lo que teóricamente podría arrojar luz sobre la identidad del autor, de hallarse su perfil recogido en esa base de datos, o vincularlo con el de algún vestigio de un delito anterior, lo que podría ser indicio sobre la autoría común sobre esos hechos¹.

Se trata, en consecuencia, de la creación de ficheros permanentes con información estable, que van más allá de los archivos que puedan crearse o ampliarse con la información que se vaya acopiando en el curso de una investigación policial concreta. Existen bases de datos de perfiles de ADN que alcanzan, además de los vinculados con investigaciones criminales, a restos cadavéricos o guardan relación con personas desaparecidas².

2. Objetivos específicos de las bases de perfiles de ADN para investigación criminal

La finalidad de estos ficheros sería exclusivamente informativa para los miembros de la policía criminal responsables de la investigación de los delitos, orientándoles mejor sobre la dirección correcta de sus pesquisas, pero no pretendería ningún propósito inculpativo o probatorio en cuanto tal.

Por otro lado, estas bases de datos, si se construyen exclusivamente a partir de los perfiles de ADN de sujetos

procesados con anterioridad (sin entrar ahora en mayores precisiones sobre ellos), únicamente tendrían valor frente al delincuente reincidente (por supuesto, que se hallase incluido en dicha base), pero no frente al ocasional, pues sólo aquél figuraría con mayor probabilidad en esta clase de ficheros.

Para corregir esta limitación la alternativa podría ser crear un fichero universal de los perfiles de ADN de toda la población (o a partir de la mayoría de edad penal), el cual podría satisfacer entonces además otros objetivos, como la identificación de cadáveres, desaparecidos, etc.³ Estos ficheros sí podrían funcionar de forma semejante a los actuales ficheros de huellas dactilares existentes en muchos países, aunque no debe olvidarse que el perfil de ADN aporta siempre mayor información del individuo que su huella dactilar, lo cual requiere restricciones sobre el registro de los mismos en bases de datos policiales de perfiles de ADN.

Sobre los efectos preventivos de delitos de estos archivos, no parece que sean significativos, pues su utilización se produce como consecuencia de la obtención de algún vestigio biológico en la escena de un delito ya cometido, y una vez obtenido el perfil del ADN de aquél es cuando puede procederse a su cruzamiento con los perfiles existentes en el archivo. Sin perjuicio de que el éxito en la investigación policial (p. ej., respecto a un acto preparatorio punible) lleve a la detención de una persona y se evite de este modo la prosecución de su actividad delictiva, o de que estos archivos fueran utilizados con objetivos de control de al menos los delincuentes más proclives a la reincidencia, lo cual, aparte de no parecer muy útil, comportaría una extralimitación del principio de proporcionalidad. Finalmente, suponer que los sujetos cuyos perfiles se encuentren registrados en la bases de datos se animen a abstenerse de volver a delinquir es muy conjetural y poco verosímil.

También plantea problemas la conservación de las *muestras* biológicas en si mismas (de personas conocidas, p. ej., el sujeto procesado y condenado por un delito del que se obtuvo la muestra durante el proceso) o de los vestigios biológicos (de personas desconocidas, hallados en la escena del delito) sobre los que practicar dichos análisis en un momento determinado, pues plantean problemas semejantes pero al mismo tiempo específicos.

3. Sobre el uso forense de muestras biológicas obtenidas con otros fines

Cada vez es más frecuente la colección y almacenamiento de material y muestras biológicas de origen humano con fines muy diversos: la investigación policial en el ámbito del delito o de accidentes de diverso origen (restos cadavéricos y datos relativos a desaparecidos), la determinación de la filiación, la investigación biomédica, conocer mejor las

³V. comentarios críticos sobre una posible base de perfiles de ADN en Álvarez de Neyra Kappler, *La prueba de ADN en el proceso penal*, Comares, Granada, 2008, 137 y s.

características genéticas de grupos más o menos amplios de población, y también actividades relacionadas con la salud y otras semejantes. Por lo que se refiere a los estudios de paternidad por medio de pruebas biológicas, en particular de los perfiles de ADN, no se ha propuesto la creación de un fichero correspondiente, por el gran esfuerzo que exigiría (a salvo de la creación de ficheros universales), su escasa eficiencia y la quiebra del principio de proporcionalidad a que daría lugar. No obstante, por ley se creó un singular fichero de estas características, cuya justificación responde a situaciones verdaderamente excepcionales y humanitarias⁴.

En algunos países se están formando bases de datos con identificadores obtenidos del ADN de toda la población, propósito muy discutible, el cual, requeriría en todo caso, una delimitación precisa, por medio de una ley u otro instrumento jurídico equivalente, de los usos, fines, garantías y medidas de seguridad de tales ficheros (calidad de los datos), entre otros asuntos.

Por lo que se refiere a los problemas que pueden plantearse en relación con estas colecciones o con los bancos en los que son almacenados y conservados, debe recordarse la diversa composición del ADN y la utilidad diferente que puede comportar cada una de ellas. Los bancos de muestras biológicas con fines de investigación criminal, así como los relativos a desaparecidos, sólo requieren el estudio de la parte no codificante

del ADN, de la cual también puede extraerse información personal del individuo del que proceden las muestras, si bien con alcance más limitado (sexo, etnia, filiación, etc., sin excluir otro tipo de información que pueda obtenerse con nuevas técnicas todavía por descubrir). Por el contrario, los estudios poblacionales y la investigación biomédica sí requieren el análisis de la parte codificante del ADN (los genes), por lo que la información que potencialmente puede extraerse es mucho más significativa, al referirse a la salud del paciente⁵.

Los especialistas en Genética forense no excluyen que en el futuro también de esta zona codificante puedan hallarse elementos útiles para la identificación de las personas, por lo que suelen expresar sus reservas sobre la pertinencia de establecer una separación tajante a estos efectos entre una clase y otra del ADN, habiéndose propuesto que tal vez fuera más conveniente considerar dar preferencia, entre los diversos procedimientos de estudios del ADN posibles en el caso concreto, a aquél que resulte menos lesivo para salvaguardar la intimidad⁶. En cualquier caso, no debe olvidarse que, sin perjuicio de la pertinencia de esta observación, que compartimos como punto de partida, pues se atiene al espíritu del principio de proporcionalidad, cualquier parte del ADN que pueda aportar información del individuo en cuestión está sometida –y desde luego, la información obtenida en sí misma– al régimen de la protección de datos de carácter personal, sin detrimento de las excepciones o singularidades que se deriven de los fines específicos de investigación policial, en particular la dirigida al esclarecimiento de los delitos y de sus presuntos autores. Por otro lado, la distinción entre ADN codificante y no codificante como límite para el acceso al ADN en relación con la investigación forense presenta la ventaja de que es un criterio más objetivable que dejar al criterio subjetivo individual decidir qué información será más apta para los fines forenses de identificación, salvo que se pudieran fijar pautas generales de actuación establecidas por las sociedades científicas del sector, de modo semejante a como han procedido en otros casos, con pleno acierto.

⁴ V. Ley nº 23.511, de 1 de junio de 1987, sobre el Banco Nacional de Datos Genéticos, República Argentina.

⁵ V. Romeo Casabona, *Utilización de muestras biológicas y bancos para la investigación biomédica*, en Sánchez-Caro / Abellán (Coords.), "Investigación biomédica en España: aspectos bioéticos, jurídicos y científicos", Comares, Granada, 2005; Lattanzi, *Trattamento dei dati sanitari e ricerca biomedica (Note a margine del caso "deCODE Genetics")*, "Politeia", 62, 2001, 135 y ss.; National Bioethics Advisory Committee: *Research involving human biological materials: ethical issues and policy guidance*, Rockville, MA, 2000.

⁶ Así, García, *La LO 10/2007, de 8 de Octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Antecedentes históricos y visión genética*, *RevDerGenH*, nº 27, 2007, 200.

La disponibilidad de material tan precioso como auxilio de una investigación criminal en curso constituye una gran tentación para acudir a ella, si no se ha procedido a su anonimización previamente, y podría pretenderse el acceso a muestras recogidas, por ejemplo, bien en un biobanco para investigación biomédica, agrupadas en una colección para un estudio científico concreto o, simplemente, depositadas en servicios hospitalarios de diagnóstico (así, en hematología, cirugía, anatomopatología, etc.). Algo semejante ha ocurrido y ha dado lugar a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional español, en el que considera lesionada la intimidad de una persona de la que se obtuvo una muestra de sangre con su consentimiento con fines diagnósticos en un centro sanitario y la misma fue requerida después por agentes de los cuerpos y fuerzas de la seguridad del Estado, procediendo a su análisis (en este caso, concentración de sangre en alcohol) sin haber contado con la autorización judicial en ninguno de los dos actos, ni, por supuesto, con el conocimiento y consentimiento del interesado⁷⁻⁸.

⁷ STC 206/2007, de 24 de septiembre.

⁸ Recuérdese también la importante y taxativa posición en este punto de la Recomendación Nº R (92) 1, del Comité de Ministros, sobre la utilización del análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) dentro del marco de justicia penal, del Consejo de Europa, dispone que “las muestras recogidas de personas vivas para el análisis de ADN con fines médicos, así como la información derivada de dichas muestras, no podrán ser utilizadas con fines de investigación y procesamiento por infracciones penales, salvo en las circunstancias expresamente establecidas en el Derecho nacional”

⁹ V. Romeo Casabona / Romeo Malanda, *Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, 49 y ss.

¹⁰ Según el art. 2º, a, de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. No se olvide que esta Directiva excluye de su ámbito de aplicación el tratamiento de datos que tenga por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado y las actividades del Estado en materia penal (art. 3º). En términos semejantes la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, de España (art. 3).

4. Derechos fundamentales involucrados

En principio las consideraciones apuntadas en otro lugar, al que me remito, en relación con los posibles derechos fundamentales que podrían verse involucrados con ocasión de la obtención de muestras biológicas de una persona sospechosa o imputada por un delito, así como de las posteriores prácticas de los análisis para la obtención de los identificadores de ADN, son trasladables a estas bases de datos, dado que su objeto es –en parte– el mismo: los perfiles de ADN⁹.

La mera inclusión nominal de una persona en un fichero que incorpore cualesquiera datos que le conciernan, nos sitúan ya en la esfera de la protección de los datos de carácter personal, pues por datos personales debemos entender, de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea, “toda información sobre una persona física identificada o identificable; se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social”¹⁰. La relevancia que se reconoce a la protección de los datos de carácter personal va más allá de ellos mismos, pues presentan una vertiente instrumental para asegurar la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad.

Por cierto, los datos de carácter personal recogidos en estas bases de datos serán, lógicamente, más abundantes que los derivados de la práctica de los análisis, pues se incluirán algunos datos relacionados con un proceso penal previo en el que fue juzgado el sujeto cuya información

se va a incorporar a dicha base (en algunos sistemas jurídicos bastaría con haber sido objeto de una investigación por la policial relacionada con la comisión de un delito) y, según se propondrá más abajo, constituyen el presupuesto de la inclusión en el archivo. Y no debe descartarse que pueda suscitarse la afeción de otros derechos, como el derecho a no ser discriminado.

Es evidente que el consentimiento del interesado está descartado por la propia naturaleza del fichero: su inclusión en él se determina por medio de otros criterios, normalmente fijados por la ley, que son independientes de cuál sea la voluntad del sujeto al respecto¹¹. Es el mandato legal, o dicho de otro modo, el conjunto de presupuestos de inclusión en la base que marca la Ley, el que ha de respaldar, por consiguiente, tal inclusión, haya sido o no consentida por el sujeto (principio de legalidad o de reserva de ley) y en particular las garantías que en relación con la misma prevea la norma aplicable. Pero por otro lado, y como consecuencia natural de los objetivos que se persiguen con la creación de estos archivos, los derechos de los sujetos en relación con sus propios datos (derivados del principio de autodeterminación informativa) se hallan aquí notablemente restringidos, y no podría ser de otra forma. De ahí también que se explique que el legislador español haya optado por una ley orgánica, en cuanto que algunos derechos fundamentales de los individuos se ven afectados.

¹¹ V. en este sentido la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, de España: "La inscripción en la base de datos de los identificadores obtenidos a partir del ADN a que se refiere este apartado, no precisará el consentimiento del afectado, el cual será informado por escrito de todos los derechos que le asisten respecto a la inclusión en dicha base, quedando constancia de ello en el procedimiento" (art. 3.1, b, 2º párr.). La Ley prevé que el afectado otorgue voluntariamente su consentimiento para ser incluido en la base de datos (art. 3.2), se entiende que fuera de los casos en los que la inscripción es obligatoria, como p. ej., el familiar de algún desaparecido.

¹² V. Álvarez de Neyra Kappler, *La prueba de ADN en el proceso penal*, 138.

¹³ V. también reticente, Malem Seña, *Privacidad y mapa genético*, "RevDerGenH", nº 2, 1995, 139 y s.

5. Principios regulativos de las bases de datos de perfiles de ADN

La creación de registros o ficheros de perfiles de ADN o de muestras de material biológico con el fin de luchar contra la criminalidad ha de estar supeditada a disponer de una norma legal (con rango de ley) específica que los ampare. Por otro lado, su constitución para la población en general (bases de perfiles de ADN universales, a las que se aludía más arriba) o para determinados grupos de ella (p. ej., sólo de varones; o para un grupo de población "sospechosa", en todo caso con carácter transitorio)¹² vulneraría probablemente algunos derechos fundamentales y libertades públicas y sería fuente de abusos, por la dificultad que entrañaría el control sobre el contenido de esa clase de información archivada (pertinencia, exactitud, etc.)¹³.

Menos objeciones ha merecido en general la creación de bancos de perfiles de ADN de individuos condenados por delitos dolosos graves violentos (contra la vida y la integridad de las personas y contra la libertad sexual, estén conectados o no con otros delitos no violentos que tengan una estructura mixta en relación con otro bien jurídico de naturaleza distinta) con fines exclusivos de identificación en relación con posibles delitos futuros, puesto que en esta clase de delincuentes se aprecia una mayor tendencia a la reincidencia criminal, tendencia que en no pocas ocasiones responde a un trastorno patológico grave de la personalidad (agresividad, labilidad, compulsión).

La creación de bancos de muestras de material biológico y de vestigios y de los datos sobre perfiles de ADN provenientes de las víctimas y de los presuntos autores de delitos no identificados (p. ej., a partir de vestigios encontrados en la escena del delito) no suscita recelos, pues aparte de su gran utilidad en ambos casos, en el segundo no se afectaría a la intimidad de ninguna persona en concreto hasta que no haya sido identificada. Tampoco es problemática la incorporación de unos y otros datos a otros archivos ya existentes con fines de investigación criminal. El Consejo de Europa recomienda en relación con la creación de estas

bases de datos el aseguramiento de unas garantías, que sugieren ya cuáles son los aspectos sensibles relacionados con esta materia:

“Las muestras y otros tejidos corporales tomados de personas para análisis de ADN no deberán guardarse una vez dictada la resolución definitiva en el proceso para el que hayan sido utilizados, a menos que ello sea necesario con fines directamente relacionados con aquéllos para los que fueron recogidos. Deberán tomarse medidas que garanticen que los resultados del análisis de ADN y la información derivada del mismo se eliminen cuando ya no sea necesario guardarlos para los fines que fueron utilizados. No obstante, podrán conservarse los resultados del análisis de ADN y la información derivada del mismo cuando la persona interesada haya sido condenada por delito grave contra la vida, la integridad o la seguridad de las personas. En dichos casos, el Derecho nacional deberá definir estrictos períodos de almacenamiento. Las muestras y otros tejidos corporales y la información derivada de los mismos, podrán ser almacenados durante largos períodos de tiempo: Cuando la persona interesada así lo solicite; o cuando la muestra no pueda atribuirse a una persona; por ejemplo, cuando se encuentre en el lugar del delito. Cuando se vea afectada la seguridad del Estado, el Derecho nacional del Estado miembro podrá permitir la conservación de las muestras, los resultados del análisis de ADN y la información derivada del mismo, incluso aunque la persona interesada no haya sido procesada o condenada por una infracción penal. En dichos casos, el Derecho nacional deberá definir estrictos períodos de almacenamiento. Se regulará por ley el establecimiento y utilización de cualquier archivo de ADN con fines de investigación y procesamiento por infracciones penales”¹⁴.

En cualquier caso, previamente a la constitución de una base de datos policial con identificadores a partir del ADN, entiendo que deberían tenerse en cuenta diversos principios o criterios regulativos, aun siendo consciente de que en los sistemas jurídicos comparados algunos de ellos han sido ya descartados de forma más o menos extendida. Los agrupo conforme a los siguientes puntos¹⁵:

5.1. Principios generales

1. El principio de reserva de ley.

Como primer criterio, ha de reconocerse que esta materia está sometida al principio de reserva de ley¹⁶, por hallarse involucrados derechos fundamentales de las personas, los cuales pueden experimentar alguna restricción (en concreto, las derivadas de la incorporación de los datos de los perfiles de ADN del sujeto sin tener en cuenta su voluntad al respecto).

El principio de legalidad comporta asimismo que todos aquellos aspectos que pueden afectar más directa-

¹⁴ Conforme al principio 8º de la Recomendación Nº R (92) 1.

¹⁵ Siguiendo para ello en parte la clasificación que propone Lorente Acosta, *Identificación genética criminal: importancia médico legal de las bases de datos de ADN*, 13 y ss. Lo que sigue coincide en gran parte con el texto preparado para el Grupo de trabajo sobre las pruebas de ADN, convocado por el Ministerio de Justicia (presidido por Bueno Arús, Secretario General Técnico), cuyas aportaciones sirvieron para la redacción del “Borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN” de 1999.

¹⁶ V. sobre el particular, Choclán Montalvo, *Las técnicas de ADN como método de identificación de autor de delitos contra la libertad sexual*, “La Ley”, t. 3, 1994, 824.

mente a los derechos fundamentales sean regulados con la mayor concreción y claridad posibles (p. ej., sujetos que pueden ser incluidos, por qué tipo de delitos, plazo de permanencia en la base, etc.).

Para los demás aspectos relacionados con este principio valen las reflexiones apuntadas más arriba sobre el particular.

2. El principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad desempeña asimismo en relación con estas bases un importante cometido, en particular sobre su configuración, alcance y funciones precisas¹⁷. Este principio ha de satisfacer en esta materia una reflexión previa que corresponde al legislador, pues de un correcto planteamiento y resolución del principio de proporcionalidad deberá deducir aquél el ámbito general del fichero y la intensidad en la intromisión o restricción de los derechos fundamentales.

3. Respeto de los derechos fundamentales involucrados.

La incorporación de perfiles de ADN pertenecientes a personas conocidas no debe comportar la vulneración de derechos fundamentales de los sujetos cuyos datos son archivados, a salvo de la libre autonomía de los mismos sobre su inclusión, pues, por razones obvias, no se solicitará su consentimiento.

4. Especial consideración a la protección de datos de carácter personal.

Se observarán de forma particular las exigencias jurídicas generales sobre la protección de los datos de carácter personal, partiendo de la asunción, defendida más arriba, de que los perfiles de ADN in-

corporan datos de aquella naturaleza¹⁸. Estas exigencias hacen referencia a los principios de calidad de los datos y sus concretas proyecciones, de confidencialidad sobre los mismos, medidas de seguridad contra accesos o tratamientos de los datos no autorizados, etc., sin perjuicio de las restricciones que pudieran sufrir.

5. Principio de calidad de los datos: uso exclusivo para el fin para el que fueron recogidos.

En relación con la calidad y protección de los datos, éstos (o las muestras obtenidas) no se utilizarán con otros fines distintos a los que motivaron inicialmente la obtención de los perfiles de ADN (como podría ser la investigación de la personalidad de los sujetos o la adopción de medidas restrictivas de sus derechos, como el control de su libertad ambulatoria o de residencia). A este respecto, no debe olvidarse que la utilización de estos datos a partir de su registro y procesamiento en las bases de datos está encaminada a realizar investigaciones en relación con otros delitos ya cometidos pero todavía no resueltos o para futuras investigaciones sobre delitos que pudieran ser cometidos con posterioridad.

6. No uso del ADN codificante.

No se obtendrá información de la parte codificante del ADN, o dicho de modo más funcional, no se obtendrá información del ADN relativa a la salud de la persona afectada, sea aquella sintomática de una enfermedad o de predicción de la misma; y no se recogerán en el fichero datos relativos a éstas últimas. Siendo fundamental esta exigencia, es también de difícil control, como igualmente lo es la adopción de medidas preventivas eficaces. Por ello habrá que apelar en primer lugar, a la deontología de los propios profesionales concernidos, los cuales pueden ser orientados mediante códigos de buenas prácticas; y en segundo lugar, a los deberes de confidencialidad, de no apropiación o cesión de datos o partes de muestras, etc., que pueden dar lugar a sanciones administrativas y en algunos casos a responsabilidad penal (cfr. art. 197.2 CP).

¹⁷ En este sentido, Picotti, *Trattamento dei dati genetici, violazioni della privacy e tutela dei diritti fondamentale nel processo penale*, en "Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica", nº 4-5, 2003, 723 y ss.

¹⁸ Así lo ha entendido también la importante sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Consejo de Europa, de 4 de diciembre de 2008 (caso S. y Marper *versus* Reino Unido). V. sobre ella más abajo.

5.2. Elementos subjetivos: características de las personas incluidas

7. Limitación en función del delito cometido

En primer lugar, han de incluirse tan sólo los perfiles de las personas que hayan sido condenadas por alguno de los delitos que se proponen más abajo, filtrados por varios criterios, en primer lugar, por el de la gravedad de la infracción penal. También podrían ser incluidas personas que habiendo sido procesadas, fueron finalmente absueltas por concurrir en ellas una causa de inimputabilidad o de inculpabilidad, o una excusa absolutoria (si bien la concurrencia de ésta estará previsiblemente excluida de la clase de delitos que darían lugar a la inclusión en la base de datos). Las personas meramente sospechosas o, incluso, imputadas o procesadas, si finalmente fueron absueltas porque no se rebatió fehacientemente su inocencia (aunque fuera por falta de pruebas), no han de ser incorporadas de ningún modo a estas bases de datos, pues la presunción de inocencia les acoge y se extiende en mi opinión a esta hipótesis.

En consecuencia, si a lo largo de la investigación policial y del proceso penal mismo estas personas tuvieron que aceptar que se les extrajera una muestra biológica, incluso con la oportuna autorización judicial (o de la autoridad que corresponda, de acuerdo con la legislación interna del país), habiéndose obtenido el perfil de ADN correspondiente, éste debería ser suprimido del fichero en el que hubiera podido incluirse, una vez finalizado el proceso y el interés policial objetivo. Respecto a la cuestión de si los sujetos han de ser autores en sentido estricto o podrían incluirse asimismo los procesados, y condenados en su caso, a título de partícipes, en mi opinión podrían incluirse todos ellos, a falta de la comprobación de la concurrencia del requisito que se menciona como número 8°.

8. Perfil criminológico de los sujetos incluidos.

Habrían de ser individuos que adolezcan de graves alteraciones de la personalidad y que manifiesten fuertes tendencias a reincidir en relación con los delitos que dan paso a su inclusión en la base de datos. Para acreditar objetivamente esta tendencia se exigirá la reincidencia del sujeto (en su sentido técnico jurídico-penal), o bien que en una primera condena haya sido condenado ya por varios delitos de esta naturaleza (concurso real de delitos), siempre con la salvedad apuntada más arriba de que una absolución por delitos anteriores se haya fundamentado en una causa de inimputabilidad o de inculpabilidad (es decir, que esta circunstancia no excluiría la inscripción en la base de datos).

5.3. Clases de delitos que dan lugar a la inscripción

9. Delitos dolosos graves.

Se limitará a los *autores de determinados delitos do-*

losos graves, expresado en sentido puramente material. En principio podrían entenderse graves no atendiendo a la clase y duración de la pena, sino únicamente a la importancia del bien jurídico afectado y a la intensidad de ataque al mismo: así, los delitos contra las personas (homicidios y lesiones corporales en sentido material; tal vez robos con violencia o intimidación en las personas) y algunos contra la libertad sexual (violación y agresión sexual). Es cierto que delitos de naturaleza muy distinta a los anteriores, como el delito de injurias, de falsedad documental o de estafa, pueden dejar vestigios biológicos (p. ej., de saliva en la solapa o el sello del sobre en el que se encuentra la carta injuriosa, el documento falsificado o el escrito que da soporte a la estafa), pero no es lo frecuente ni parece lógico que ocurra con el futuro delito que habría que investigar.

Con este criterio se atienden a dos principios: el de proporcionalidad, conforme al cual sólo deben ser causa de incorporación a la base de datos los autores de delitos graves; y de oportunidad, pues sólo determinados delitos, respecto a los que se teme recidiva, son susceptibles de dejar rastros biológicos por su propia naturaleza o por su forma de comisión.

5.4. Permanencia de los datos en el archivo

10. Término a quo: la firmeza de la sentencia.

Respecto a si la sentencia ha de ser firme o no, debería operarse con los criterios que se proponen desde que se dictó sentencia, incluso aunque haya sido recurrida. Una vez firme la sentencia, se operará de acuerdo con el fallo de la misma. Es decir, si el fallo coincide con la sentencia de instancia se mantendrá la situación, pero de ser discrepante habrá que actuar en consecuencia: de ser condenatoria la sentencia, se incorporarán los perfiles del sujeto en la base de datos; pero si fuera absolutoria, se retirará de inmediato de dicha base.

Estas consideraciones se refieren al cómputo del término inicial de incorporación formal al archivo, pues lógicamente, el perfil de ADN se habrá obtenido e introducido previamente para proceder al cruce con los perfiles previamente inscritos.

11. Término ad quem (1): plazo para los perfiles de ADN de sujetos procesados.

Los perfiles de ADN de los sujetos inscritos en la base de datos se mantendrán en ella por un tiempo preestablecido por la ley y, una vez transcurrido el mismo, serán cancelados.

El plazo que marque la ley no tendría que coincidir necesariamente con el establecido para la prescripción de los delitos, pero debería evitarse que fuera excesivamente largo. La reincidencia implicaría volver a iniciar el cómputo del plazo, en este caso sin atender ya a la naturaleza y gravedad del delito ulteriormente cometido.

12. Término ad quem (2): plazo para los perfiles de vestigios biológicos.

Cuando se trate de perfiles de vestigios biológicos, el criterio de conservación debería estar presidido por las posibilidades de éxito de su identificación, lo que puede justificar plazos más largos, pero no tienen que coincidir necesariamente con su conservación por tiempo indefinido. Por otro lado, parece razonable el plazo de la prescripción del delito, pues una vez transcurrido éste la identificación pierde su interés judicial, pues el hecho ya no podrá ser perseguido por los tribunales de justicia.

13. Término ad quem (3): plazo para las muestras y los vestigios biológicos.

Por lo que se refiere a los vestigios biológicos o a las muestras biológicas en cuanto tales, pues tanto unos como otras suelen ser conservados en sus propios archivos o depósitos, debe fijarse asimismo por la ley un plazo máximo de conservación, pues de lo contrario se correría el riesgo de que los laboratorios correspondientes se llegaran a encontrar saturados de muestras sin saber cómo actuar legalmente con ellas. Salvo criterio técnico-científico mejor fundado, en principio podrían adoptarse las mismas pautas que para los datos, sin perjuicio de que en este caso podrían acortarse los plazos, al menos en relación con las muestras de las personas sometidas a las pruebas del ADN (muestras indubitadas). Tal vez habría que operar al contrario en relación con los

vestigios, previendo la posibilidad de que algún avance científico permitiera extraer más información de los mismos o facilitase las posibilidades de identificación.

5.5. Funcionamiento y gestión de la base de datos

14. Función del Juez o Tribunal competentes.

La comprobación de que se dan los presupuestos legales para incluir al delincuente en el fichero corresponderá realizarla al juez o tribunal que conocieron de la causa, y a ellos corresponderá también dar la orden de introducción en el referido fichero. Es preferible atribuir esta competencia al órgano jurisdiccional que a las autoridades administrativas o a sus agentes, dada la garantía de independencia que puede acreditar el primero, frente al exceso de celo profesional en el que en ocasiones incurren los segundos.

La decisión sobre el particular ha de entenderse que es reglada, es decir, que la autoridad debe limitarse a la comprobación de la concurrencia de los presupuestos que marca la ley para que los perfiles de ADN del sujeto procesado se incorporen a la base de datos, sin que quepa discrecionalidad decisoria al respecto, aparte de las normales funciones interpretativas de subsunción que puedan llegar a suscitarse. De lo contrario, una clara discrecionalidad por parte de la autoridad competente –el Juez– daría al traste con la eficacia de estos ficheros, pues la discrepancia de criterios entre unos jueces y otros podría dar lugar a que los perfiles de unos sujetos fueran incluidos o no por motivos subjetivos y no universales.

15. Mecanismos de defensa del interesado

Se preverán procedimientos y mecanismos efectivos para que en el caso de que el entrecruzamiento de los resultados de un análisis de ADN procedente de muestras biológicas de un entorno criminal de resultado inicialmente positivo respecto a alguna de las personas incluidas en la base de datos, ésta pueda defenderse de forma inmediata (contraericias o contraanálisis, etc.).

16. Titularidad del archivo.

La ley debe adjudicar la titularidad del fichero, que en principio podría corresponder al órgano competente de algún Ministerio del Gobierno (p. ej., el Ministerio de Justicia), al Ministerio Fiscal o a otro órgano competente, teniendo presentes las características y funciones de estas instituciones en cada Estado. Según las circunstancias sería preferible crear una entidad pública autónoma, semejante a la Agencia de Protección de Datos o instituciones similares, pero especializada en el tratamiento, gestión y custodia de estos datos. En todo caso, debería preverse algún mecanismo de control o supervisión judicial o de algún

órgano mixto independiente de los gestores de la base de datos.

Este órgano será el responsable del alta y baja de los datos, y de la gestión y custodia de la base de datos y de los derechos que correspondan a los sujetos incluidos en ellas (p. ej., petición de la rectificación o de la cancelación de los datos una vez cumplidos los plazos marcados por la ley).

17. Principio de archivo universal respecto a los perfiles de ADN.

Por lo que se refiere a las bases de datos de perfiles de ADN en sentido estricto (es decir, dejando al margen los archivos de vestigios y muestras biológicas) debe ser única para todo el Estado, basándose en el principio de cooperación de todos los cuerpos fuerzas de seguridad del Estado y de las Comunidades Autónomas, Provincias o Regiones, según la configuración política del territorio nacional, sean cuales fueren ellos y los archivos que ya pudieran tener en funcionamiento.

18. Medidas de seguridad.

Al ser previsible el manejo automatizado de esta base de datos, y dada la naturaleza de los mismos, deberían de extremarse las medidas de seguridad en torno a la misma, tanto físicas como lógicas, que se correspondería con un “nivel de seguridad elevado”, de acuerdo con la terminología y clasificación de la normativa sobre protección de datos de carácter personal¹⁹.

Algunas de estas medidas habrían de ser, indudablemente, los controles, registros y restricciones de acceso al archivo.

¹⁹ V. el RD 1720/2007, de 21 de diciembre, de España, art. 79 y ss.

²⁰ Cfr. la Resolución del Consejo de 9 de junio de 1997, relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN (97/C193/02). La Resolución del Consejo de 25 de junio de 2001, que lleva el mismo título que la anterior, insiste en los aspectos de normalización de los marcadores de ADN, como paso imprescindible para futuros intercambios aludidos, estableciendo unas directrices relativas dichos marcadores.

19. Coordinación con los archivos similares de otros países.

Será necesario prever medidas técnicas, organizativas y jurídicas de coordinación con las prácticas al respecto de otros Estados del entorno espacial (Consejo de Europa, fundamentalmente, y en la medida de lo posible la Unión Europea: según el Tratado de Prüm; otras organizaciones semejantes en otras zonas geográficas), aunque en algunos sistemas jurídicos su regulación es muy amplia, si no excesiva, y podría desencadenar obstáculos de cooperación con otros sistemas más restrictivos y escrupulosos con las libertades ciudadanas.

6. Derecho europeo, comunitario y comparado

6.1. El desarrollo de bases de datos e intercambio de información en el espacio europeo

Las propias instituciones comunitarias han animado a los Estados miembros de la UE a dar pasos para la creación de estos ficheros de ámbito nacional, para el intercambio de los datos que contienen e, incluso, para la creación, en una segunda fase, de una base de datos de ADN europea²⁰. Con este objetivo el Consejo de la UE invita a los Estados a que, con vistas al intercambio de resultados de análisis de ADN, estructuren tales bases con arreglo a normas comunes y de forma compatible y que, en concreto, se utilicen preferentemente marcadores de ADN idénticos.

Por lo que se refiere a las garantías jurídicas se adivina que las autoridades comunitarias han considerado que se trata de una tarea de difícil consecución en común (probablemente debido a las tendencias más o menos garantistas de unos Estados en relación con otros). En este sentido, son muy genéricas y vagas las directrices que se apuntan: la toma de la muestra biológica deberá ir acompañada de garantías que protejan la integridad física de la persona de que se trate; en el caso de intercambio deberán ofrecerse suficientes garantías sobre la seguridad y la protección de los datos de carácter personal, limitándose los intercambios en todo caso a los datos de la parte

no portadora de códigos de la molécula de ADN. Pero en lo demás es muy ilustrativo comprobar que se deja al criterio de cada Estado miembro decidir las condiciones en las que podrán almacenarse estos datos en sus bases nacionales, así como en relación a qué delitos.

El sistema Europol ha previsto el intercambio de perfiles de ADN para la prevención de delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, inmigración ilegal o cualquier otra forma grave de de crimen internacional organizado.

En relación con estos delitos, el Convenio relativo a la cooperación transfronteriza, hecho en Prüm el 27 de mayo de 2005, incluye específicamente los perfiles de ADN²¹.

El Tratado de Prüm fue firmado inicialmente por siete Estados (Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Holanda y Luxemburgo); luego se incorporaron varios más. Su objetivo es profundizar en la cooperación transfronteriza entre los Estados parte, en particular en materias de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal. En lo que a nosotros concierne, incluye medidas para el intercambio automático de perfiles de ADN (principalmente los arts. 2 a 7).

6.2. Un caso judicial europeo relevante sobre la permanencia en las bases de datos: el caso *S. y Marper versus Reino Unido*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha tenido ya la ocasión de pronunciarse sobre un asunto relacionado con los ficheros de perfiles de ADN con fines de investigación policial.

En efecto, la Gran Cámara del TEDH, en el fallo relativo al caso *S. y Marper* contra el Reino Unido, tuvo que pronunciarse sobre si era compatible con el Convenio Europeo de derechos humanos y libertades fundamentales de 1950, que los perfiles de ADN de un menor y de un adulto fueran mantenidos en la base de datos policial del Reino Unido por tiempo indefinido, en particular cuando los sujetos habían sido absueltos o se había sobrepasado el proceso contra ellos, incluso a pesar de las demandas de los mismos para que sus datos fueran cancelados de la base de datos policial. El TEDH se pronunció, sin la menor duda, favorable a la no pertinencia de la permanencia de los perfiles de ADN de estas personas en la base de datos, conminando a que fueran cancelados, por entender que se había violado el artículo 8 del Convenio (derecho al respeto de la vida privada y familiar), estimando innecesario pronunciarse de forma separada sobre la demanda planteada en relación con el artículo 14 (prohibición de discriminación)²².

Los demandantes, ambos británicos, habían nacido en 1989 y 1963, respectivamente. En ambos casos se trataba de la retención de las huellas dactilares, muestras celulares y perfiles de ADN de los demandantes por parte

²¹ V. sobre esta materia, Gómez Sánchez, *Los datos genéticos en el Tratado de Prüm*, 137 y ss.

²² Sentencia de 4 de diciembre de 2008, demandas nº 30562/04 y 30566/04, respectivamente.

de las autoridades policiales, consecuentes de sendos procedimientos penales dirigidos contra ellos, que concluyeron con el sobreseimiento y el archivo de la causa, respectivamente. En concreto, S. fue detenido y procesado a la edad de once años por tentativa de robo, por lo que le fueron tomadas las huellas dactilares y muestras de ADN, siendo sobreseída la causa unos meses más tarde. Por su parte, Marper había sido imputado por acoso a su pareja, se le tomaron las huellas dactilares y muestras de ADN, si bien la causa fue archivada poco después por desistimiento de aquélla. Una vez concluidos los procedimientos respectivos, ambos demandantes se dirigieron, sin éxito –obviamente, por separado–, a las autoridades británicas para que se destruyeran las huellas, los perfiles y las muestras, que se mantenían por tiempo indefinido, según la previsión legal vigente en la fecha.

Tras esta exposición muy sumaria de los hechos, tiene gran interés analizar las líneas argumentales manejadas por el TEDH en tan interesantes casos, pues estando extendido el proceso legislativo en este campo en los Estados europeos, su doctrina puede tener gran trascendencia para las legislaciones y las prácticas en uso, incluido el régimen español, según se verá más abajo²³.

Lo primero que debe destacarse y compartirse con la sentencia, es el reconocimiento de que las muestras biológicas y los perfiles de ADN en particular son portadores de información relevante que puede interferir en el derecho a la vida privada (como vengo sosteniendo desde hace años también en relación con este ADN no codificante)²⁴ que

²³ Un minucioso estudio de esta sentencia, así como su proyección sobre el Derecho español, en particular la LO 10/2007, de 8 de octubre, puede encontrarse en Reverón Palenzuela, *El régimen jurídico de la conservación de datos sobre identificadores de ADN, a la luz de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), de 4 de diciembre de 2008 (asunto S. y Marper c. Reino Unido)*, "RevDerGenH", nº 30, 2009, 171 y ss.

²⁴ Así, p. ej., en *Los genes y sus leyes. El Derecho ante el genoma humano*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA – Diputación Foral de Bizkaia, de Derecho y Genoma Humano, y Editorial Comares, Bilbao-Granada, 2002, 260 y s.

ampara el Convenio Europeo, frente a otras opiniones más restrictivas, que otorgan a dichos perfiles una mera capacidad identificadora, sin aportar ninguna otra información personal relevante.

En efecto, según el Tribunal, "las muestras celulares contienen información muy sensible sobre una persona, incluyendo información relativa su salud. Además, las muestras contienen un código genético único de gran relevancia tanto para el interesado como para sus familiares. Dada la naturaleza y la cantidad de información personal contenida en las muestras celulares, su retención en cuanto tal ha de considerarse como una interferencia en el derecho al respeto a la vida privada de las personas afectadas".

Desde el punto de vista del TEDH la capacidad de los perfiles de ADN para procurar medios de identificación de relaciones genéticas entre las personas es suficiente para concluir en que su retención interfiere en el derecho a la vida privada de tales personas, y la posibilidad originada por los perfiles de ADN de establecer inferencias sobre el origen étnico hace que su retención sea la forma más sensible y susceptible de afectar al derecho a la vida privada, en el sentido del art. 8.1 del Convenio Europeo. En su decisión tanto las huellas dactilares como los perfiles de ADN y las muestras biológicas constituyen datos personales en el sentido del Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de las personas en relación con el procesamiento automático de datos personales de 1981.

Otro importante razonamiento del Tribunal que, asimismo, ha de compartirse, se refiere a la necesidad de mantener un equilibrio en relación con la utilización de medios técnicos para la investigación criminal y la protección del derecho a la vida privada del artículo 8:

"La protección que proporciona el art. 8 del Convenio se debilitaría de forma inaceptable si la utilización de modernas técnicas científicas en el sistema de la justicia penal permitiera a cualquier coste y sin ponderar cuidadosamente los potenciales beneficios de la utilización extensiva de ta-

les técnicas frente a importantes intereses relativos a la vida privada. Cualquier Estado que reclame un papel pionero en el desarrollo de nuevas tecnologías ha de asumir una especial responsabilidad para hacer el correcto balance a este respecto”.

El TEDH declara igualmente su particular preocupación sobre el riesgo de estigmatización, derivado del hecho de que personas en la situación de los demandantes, que no habían sido condenados por ningún delito y que gozan del derecho a la presunción de inocencia, sean tratados del mismo modo que personas condenadas. Es, asimismo, cierto que la retención de los datos privados de los demandantes no puede ser equiparada a la expresión de sospechoso. No obstante, su percepción de que no estaban siendo tratados como sujetos inocentes se vio intensificada por el hecho de que sus datos fueran retenidos de forma indefinida del mismo modo que los datos de personas condenadas, mientras que respecto a los datos de quienes nunca hubieran sido sospechosos de un delito serían destruidos. Añade, además, que en estas situaciones el daño irrogado a menores es todavía mayor, dada su especial situación y la importancia de su desarrollo e integración en la sociedad.

En conclusión el TEDH considera que la abierta (“blanket”) e indiscriminada naturaleza de los poderes de retención de las huellas dactilares, material biológico y perfiles de ADN de una persona sospechosa pero no condenada por delito, como es el caso de los demandantes, no procede a la realización de una correcta ponderación de los intereses públicos y privados en conflicto, y sobre este particular dicho órgano precisa que el Estado demandado ha sobrepasado cualquier margen aceptable de apreciación al respecto. Congruentemente, la retención en cuestión constituyó una interferencia desproporcionada en el derecho al respeto de la vida privada de los demandantes y, en consecuencia, no podría considerarse una medida necesaria en una sociedad democrática. El artículo 8 del Convenio ha sido violado en el caso de autos. Poco más puede añadirse a esta sumaria transcripción de varios pasajes de la sentencia en cuestión, sino manifestar mi total coincidencia con ella. Como podrá apreciarse más abajo, sus razonamientos pueden afectar muy seriamente a algunas disposiciones de la normativa española sobre bases de datos que incorporen perfiles de ADN (LO 10/2007). Más abajo veremos cómo los poderes públicos británicos han tomado medidas legales encaminadas a burlar el contenido y el mandato implícito en la sentencia, lo que comporta una gravedad extrema, pues, no se olvide, el condenado fue el Reino Unido como Estado.

5.3. Derecho comparado: algunos ejemplos

El hecho de que un amplio número de estados europeos y no europeos disponga ya de archivos de datos identi-

ficadores obtenidos del ADN, incluso con respaldo normativo²⁵, revela ya la importancia que otorgan los poderes públicos a esta clase de bases de datos como medio para una mejor investigación criminal y una más eficaz persecución de los autores de delitos. Al mismo tiempo pone manifiesto que cualquier reticencia que pueda suscitarse en torno a ellas por mor de una mejor protección de los derechos de los ciudadanos está condenada al fracaso. Por ello, parece razonable pensar que el interés del estudio ha de centrarse en esforzarse cómo compatibilizar el funcionamiento de estas bases de datos de perfiles de ADN con un respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos que puedan verse involucrados. Sin embargo, su régimen jurídico y su funcionamiento varían notablemente de un sistema jurídico a otro.

En el *Reino Unido*, su Circular del Ministerio del Interior de 1995²⁶ señala que la base de datos de ADN será única y central y comprenderá información de individuos sospechosos, advertidos o condenados por un delito (punto 21). La propia Circular calcula que la base de datos llegará a incluir unos cinco millones de registros. Tiene como finalidad exclusiva la de servir para información (así, comprobar la relación del sospechoso con algún delito no resuelto respecto al que exista algún registro en la base de datos, art. 24), pero no para fines acusatorios. Por lo demás, establece unos procedimientos muy detallados sobre el funcionamiento del registro, que se somete expresamente a las previsiones de la Ley de Protección de Datos de 1984 (punto 60).

²⁵ V. como ejemplos de las primeras iniciativas, el Reino Unido, en la *Criminal Justice and Public Order Act*, desarrollada también en este punto por la *Home Office Circular 16/95*, ambas ya cit. V. también, AA.VV.: Banco genético y el derecho a la identidad. *Ley 23.511 sobre la creación del Banco Nacional de Datos Genéticos*, pássim. Otros ejemplos más pueden consultarse en *Código de leyes sobre genética, (I) y (II)*, 1997 y 2008, respectivamente.

²⁶ *Home Office Circular 16/95: National DNA Database*, ya citado.

²⁷ V. Ley 596, art. 195a 5 y 6, respectivamente.

²⁸ Decreto 522, de 4 de julio de 1994, *que comprende reglas más precisas en cuanto al ejercicio de los artículos 151a, 195a, 195b y 195d del Código de Enjuiciamiento Penal (Decreto relativo a la investigación del ADN)*.

En relación con la normativa de este país es indudable la repercusión que ha tenido en ella la sentencia del TEDH de 2008 en el caso *S. y Marper* contra el Reino Unido en lo que se refiere al menos a la pertinencia de mantener los perfiles de ADN en el fichero policial cuando concurren las circunstancias del referido caso. Pero como adelantaba, la *Crime and Security Act*, de abril de 2010, ha dejado sin efecto real la citada condena, pues en conclusión los perfiles de ADN, incluso en estos casos, pueden ser mantenidos en el fichero policial de forma indefinida. Para ello se ha establecido que los perfiles de ADN y las huellas dactilares de personas inocentes pueden ser mantenidas en un fichero por un plazo de hasta seis años. Sin embargo, cualquier información policial que haya sido incorporada a un fichero automatizado, incluso de inocentes, podrá ser mantenida por tiempo indefinido. Por otro lado, las muestra biológicas conservadas en laboratorios comerciales (!) deberán ser destruidas una vez que se hayan obtenido de las mismas los perfiles de ADN y se hayan introducido en el fichero automatizado. No cabe duda de que esta regulación es contraria al Convenio Europeo de 1950 y que el TEDH sentenciará condenatoriamente si se acude de nuevo a su jurisdicción por algún ciudadano británico.

En *Holanda* la creación de un registro central sobre perfiles de ADN en relación con causas penales está amparada por la Ley, aunque ésta misma preveía su desarrollo por vía reglamentaria²⁷. El Decreto que dio cumplimiento a este desarrollo²⁸ establece el registro central para los futuros análisis de ADN, para la determinación de la identidad de las personas fallecidas, así como de aquellas personas que no estuvieran en condiciones de proporcionar información sobre su identidad (art. 9). A este registro se extiende de forma expresa la condición de registro de datos personales de acuerdo con la Ley de datos de carácter personal. La destrucción de los datos relativos a un sospechoso injustificado será inmediata (art. 10); en otros casos el plazo se fija en dieciocho (muestras conteniendo material celular no recogido del sospechoso) o treinta años (material celu-

lar recogido del sospechoso) (art. 11). En Francia se creó por ley el Fichero Nacional automatizado de huellas genéticas (FNAEG). Fue creado por ley en 1998, aunque con posterioridad ha experimentado varias modificaciones con el fin de ampliar el fichero en varios aspectos, como la naturaleza del delito cometido (originariamente: sólo delitos contra la libertad sexual), que ahora se extiende a prácticamente todas las infracciones penales sancionadas con pena de prisión²⁹. El mantenimiento de los identificadores de ADN u otros se ha fijado en cuarenta años para los condenados por un delito, y en veinticinco para los demás casos.

En España esta materia ha sido regulada mediante una ley con rango de orgánica, porque afecta –restringe– a derechos fundamentales, como son la intimidad genética y la protección de datos de carácter personal: la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN y es la vigente en la actualidad, según se indicó más arriba³⁰. Esta Ley se vincula expresamente a la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal; ambas leyes se encuentran en una relación de especialidad (*lex specialis versus lex generalis*), que deberá resolverse a favor de la LO 10/2007, al tener preferencia como ley especial, pues, además, posee, al igual que la LOPD, naturaleza de ley orgánica y es posterior en el tiempo.

El objetivo de la Ley es, obviamente, “la creación de una base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN, que integrará los ficheros de esta naturaleza de titularidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tanto para la investigación y averiguación de delitos, como para los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas” (art. 1º).

²⁹ V. la Loi n° 98-468 de 17 de junio de 1998, relative à la prévention et à la répression des infractions de nature sexuelle. Las reformas posteriores se han realizado a través de otras leyes: loi n° 2001-1062 de 15 de noviembre de 2001 relative à la sécurité quotidienne; loi n° 2003-239 de 18 de marzo 2003 pour la sécurité intérieure; y la loi n° 2004-204 de 9 de marzo de 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

³⁰ No obstante, algunos preceptos tiene el rango de ley ordinaria. V. Disposición Final Segunda.

El derecho del imputado a un acusador penal único (o, a un solo discurso acusatorio del que defenderse...)

Oscar Raúl Pandolfi*

Postulado:

POSTULAMOS QUE EN TODO EL TRANSCURSO DEL PROCESO PENAL, SE RECONOZCA, EN LOS TÉRMINOS DEL ART.28 DE LA CN, EL DERECHO DEL IMPUTADO A UNA ACUSACIÓN ÚNICA DE LA CUAL DEFENDERSE.

Los sujetos procesales penales del futuro deberán ser sólo dos: el imputado y un único acusador: la víctima y/o el Fiscal. Si actúan ambos, lo harán en un litis-consorcio necesario con discurso unificado (en caso de disidencia, resolverá el Juez del procedimiento intermedio).

I. Panorama actual de la cuestión

Después de “Santillán” el carácter autónomo del querellante particular, parece tender a afirmarse. Y no solamente eso. Hoy, no es difícil encontrarse con causas que tengan plurales querellantes. Y ello, no solamente en procesos originadas en hechos que produjeron gran cantidad de víctimas. Cabe entonces preguntarse: **¿Quiénes son los querellantes que tienen tal derecho, es decir, el de co-ejercitar la persecución penal, en delitos de acción pública?** Personas físicas (víctimas), desde luego, o los derechos habientes de las mismas, pero también Personas Jurídicas particulares, una S.A., una SRL, una Asociación Civil (ONG) algunas con y otras sin personería jurídica, y agrupaciones varias¹, clubes, iglesias, etc.

Pero además de este variopinto espectro de acusadores particulares, están **-lo que es el colmo-** los entes estatales autónomos, si sus respectivos patrimonios fuesen perjudicados, y ya que están, también resultan habilitados, en nombre de los “intereses difusos” o “sociales, particularizados” el Defensor del Pueblo, la AFIP, la Auditoría General de la Nación, el Fiscal de Estado Provincial, la Contraloría General de la Provincia, la Aduana, la Oficina Anti-Corrupción, el Fiscal de Investigaciones Administrativas, etc...Es decir, casi todos los organismos públicos hoy parecen sentirse y están autorizados para querellar, olvidándose que en el proceso penal, el Estado “es” el Ministerio Público Fiscal y la persecución de éste, tratándose de acciones penales públicas, aparentemente *insoslayable* dada la norma del art.120 incorporada en la reforma constitucional de 1994. Si contraponemos esta situación, con la del imputado, encontraremos que -conforme las inconstitucionales limitaciones

* Profesor Consulto de Derecho Penal y Procesal Penal de la Fac. de Derecho de la UNComahue (por sentencia de primera instancia...)

¹ Que no siempre tienen la seriedad y trayectoria que tienen las más conocidas en el campo de los DDHH, y además, muchas veces carecen de patrimonio y por ende de responsabilidades civiles por las acusaciones que formulan, si éstas resultaran infundadas.

impuestas por el art.105 del CPPN- no puede designar a más de dos defensores²...La igualdad de armas (tan proclamada) significa que en este caso, los acusadores pueden ser un *coro*, pero los defensores, solamente un *dúo*...Esto es algo que repugna - instintivamente - a cualquiera. En cualquier lid, el sentimiento público exige que se cumpla con el “fair play” y además, por lo general, simpatiza con el más débil. Y obviamente, el imputado, (que en el peor de los casos, habrá ejercido una violencia privada, que tiene enfrente al Estado, con todos sus recursos, económicos y técnicos y ejerce la violencia punitiva estatal) es el más débil. Pero además, la imagen del “juicio justo”, no podría cumplirse, si en uno de los rincones, está el imputado con su defensa, y en el otro hay cinco o seis contendores...

II. Las normas internacionales

Ahora bien, el primer derecho humano (después del derecho a la vida) -tanto axiológica como históricamente- y consecuencia necesaria del derecho a la libertad, **es el derecho (procesal) de defensa en juicio del imputado**. El primer componente de este derecho de defensa es “**el derecho a conocer la imputación y el derecho a refutarla**” (arts.18 y 75, inc.22° CN, y arts.1.2, 7.4., 8.1, 8.2.a), 8.,2. b), 8.2.c), 8.2.f), de la C.I.D.H. y arts. 9.2., 9.3., 14.1.,14.3. a), 14.3. b) , 14.3.e) y 14.3.g) del P.I.D.C.y P.).

Es de hacer notar que al referirse a los términos de la imputación, **ninguna de esas normas alude a la misma en número plural. Puesto que se “sobre-entiende” que la acusación o imputación es única y unívoca**. Por lo cual el imputado comienza a ejercer su derecho de defensa (desde el mismo momento en que se convierte en tal), **teniendo³ conocimiento y comprensión completa del tenor de la misma**. Para poder así rebatirla, confrontando a quienes le acusan (cfr.Doctrina del fallo “Benítez” de la CSJN). Repasemos el texto de las normas convencionales, comenzando por la Convención Interamericana de Derechos Humanos:

Como consecuencia del texto del art.1.2 “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”, **de lo que se desprende que el Ministerio Público Fiscal, representante del Estado, titular del poder penal punitivo, “carece de los derechos humanos” de los que sí goza la víctima si es admitida como sujeto procesal en el procedimiento penal**.

El texto del art.7.4. obliga que “a cualquier persona detenida o retenida”, se le debe “informar de las razones de su detención **y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella**”. Cualquier detenido pues -por el solo hecho de serlo- tiene inmediato derecho a conocer los cargos que se le formulan.

El 8.1. obliga a que el imputado **sea oído, con las debidas garantías** y dentro de un plazo razonable,... para

² El autor del Código, en su Comentario (ed.Depalma, BsAs, 1992, pág.83) señala que “una intervención mayor a dos abogados (defensores) conspira contra.la buena marcha del proceso...”. Nos gustaría saber que pensaría el Dr.Levene (h) si viese causas con quince querellantes, con quince requerimientos de elevación a juicio distintos, otros tantos ofrecimientos de prueba, derecho a repreguntar, alegar y acusar ...

³ Bernardette Minvielle, Doctrina Penal Año 11 (1988) pgs.65 y ss, esp. Pgs.80/81: “si se quiere respetar el principio de legalidad, el mismo opera desde el comienzo de la investigación preliminar” cita de Nieto Navia “La jurisprudencia de la C.I.D.H.” Estudios y Documentos, San José, Costa Rica, y pgs.79/85 y 97/102.

“la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella...” Es decir, que el conocimiento del tenor de esa “acusación penal” formulada con total precisión, es la base del derecho de defensa del imputado. Es decir, ese conocimiento forma parte de las “debidas garantías”.

El 8.2.a), obliga al Tribunal competente, **para asegurarse de que el imputado comprenda los términos de la acusación que se le dirige** “a ser asistido gratuitamente por traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o del tribunal”

8.,2. b), Obliga a que se suministre al imputado **“comunicación previa y detallada de la acusación formulada”** (así en singular).

8.2. c), Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la **preparación de su defensa**”, la cual -como es obvio- **presupone el conocimiento cierto e inequívoco, del tenor de la acusación que pesa en su contra.**

8.2.f), Concede derecho al imputado de “interrogar a los testigos” y también de proponerlos o designar peritos, para refutar la acusación:

Y por su parte, el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (P.I.D.C.y P) arts.

9.2., “Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, **y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella**”. Así pues que esta norma dejó sin efecto, (a partir de 1994, los arts.31 y 75, inc.-22° CN) las vetustas normas que, vgr. en algunos tribunales de Río Negro, todavía hoy, en 2009, siguen siendo invocadas para evitar que el imputado o su letrado, sean privados del conocimiento puntual de la imputación que existe en perjuicio de aquél.

14.1. “...Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal...establecido por la ley **en la sustanciación de cualquier acusación de carácter personal formulada contra ella**”.

14.3 “Durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho en

plena igualdad a las **siguientes garantías mínimas**:

14.3. a) ser informada sin demora, **en un idioma que comprenda y en forma detallada de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella.**

14.3. b) a disponer **del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa** y a comunicarse con un defensor de su elección.

14. 3. e) a interrogar o hacer obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

14. 3. f) **A ser asistida gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal.**

14. 3. g) **A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. Adviértase que en la totalidad de las normas convencionales-internacionales transcriptas, se alude en términos inequívocamente PERTENECIENTES AL NUMERO SINGULAR, A LA ACUSACION, CUYO TENOR CLARO, CIERTO Y COMPLETO, DEBE PONERSE EN CONOCIMIENTO DEL IMPUTADO.**

Y el adjetivo “**singular**” determina -lógica y hermenéuticamente- **el carácter “único” de la acusación.** Lo cual, matizando el título del trabajo, revela que en realidad, todavía más importante que el número de acusadores, **es la acusación la que debe ser única. Es decir, que podrían alternarse dos o más acusadores, pero todos deben coincidir EN SU DISCURSO. En el texto de la alocución acusatoria, que es la que debe ser única. Para respetar los derechos humanos del imputado, que componen su derecho de defensa en juicio.**

III. Integración delitis-consorcio necesario

En las acciones penales públicas para resolver las controversias entre el MPF y la víctima (en los delitos en que haya víctima) sobre los discursos fácticos y jurídicos y estrategias probatorias de la única acusación, el Juez del Procedimiento Intermedio, tomará en cuenta la prevalencia de los intereses particulares o sociales generales según el caso, y ordenará la constitución de

un litis-consorcio necesario. Si para ello surgieren divergencias, convocará a una audiencia al efecto, a las partes acusadoras. Y en caso de que no hubiese consensos en cuanto a la calificación y a las estrategias acusadoras, resolverá en forma definitiva la incidencia. En las acciones privadas, obviamente, todo sigue igual. Y en los eventuales caso de “conversión de la acción pública o privada” para aquellos Códigos o Proyectos nuevos que contemplan la “privatización” en el caso de que el Ministerio Público se desinterese de la persecución penal (por el acogimiento de un criterio de oportunidad u otros mecanismos reglados), naturalmente que la víctima-querellante no tendrá que “empezar” de nuevo, sino que todo lo actuado por el MPF antes de la “conversión” será plenamente válido y conservará su vigencia⁴.

IV. Del derecho a la acusación penal única

Nace el Principio de Congruencia Procesal

Nótese que el **primer componente del derecho de defensa en juicio del imputado -derecho a conocer la imputación y a refutarla son como las dos caras de la misma moneda-** y contiene el derecho (claim) del ciudadano primero a reclamar ese conocimiento. Y conocida la imputación y adquirido el mismo, (que como ya adelantamos debe ser **completo, concreto y cierto**) nace el derecho a rebatirla. Mediante la confrontación de los testigos de cargo, documentos en los cuales aquella se asienta y el ofrecimiento de los medios probatorios de que disponga quien es imputado. Y adviértase también que ese derecho es una conquista de la modernidad. Proviene del iluminismo. Recuérdese el diálogo entre el Inquisidor y el imputado, en el primer capítulo de “El proceso” de Kafka que retrata la situación anterior o simplemente, recórranse las páginas del “Malleus Malleficarum”, o si se quiere algo más cercano, el todavía vigente art. 204 del CPPN, cuyo texto acredita que el derecho al mero conocimiento de la imputación, recién se adquiría -hasta hoy mismo en muchos tribunales de todo el país- al tiempo de ser citado a indagatoria.

A tal punto es ello así, que Carrara escribía en 1871/1873: (en el “Opúsculo IV”, Capítulo VI, bajo el elocuente título de “Instrucción secreta”, pgs.89 y ss. que indicaba por dónde discurrían las preocupaciones del maestro de Pisa):

“Desde el punto de vista de los principios fundamentales, hoy no se puede impugnar seriamente, **el derecho del acusado para ejercer, inclusive por medio de un apoderado, su libre defensa en todo el curso del proceso,**,, Si la ley natural me impone el *deber* de mi propia conservación, me da derecho a rechazar con un arma al que ataque con un arma... por lo tanto, me da con mucho mayor razón el derecho de defenderme con la palabra contra el que me ataque con la palabra. Esta verdad ya ha sido reconocida y procla-

⁴ (vgr. el requerimiento instructorio y en general todo lo vinculado con la formalización del litigio)

mada por todos los pueblos cultos; sólo que todavía se le imponen límites a su aplicación pues generalmente el derecho a la *publicidad y a la defensa, que se respeta en el segundo período, es pertinazmente negado en el primero. Tal es la última barrera contra la cual combaten los innovadores contemporáneos, que no admiten límites o distinciones...*”.

Y más tarde, en el “Programa”⁵ en los Parágrafos 844, 891 y 892 de su “Programa”:

Hablando de la reimplantación del sistema acusatorio (adversarial, en nuestro lenguaje):

“...y esta idea (la reimplantación del sistema acusatorio) hubiera sido buena y feliz, si hubiera sido actuada con lealtad; pero su actuación cayó naturalmente en manos de hombres uncidos por costumbre, al yugo de los viejos temores y a las tradiciones del proceso inquisitivo, y de ahí nació que las garantías del proceso acusatorio en vano fueron buscadas en las primeras instituciones del proceso llamado mixto...” (Parág.844)

“No basta que haya acusación, si no le es intimada al reo...la intimación de la acusación (**para que no se convierta en una farisaica simulación procedimental**) debe llenar siempre dos condiciones: 1º) debe ser **completa**; 2º) **debe ser hecha a tiempo**...el apercibimiento de la acusación es necesario para poner al imputado en condiciones de ejercer útilmente su derecho de defensa, porque sin ésta nunca, podrá haber confianza de que el juicio criminal conduzca al conocimiento de la verdad, que interesa no solo al imputado sino a la sociedad toda, y por esto es de orden público...” (Parág.892)

⁵ Carrara, Francesco “Programa de Derecho Criminal”, Parte General, Volumen II, Editorial Temis, Bogotá, Buenos Aires, 1977, pág. 299 y 363/367, respectivamente.

⁶ Véase por ejemplo, el comentario de Ricardo Núñez al viejo art.358 del Código de 1939 de Córdoba, 2da. Edición, Lerner 1986, pg.308.

⁷ Véase Pandolfi, “Recurso de Casación Penal”, ed. La Rocca, Barcelona, 2001, pg.471 y ss con cita de Núñez su artículo en LL t.19, pgs.756/757.

Además refiere que “...la fórmula de que la intimación debe ser completa resume la idea cardinal de que es deber del investigador o del **acusador no tenerle escondido al imputado nada de cuanto se prepara para su daño** o de cuanto se hace o se hará, para reforzar el preconcepto de su culpabilidad y destruir la presunción de inocencia que siempre lo asiste. **Y la fórmula que debe ser hecha a tiempo resume otra idea principal, la que es deber del investigador o del acusador hacerle al imputado la comunicación completa de las indagaciones y testimonios en su contra, en un tiempo que le permita introducir en el proceso medios de defensa...**” (Parág.892)

Y desde entonces, siempre⁶ se ha admitido que la deficiencia en la descripción de los hechos imputados **implica una nulidad absoluta**. De las que se declaran de oficio, porque alojan entre las que define el art. 167, inc.3º del CPPN, (149 Ley 3155 Chubut) pues hacen a la intervención, asistencia y defensa de los derechos del imputado. Por otra parte, habrá que recordar también a Núñez, pero en relación a la imposibilidad de que el Tribunal de oficio cambie la acusación, en una cita⁷:

“El tribunal de juicio no puede modificar de oficio la acusación. Esta es una facultad concedida al fiscal de la que puede hacer uso enseguida de abierto el debate, en el curso del mismo y aun antes de la audiencia del juicio, según lo ha resuelto en este caso el tribunal superior...*El hecho procesal es diferente al hecho penal...* Éste constituye el presupuesto de la pena, en cuanto condición para que dentro de nuestro sistema penal-liberal, se la pueda aplicar sin violar el principio constitucional “Nullum crimen sine lege” (art.18 C.N.)... **El hecho procesal constituye la materia de la acusación formulada en contra del procesado, en la requisitoria fiscal o en la remisión a juicio**. Lo que interesa a los fines de la garantía de la inviolabilidad de la defensa, no son sólo los hechos penalmente relevantes contenidos en la acusación, **sino también todas las circunstancias enunciadas en ella capaces de influir perjudicialmente en la defensa**

del procesado, respecto a la prueba de la existencia de aquéllos y de su atribución a él como reo”.

Y en relación a la primera cita de Carrara, en su decidida embestida contra la “**instrucción secreta**”, tan preconizada en Italia por aquellos años, habrá que recordar que lo que hoy denominamos “imputación” y Carrara, en su lenguaje ortodoxo, llamaba “acusación”, puede ocurrir mucho tiempo después del comienzo de la imputación. Operada -por ejemplo- con un allanamiento o una requisita (véase la cita precedente de Bernardette Mienville) Y en cuanto al derecho a rebatir, ofreciendo prueba durante el sumario (art. 199 CPPN), más allá de la garantía más bien nominal de la “obligatoriedad” de la evacuación de citas hechas en la indagatoria (arts. 304 CPPN)⁸, se puede asegurar que todavía hoy ese derecho humano reconocido por los Pactos Internacionales, sigue siendo desconocido.

No solamente en el sumario, sino incluso en el Plenario. A través de las múltiples disposiciones inquisitivas que *infectan* el rito del juicio (Prueba de oficio, rechazo de prueba por “impertinente” o “superabundante”⁹, facultades de incorporar prueba sumarial casi omnimoda por parte del tribunal, “instrucciones suplementarias”, facultad de interrogar a los testigos, etc.). Todas las cuales después de “Quiroga” (CSJN) y “Fermín Ramírez vs Guatemala” (CIDH) nos parecen inconstitucionales.

Como lo dice con acierto Francisco Castex “Modos anormales de inicio del proceso y participación de la víctima en la investigación preliminar”¹⁰. “El principio de congruencia procesal, es un **corolario** del derecho de defensa en juicio del imputado”¹¹.

Es decir, que no respetándose el principio de congruencia procesal, queda dañado el ejercicio del derecho de defensa en juicio del imputado. Por la obvia razón -que no necesita demostración- de que para que “haya defensa” tiene que “haber de qué defenderse”, según la clásica tautología de Maier. Aceptada reiteradamente por la CSJN, Fallos 321: 469 y los allí citados.

De lo que se infiere que si hay “varias acusaciones” -todas válidas- el imputado no podría seleccionar, de cuál de ellas defenderse. Y el corolario de este “corolario” previo, es el título de este trabajo. ***Para poder saber de qué defenderse, el imputado tiene que confrontar una única acusación.***

V. Ampliación del Postulado

La acusación debe ser íntegramente conocida en tiempo oportuno por el imputado. Para lo cual debe ser completa, concreta y única. (Binder). La “igualdad de armas”.

La primera condición, (véase el comentario de Mienville op.cit., pg.81) supone que la **descripción del hecho abarca todos los datos de la realidad que el acusador**

⁸ Véase el comentario del autor del Código, op.cit., pg.260, donde se “relativiza” la “obligación de evacuar las citas”.

⁹ Su pertinencia o sobreabundancia, en todo caso, podría ser juzgada por el Juez del procedimiento intermedio, pero de ninguna manera por el Juez del juicio.

¹⁰ “Garantías Constitucionales en la investigación Penal” AAVV, Florencia G.Plazas y Luciano Hazán (compiladores) Ed.Del Puerto SRL BsAs, 2006, pgs.17/31

¹¹ En realidad, bien mirado, hay quienes piensan (con Binder) que el Derecho del Imputado a un acusador penal único (que es el verdadero principio, hasta ahora no reconocido expresamente,) del que se desprende, como corolario, el Principio de Congruencia Procesal. Por que las notas características que debe tener el conocimiento del imputado de los términos de la acusación (completo, concreto y cierto), son los que le dan contenido al Principio de Congruencia Procesal.

conoce. La segunda, que ese conocimiento debe ser puesto a disposición del imputado, no solamente en cuanto a su **tipicidad, sino a la antijuridicidad, a la culpabilidad y a la punibilidad.** Y ambos se vinculan con el respeto del **principio de congruencia.** Principio que además emerge -como lo cree Binder- como corolario del principio, que ahora estamos enunciando: **Que es el derecho del imputado a una acusación penal única. Sólo siendo única, la acusación podrá ser cierta.**

Que, aunque emparentado con los anteriores, **también lo está con el principio de “igualdad de armas”¹².** No parece intuitivamente razonable, que el acusado, tenga que enfrentarse con dos o tres contrincentes... **Amen de lo cual, con las “acusaciones alternativas” que algunos códigos autorizan (vgr. el art.335 del de la Prov. de Buenos Aires) puede perfectamente resultar que el imputado, deba afrontar no ya tres o cuatro, sino seis u ocho acusaciones distintas ¡!...**El “fair trial” no puede consentir una pelea tan desapareja... Así el juicio moderno se seguiría pareciendo demasiado a las pruebas del “agua” a que eran sometidas las imputadas sospechosas de brujería, arrojadas atados pies y manos al río, en el interior de una bolsa cerrada o a cualquiera de las “ordalías” inquisitivas en el “juicio de Dios”...

De todos modos, que quede bien entendido, que la “igualdad de armas” no debe leerse como que todas las “partes” (o los sujetos litigantes) del proceso penal tienen los mismos derechos en su curso, **sino que en ningún caso el imputado puede tener MENOS derechos que la otra PARTE del juicio, entendiéndolo por tal a los protagonistas del conflicto primario, QUE BIEN**

¹² Véase la fundada explicación de Mienville op.cit., pgs.82/85, sobre el funcionamiento del principio de igualdad de armas procesal, derivación del principio de igualdad constitucional, pero que - sin embargo - se amolda a nuestra concepción del juicio penal, en cuya regulación uno de los sujetos procesales (el imputado) tiene muchos más derechos procesales, que los demás. Y aun que la misma víctima (que por su parte tiene más facultades que el Ministerio Público Fiscal).

MIRADO, ES NADA MÁS QUE LA VÍCTIMA. O EL ESTADO SI LA VÍCTIMA ES DIFUSA, O NO EXISTE.

VI. Alguna disquisición terminológica conveniente

En nuestro lenguaje, el Fiscal será un **sujeto procesal necesario, pero no es propiamente una “parte” (carece de derecho subjetivo propio y respetuosamente nos parece poco apropiado denominar a las facultades punitivas detentadas por el Poder del Estado, como “derecho subjetivo”)**, por las mismas abundantes razones que -nos parece- no permiten homologar una “teoría general del proceso” que englobe al proceso civil y al proceso penal.

Que son dos actividades, en nuestra opinión, absolutamente diferentes: (el triángulo equilátero de Alvarado Velloso, actor-demandado-juez, del proceso civil, que no es tal, sino escaleno en el proceso penal, las dos partes que tienen “derechos subjetivos” de la misma intensidad, frente al Estado, tercero imparcial, y colocado “por encima de las partes” etc.) por el lado civil y por el otro, la mera reglamentación -claro que de base directamente constitucional- del ejercicio del Poder Penal del Estado. En la cual uno de los sujetos procesales necesario (parte del conflicto primario, ya sea con la víctima, si la hay o con el Estado (o la sociedad en su conjunto) en los delitos de pura infracción, por ejemplo) que es el imputado, tiene más derechos que el otro. Y en realidad, el derecho del Estado a ejercer la violencia punitiva está limitada por las normas constitucionales, pero emana de su misma existencia. No de ningún “derecho subjetivo”. **El Estado, cuando actúa como titular de “derechos públicos, parecería que tiene facultades, aptitudes, poderes, pero no “derechos”, en el sentido del “claim” anglosajón y cuando actúa como titular de “derechos públicos” ... No importando que aquellas estén reglamentadas...**

Y ello así, por dos motivos: a) El Fiscal, que representa al Estado, titular de la violencia punitiva penal, carece de “derechos humanos” (art.1.2 de la C.A.D.H.) lo que achica su batería de “facultades pro-

cesales”; b) La víctima cuando existe, lo es de la “violencia privada”, mientras que al imputado, es a quien se le aplica la “violencia Estatal” (poder punitivo, titular de la coerción preventiva y ejecutiva).

Por eso, **el “principio de igualdad de las partes” ha desaparecido de la formulación de los principios de los Códigos más modernos** (véase, por ejemplo, el art. 2 del Proyecto del INECIP 2004, que suprimió el originario diseño de “igualdad procesal”).

Y es notorio que es el imputado quien tiene derechos y facultades más amplias en el proceso penal¹³. ¿Si así no fuera, cómo justificar el “in dubio pro reo”, la “reformatio in pejus”, la amplitud recursiva máxima ante una sentencia de condena y derecho al doble conforme, nulidades de máximo rango para los incumplimientos de las formas que afectan su derecho de defensa en juicio (la compurgación y el saneamiento se aplican con más amplitud para los incumplimientos formales que afectan los derechos del Fiscal (en primer lugar y aun de la propia víctima, en segundo lugar), recursos “in pauperis”, “la torpeza o desidia del defensor no puede perjudicar al imputado” (véase el caso “Indalecio Peralta y Cruz Balderrama” rto. el 25 de julio de 1868, Fallos 5: 459, “Cipriano Vázquez” de 1929, t.155: 374, o el registrado en t.189: 34 y más modernamente 306: 195, 310: 1934, 311: 2502, 314: 1909, 315: 2984; 319: 192, 320: 854, 320: 1824 y voto en disidencia Bossert 323: 1440).

En todos estos institutos -del proceso penal moderno, hoy vigentes y aceptados- hay un claro “favorecimiento” de la situación del imputado, frente a los del Ministerio Público y aun en relación a la víctima. Lo que ninguna manera afecta el principio de igualdad ante la ley, (art.16 CN) como quedó explicado más arriba.

VII. Compatibilización de los roles del MPF y de la víctima

Además -bien mirados sus ritos- el proceso penal que nace de la acción penal pública (Chiovenda), es nada más que la reglamentación de una facultad punitiva del Estado, en la cual son sujetos procesales necesarios: a) el imputado; b) la víctima individual si existe (si dada la naturaleza del delito que se persigue, hay una o más víctimas propiamente dichas); c) el Fiscal: si la víctima no existe (delitos de pura infracción¹⁴, o delitos que afectan “intereses difusos”) o si tratándose de delito de acción pública, aquella no asume el rol de querellante.

En el caso de los delitos que afectan intereses preponderantemente privativos de la víctima, *el Fiscal deberá convertirse en el abogado de la víctima o desempeñará un rol exclusivamente vigilante de las “condiciones de legitimidad del juicio”, pero las peticiones concretas - los términos de la acusación - las hará el representante legal de la víc-*

¹³ Cfr. Julio Maier, en la obra de Sabrina Namer (compiladora) y AAVV “Las facultades del querellante en el Proceso Penal”, ed. “Ad Hoc”, BsAs, 2008, pág.118.

¹⁴ Muchos de los cuales son inconstitucionales por adolecer de “lesividad” el hecho conminado.

tima que ella designe. Si la víctima existe, se presenta y el delito es del grupo en los cuales, los intereses son mixtos (de la víctima -o sus familiares- y de la sociedad, vgr. en principio, un homicidio) y aquella desea desempeñar su rol acusatorio, ***allí deberá formarse necesariamente un “litis-consorcio” activo, en el cual ambos acusadores, deberán unificar el discurso (teoría del caso) tanto en su aspecto fáctico como en el encuadre jurídico (teoría de la subsunción), y probatorio, bajo pena de nulidad de la acusación. Y el Juez del procedimiento intermedio, lo será de cualquier disidencia de opiniones.*** Para mantener el Principio Acusatorio simultáneamente con el Principio de Congruencia y el derecho del imputado a confrontar una sola acusación.

VIII. Principio de Congruencia Procesal Postulaciones antiguas y actuales del mismo

Quien debe afrontar el poder punitivo del Estado, no puede enfrentarse a más de una acusación. ***Si el discurso fáctico varía, el derecho de defensa se ve afectado. Pero también se ve dañado si lo que cambia es la calificación jurídica.*** (vid Maier, Derecho Procesal Penal Argentino, t.I-B, pgs.336 y ss) Y ello porque además, la clásica diferencia entre “Hecho” y “Derecho” (tanto en casación, con la polémica Satta-Calamandrei) como a propósito de otras tantas distinciones discutidas en doctrina (p.ej., sentencia arbitraria y sentencia errónea, etc.) ***muy probablemente no sea epistemológicamente válida.*** Como lo ha reconocido la propia CSJN in re “Casal” y “Martínez de Areco” (25/9/05 y 20/10/05 respectivamente).

Que son las mismas razones que ya había explicitado Ricardo Núñez en 1956 en una conferencia dada en el Colegio de Abogados de Mendoza, a propósito de la casación cordobesa. No hay cuestiones “pu-

ramente” de derecho, ni cuestiones “puramente” de hecho. Recuérdense su clásico razonamiento sobre la ebriedad del imputado. La interacción normativo-fáctica y las micro-decisiones del Juez, que tan bien explicó Olsen Ghirardi¹⁵. Y por la misma razón, la calificación, como ya casi no se discute después del XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal (MDP nov 2007), integra el concepto de congruencia procesal. (véanse en particular la ponencia general de Angela Ledesma, el informe sobre la cuestión de Víctor Corvalán y/o las ponencias particulares de García Yoma y Ahumada y la de Langevín).

Es que el dolo, como se ha dicho mil veces por los Tribunales de Casación, es un “hecho”, psíquico, pero un hecho. Y por ende, integra la cuestión fáctica. Pero ocurre que cuando hablamos de “dolo” no hablamos de una conducta unívoca. No es solamente “cumplir objetivamente el tipo” (dolo avalorado), sino más “conocimiento” y “voluntad”. Y allí aparecen, los dolos directo, indirecto y eventual¹⁶. Y algunos tipos, tienen elementos subjetivos especiales (el “ánimus”) y aparece un dolo directo “específico”, distinto del otro “directo, pero genérico”. Amen de la difícil distinción entre el dolo eventual y la culpa con representación o consciente.

Por último, algo muy importante en materia de Estafas y abusos de confianza. El dolo lastrero, que caracteriza al Abuso de Confianza, no permite su identificación, con el ardid, que es dolo inicial puro. Aquél caracteriza a todos los abusos de confianza y el inicial a las Estafas propiamente dichas (cuentos del tío, cambiazo ensobrado, etc.). Y aquí hay también incongruencia, Pues como se ve, aun alojándose en el art.173 promiscuamente, ambos supuestos de las defraudaciones modalizadas recogidos en los quince incisos de esa norma, los hechos (tipos objetivos de las figuras penales contenidas en las mismas) son diferentes. Sin salirse, siquiera, del mismo artículo del Código Penal.

Un pequeño repaso a la historia del tema de la extensión y alcance del Principio de Congruencia Procesal, permite aclarar

¹⁵ “Lógica del Proceso Judicial”, ed.Lerner, Córdoba, 2da. edición, 1992, pgs.75 y ss y 105/111.

¹⁶ Este último, fuertemente arraigado en la jurisprudencia, aunque muy criticado en la doctrina penal.

totalmente su interpretación actual. Para ello recurriré a una cita de una obra de mi autoría¹⁷:

“La Corte de Casación de Italia ha sostenido...que lo esencial es la *alteración de la prueba defensiva*...Con estas bases ha resuelto la Corte de Italia: que no se modifica el hecho si se imputa el delito de violencia privada en daño de una sola persona y se condena por violencia en daño de dos personas”. Pero en cambio agrega el eminente procesalista: “...*Hay transformación del hecho si se acusa como partícipe material en el delito de Homicidio y se condena por instigador del mismo o proveedor de los medios de ejecución porque es diversa la conducta en la participación y la prueba defensiva. Que es diverso el hecho si cambian los motivos que impulsaron al reo, como cuando se imputa Homicidio con fin de robo y se condena por Homicidio por mandato. Y ello por cuanto la condena deviene, sorpresiva*”.

Y seguíamos diciendo: Parecidos conceptos de Vélez Mariconde¹⁸.

“...el hecho es la acción humana efectuada y las circunstancias son los accidentes que como el lugar, tiempo y modo, están unidos a la sustancia del hecho...la garantía prevista en el art.414 (del viejo código de Córdoba) requiere que medie una correlación esencial entre el hecho objeto de la acusación y el hecho acreditado en el debate por el que se condena¹⁹. Sólo una mutación sustancial entre ambos podrá acarrear la nulidad de la sentencia dictada en relación al último...Se prohíbe que la sentencia haga mérito de un hecho, de una circunstancia o de una situación que no fue debidamente intimada porque no estuvo contenida en la acusación...”.

Y concluye: “La correlación ha de ser ante todo objetiva o material. La acusación y la sentencia deben versar sobre un mismo acontecimiento histórico, sobre un mismo hecho, considerado en la totalidad de sus elementos constitutivos y en sus circunstancias agravantes específicas; deben coincidir en cuanto a la acción u omisión imputadas y al pretendido resultado...Pero se puede condenar al imputado, sin violar esta regla, por un delito más leve del que fue objeto de la acusación, siempre que en ésta se encuentre comprendido aquél, de tal modo que no pueda existir violación de la defensa...**El Juez puede pasar de la hipótesis de delito consumado al tentado; o del delito de daño degradar a una hipótesis menos grave de delito de peligro; o de la imputación de un delito más grave, complejo o progresivo, llegar a considerar existente uno de lo de los delitos comprendidos en la estructura de ellos (por ejemplo, considerar el hurto en lugar del robo), o de una lesión imputada a una condena por agresión con armas; o de la tentativa de homicidio a la lesión.**”

“En todos estos casos, el hecho que motiva la condena **está totalmente descrito en la acusación**, si bien

¹⁷ Pandolfi, Oscar Raúl “Recurso de Casación Penal”, ed.La Rocca, Barcelona 2001, pgs.475 y ss.

¹⁸ Vélez Mariconde, Alfredo Derecho Procesal Penal, t.II, pg.238.

¹⁹ Vélez Mariconde, Alfredo Derecho Procesal Penal, t.II, pg.233 y ss.

ésta agrega elementos (un resultado o una circunstancia) que el Juzgador elimina. c) **Las circunstancias de lugar y tiempo en que el delito se consumó pueden ser modificadas a condición de que el cambio no importe privar al imputado de su defensa...d) queda excluida, a nuestro criterio** (en contra Manzini, t.IV, pg.366) **la necesidad de que exista identidad con respecto al elemento subjetivo del delito, a menos que la diferencia entre la acusación y el fallo implique violación del principio constitucional que examinamos, debido a que no se puede prever por parte del defensor; o sea, porque el cambio signifique una sorpresa.** Tampoco aquí puede existir una regla absoluta. También a ese respecto deberá tenerse presente el caso de que se trate”.

Las opiniones vertidas por Vélez Mariconde, que fueran criticadas en su momento en cuanto a su comentario favorable, a propósito de una condena por encubrimiento en un una acusación por Robo, han sido relativizadas con el transcurso del tiempo, **en relación a la mayor exigencia de la congruencia, que ha ido paulatinamente incluyendo a la calificación jurídica, porque se ha ido advirtiendo que normalmente, este último cambio implica también el de un dolo diferente.** Es decir, cambian los hechos.

El argumento se entiende claramente en el comentario que efectuamos en las páginas que siguen²⁰:

“Y -sin embargo- nos aventuramos a sostener que no nos convence la última de las citas de Vélez Mariconde.-En efecto, es cierto que el “hecho penal” es diferente del “hecho procesal” o de los “hechos de la causa”. Los segundos comprenden al primero, que se ciñe a la conducta típica. Pero nos parece, **con la opinión de Manzini**, que en realidad, “pasar” del encuadre en el robo al encuadre en el encubrimiento, apoyándose en la mera “tenencia de la res furtiva” y aceptar que allí no queda violado el principio de la congruencia procesal, merece algunas

objeciones. En primer lugar, el tipo penal del art.164 y el del art.277 difieren en casi todo: bien jurídico protegido, elemento objetivo y elemento subjetivo. Ciertamente es que - desde el punto de vista de “los hechos de la causa” - la mera tenencia de la “res furtiva” permite sospechar tanto que sea el autor del robo, como que haya encubierto a sus autores mediante la receptación (dolosa o culposa) de las cosas robadas. Pero ocurre que aquí se terminan las identidades. **Ya que el dolo que integra ambos tipos, es agonalmente diferente.** Obviamente, agreden bienes jurídicos diferentes. Y además, **si el dolo es “un hecho psíquico”, como nos lo recuerda a cada rato la jurisprudencia casatoria, entonces será claro, que indagar por robo y condenar por encubrimiento, será haber imputado un determinado “factum” y condenar por otro...**

Por otra parte, no parece cierto afirmar -como se hace generalizadamente- que ello no podría afectar el derecho de defensa en juicio del imputado. **Siendo el robo un delito de consumación instantánea, esto es, cometido con fecha y hora determinada, en determinado lugar, lo que no ocurre con la “tenencia de la res furtiva” que normalmente se prolongará en el tiempo, resultando independiente del lugar donde se haya consumado la receptación, parece que inevitablemente se afectará el derecho de defensa en juicio.**

“Toda vez que el acusado de robo, podrá centrar su estrategia defensiva en demostrar que ese día a esa hora no estaba en el lugar, donde el apoderamiento se consumó, para terminar siendo condenado por encubrimiento...cuando si la imputación hubiera sido inicialmente esa, entonces podría haber argumentado (y eventualmente ofrecido prueba) en forma totalmente diferente. No digo que inevitablemente se produzca una afectación del derecho de defensa, sino que en muchas hipótesis ello seguramente ha de ocurrir. En lo que también concluye la cita de Vélez Mariconde”.

Por último, para colocarle un adecuado Corolario a la cuestión, nos permitimos transcribir un párrafo del fallo de la CIDH en el caso “**Ramírez, Fermín vs Gua-**

²⁰ Pandolfi, op.cit., pgs.475 y ss.

temala”, de su sentencia del 20 de junio de 2005 (párrafo 65) que en sus Conclusiones sintetiza:

“De lo expuesto, se desprende sin mayor esfuerzo que es el acusador quien fija el objeto litigioso. A su vez este objeto, contenido en la pretensión, constituye una unidad indivisible entre hecho y derecho...La preservación de la identidad fáctica y normativa esencial, a lo largo del proceso, constituye una garantía fundamental irrenunciable del imputado, su tutela sigue siendo el límite de cualquier actuación oficiosa del órgano jurisdiccional!”

IX. Para peor las acusaciones pueden no solamente ser diferentes, sino incluso, contradictorias entre sí

No puede el imputado tener que defenderse de dos acusaciones diferentes, ***que hasta pueden ser contradictorias en sus términos***. Pero además, conforme las más modernas disquisiciones sobre el contenido del principio de congruencia, es obvio que el mismo incluye, como ya se vió, ***la calificación jurídica de la imputación, porque casi cualquier cambio en la calificación produce alguna repercusión en la estructura fáctica del relato***. Y por ello, termina por modificarlo. Recuérdese el clásico ejemplo de Vélez Mariconde (con la “tenencia de la res furtiva) a propósito del hurto y el encubrimiento.

La imputación fáctica podría ser la misma, pero el dolo de quien encubre receptando (delito contra la administración de justicia) y el de quien Hurta (delito contra la propiedad) es diferente y además, conjuga verbos típicos totalmente diferentes: en un caso “receptar sabiendo el origen ilícito de la cosa”, en el otro “apoderarse ilegitimamente de la cosa mueble, total o parcialmente ajena”.

A menudo, ***adoptar la decisión estratégica de defenderse de una acusación, implica renunciar o dejar de priorizar el defenderse de otra*** (vgr. ***los argumentos para defenderse de una acusación de Hurto*** -p.ej. no estuve en la ciudad donde el hecho se cometió en una determinada fecha y hora- ***lo deja al imputado inermemente frente a una acusación por encubrimiento, limitada a la receptación dolosa del objeto hurtado***. Por lo cual su tenencia -ex posto facto- convierte una acusación por hurto desestimada, en una imputación sobreviniente por encubrimiento. Como ya hemos visto. O el tantas veces resuelto jurisprudencialmente caso de las Estafas propiamente dichas y de los Abusos de confianza, donde lo que cambia, es el momento del dolo (inicial en las estafas y lastrero en los abusos). como también desaparece el ardid que provoca la disposición patrimonial perjudicial, que es sustituido por el abuso de confianza, con el mismo propósito o resultado.

Dos acusaciones pueden ser contradictorias entre sí. Y de hecho, muchas veces lo son. El ejemplo más reiterado en

la experiencia jurisprudencial actual, es el de los encuadres en Homicidio Culposo (por accidente de tránsito) y Dolo Eventual, que casi es un clásico de las disidencias en los encuadres: para el MPF, normalmente, es un Homicidio Culposo, mientras que los querrelantes, en representación de los familiares de la víctima, siempre creen percibir un dolo eventual. Y ocurre que para el imputado defenderse de dos acusaciones distintas, también en este caso, resulta una opción como la de la ruleta rusa. Ya que, si se defiende de la imputación de “Estrago doloso” con dolo eventual, podría optar por limitarse a una postura meramente pasiva, refugiándose en el argumento obvio de que: “¿Cómo iba a actuar con dolo, si nada demuestra que yo me haya querido suicidar, como que estaba en el lugar de los hechos y la inundación o el incendio, me hubiese puesto a mí también en peligro de muerte?...en cuyo caso saldrá condenado por Estrago culposo.

U otro ejemplo, casi prototípico: Sabido es que para muchos autores clásicos del Derecho Penal²¹ la culpa por imprudencia equivale a un *exceso de acción*: violación activa de las normas de cautela y culpa por negligencia es un *defecto de acción*: forma pasiva de la imprudencia, omisión de la diligencia debida, vgr. en una praxis médica.

Aquí la defensa necesitaría de una prueba “diabólica”: Si efectivamente se produjo el resultado letal, tendría que probar que no hubo imprudencia, porque en realidad, no hizo nada...pero en ese caso, se podría interpretar como que confesaría su negligencia y resultaría condenado lo mismo. O en caso contrario, tendría que probar que sí actuó, por lo que no hubo negligencia, pero en tal caso el resultado letal demostraría que hubo imprudencia. Y resultaría condenado, igual que en el caso anterior, por una

²¹ vgr. véase el Código Penal Anotado de Mario Oderigo, 2da. edición, Editorial Ideas, BsAs 1946, pg.115/166, cfr.Malagarriga II, 76, Gómez, II, 118, Díaz 1Cód.Penal Anotado, pg. 155. Y también Terragni, Marcos “El Delito Culposo”, ed.Rubinzal Culzoni, Santa Fé 1984, pgs.75/80.

²² Doctrina Penal año 11 (1988), pgs.619/633, esp.pgs.623/625 y 632/633.

de las simultáneas imputaciones *contrarias entre sí*, por las que fuera acusado. Así pues, admitir dos acusaciones, diversas y simultáneas en el mismo juicio también violenta el principio “ne bis in idem”. Como pasamos a demostrarlo.

X. La otra vertiente de la fundamentación de la Garantía

Si se admite más de una acusación, se violenta Irremediablemente el principio “ne bis in idem”

En su trabajo “Garantías Constitucionales del Derecho Procesal Penal”, Mario Magariños²² en relación al tema que nos convoca, se pregunta:

¿Qué significa “juicio previo”? A lo que el autor se responde, conforme la respuesta tradicional de la antigua jurisprudencia de la CSJN: un juicio requiere de cuatro elementos fundamentales: acusación, defensa, oportunidad de prueba de ambas partes y sentencia final, que se auto-sustente racionalmente en el análisis de esa prueba y del derecho aplicable. A poco que se lean atentamente las normas constitucionales, se advertirá que a esta definición, le faltan - al menos - dos otros elementos esenciales: *Oralidad y publicidad*. Recién entonces podremos empezar a afirmar que ese procedimiento respondería al tipo constitucional del juicio previo. Al cual, sin embargo, todavía le faltaría tratándose de un juicio criminal, *que la tal sentencia fuese dictada después de un juicio por jurados* (art.24, 75.12 “in fine” y 118 CN).

Lo interesante, es lo que sigue diciendo Magariños, luego de esta introducción, que arranca a partir del principio de legalidad, estatuido en el art.18 de la CN, y en el desarrollo de la formulación del mismo por Beccaria en 1764 y, sobre todo, por Feuerbach a comienzos del siglo XIX, quien habló además del “nullum crime y nulla poena sine lege praevia”, del “nullum crime y poena sine iudicio”, de otra consecuencia del principio. Que es lo que sigue.

Pues inmediatamente le adosa como “parte integrantes de esta garantía, lo que se ha dado en llamar **principio de congruencia, con arreglo al cual la sentencia sólo**

puede pronunciarse respecto de los hechos que han dado base a la pretensión de la parte acusadora”. Y acto seguido, insiste:

“Cabe aclarar que esta garantía de juicio previo tiene una conexión estructural muy fuerte con la garantía de la defensa en juicio; por tal motivo, algunos aspectos de ésta, conviene que sean adelantados aquí”.

Como veremos Magariños piensa -igual que Francisco Cástex-, a quien hemos mencionado más arriba a propósito de su afirmación sobre que “El principio de congruencia procesal, es un **corolario** del derecho de defensa en juicio del imputado”.

Cuando en realidad, si bien están emparentados, **el principio de congruencia procesal, es la consecuencia (no la causa o el origen) del derecho del imputado a tener que afrontar y refutar una sola acusación.** Lo que además de poner en cuestión el número de acusadores, lo que no tolera, es la diversidad de los hechos y el derecho, en el discurso acusatorio.

Y continua Magariños describiendo que la garantía de juicio previo de que goza el imputado, como condición necesaria, previa a su declaración de culpabilidad e imposición de pena, es que la acusación que procura esa sentencia condenatoria en cuestión, **debe ser formalizada como la afirmación de una cuestión penal concreta, con precisa descripción de los hechos que encuadren en los tipos penales, descritos en el Libro II del CP, e imputando al acusado, de alguna de las formas de la autoría o de la coparticipación criminal, de todo lo cual debe ponerse en conocimiento cierto, completo y concreto al imputado. Si así no se cumple, razona Magariños, no es posible la iniciación de un procedimiento, en el cual se acopia información, sin que la misma le sea razonada y claramente expuesta al imputado. A fin de que éste y su defensor técnico se encuentren en condiciones de exponer sus argumentos de hecho y de derecho.**

Y se concluye con una cita de Maier²³ “sólo un juicio - conclusión de un razonamiento fundado en premisas, representado por el acto que llamamos “sentencia”, puede estar fundado en algo; para el caso en la ley penal, previa al hecho que se juzga...el proceso, en tanto antecedente necesario del juicio, aparece como último término de la fórmula constitucional, pero su exigencia se relaciona más con las otras garantías, en cuando demandan que el juicio (y la sentencia) sean el resultado de un procedimiento imparcial **que permita al imputado, amplia oportunidad y libertad de defensa,** para influir en el juicio del Tribunal con vigencia irrestricta de las limitaciones que la Constitución impone al ejercicio de la persecución penal (incoercibilidad del imputado como órgano de prueba, **prohibición de la múltiple persecución penal,** inviolabilidad del domicilio y corres-

²³ Revista de Estudios Procesales” N° 37, año I, 2da. Época, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, may 8 de 1987, pgs.65/78.

pondencia epistolar”. Los siguientes párrafos, están dedicados a demostrar que el reconocimiento de la garantía cuya existencia propugnamos, ***también se fundamenta en otro principio que ya a esta altura de la ciencia jurídica, no se discute: la prohibición de la persecución penal múltiple.***

XI. Necesidad de legislar un nuevo supuesto de la “litis pendentia”: las acusaciones diversas simultáneas

En efecto, como intentaremos demostrar acto seguido, la subrayada prohibición, ha sido estudiada (y admitida en forma prácticamente uniforme en doctrina y legislación) en dos supuestos. Uno que se vincula con el *pasado* (acusación anterior, desestimada o sobreseída). Y que se articula como *excepción de cosa juzgada*. Y el segundo, que se vincula con el *presente*. Que se opone como *excepción de litis-pendentia*.

Pero, nos parece, que todavía no se ha advertido, que para poder defenderse adecuadamente, siendo indispensable la acusación penal **UNICA** (como surge nítidamente del tenor de las cláusulas convencionales internacionales que se refieren al tema de la garantía de la defensa en juicio penal) todas dichas cláusulas, ***se da como presupuesto SOBRENTENDIDO, que todos los requisitos que se requieren de la imputación, todos ellos sean DE UNA UNICA IMPUTACION.***

Cuando dicho pre-supuesto, es puesto en tela de juicio, no solamente por las denominadas “acusaciones alternativas” (previstas como prerrogativa de la acusación oficial) sino también por la actuación promiscua de la acusación privada (¿denominada a veces conjunta? aunque después de “Santillán” claramente “autónoma”), de lo cual se desprende que además de la proliferación de los sujetos acusadores, estamos frente a otra proliferación: la de los textos mismos de la acusación. Que es quizás más peligro-

sa, que la de los mismos acusadores...

Y entendemos que varias de las razones que hacen inadmisibles la persecución penal múltiple, son directamente aplicables para propugnar ***la inadmisibilidad de persecuciones penales múltiples, sobre la base de la admisión de discursos acusatorios alternativos y/o diferentes. Promiscuamente planteados, por los plurales acusadores.***

Para lo cual, seguiremos a Magariños en su análisis, cuando se refiere a la admitida veda de la persecución penal múltiple, significada en el “ne bis in idem”.

En efecto, esta garantía (innominada, dicen algunos), entre ellos el citado autor²⁴, proviene de la V Enmienda de la Constitución Americana, la que recogiendo el texto de las cartas de los Estados Federados, dice: “Nadie será sometido, por el mismo delito, dos veces a un juicio...”. Y ha sido reconocida expresamente como garantía innominada, por la CSJN a partir del fallo registrado en “Fallos” 248: 232, dictamen del Proc.Gral p.235, T.298, pg.736; t.300, pg.1273 y t.302, pg.210. ***Ampliándola - además - del concepto originario, que la hacía emanar del instituto de la cosa juzgada, “afirmando que ella vedaba no sólo la aplicación de una pena por un mismo hecho, sino también la reiterada exposición al riesgo de que ello ocurriera a través de un nuevo sometimiento a proceso, de quien ya lo había sido por el mismo hecho”. Es lo que se conoce en doctrina como el “double jeopardy”*** a partir del famoso precedente “Green vs U.S.” de la Corte americana de 1957.

Hay acuerdo generalizado en que la aludida garantía impide la posibilidad de realización, tanto de un procedimiento sucesivo como uno simultáneo por el mismo hecho. Y la garantía queda afectada, aunque no haya cosa juzgada de condena, si se expone a la misma persona a la persecución penal por segunda vez, por idéntica causa... Por lo que el instituto se relaciona también con la litis pendentia, “supuesto en el cual durante el curso de un proceso se inicia otro, relativo al mismo hecho ilícito, duplicándose el riesgo, pero esta vez de modo simultáneo”²⁵. Y añe-

²⁴ En las páginas 632/633 de su mencionado trabajo.

²⁵ Magariños, op.cit.,pg.632.

de Magariños “Desde mi punto de vista, **existiría un tercer supuesto ante el cual la garantía se vería afectada; me refiero a la hipótesis en la cual, durante la tramitación de un juicio se verifique la reiteración de actos procesales precluidos**”. Y añade en nota “esta idea pareciera estar presente en la doctrina de “Fallos 272-188, 298-50 y 300-112 entre otros”.

Nos preguntamos por nuestra parte:

¿Estaremos acaso muy errados, **si postulamos que en realidad, hay un cuarto supuesto, emparentado con el tercero que enuncia Magariños, que ocurriría también simultáneamente, con las “denominadas acusaciones alternativas”...Las cuales no necesariamente provienen del mismo órgano (como es el caso del art.335 del Código de la Provincia de Buenos Aires), sino que pueden provenir una del acusador particular y otra del acusador público?**

Esta acusación promiscua, no se puede tornar inocua por vía de la excepción de “litis pendencia”, puesto que se tramita en la misma “litis” o “lite” (así en el Diccionario de la Real Academia) y alude a “pleito” o “litigio”, pero la resonancia que la primera palabra provoca, es la del “litis-consorcio” y sobretodo “litis-contestatio” **y este último concepto nos parece que sí, es inequívocamente ajeno a las relaciones jurídicas que genera un proceso penal.** (Aunque a muchos amigos partidarios de la teoría única del proceso, no les guste esta forma de pensar...)

Pero ocurre que **las causas que median para acoger una excepción de “litis-pendencia”, son las mismas que mediarían, para impedir que siga adelante un proceso en el cual el imputado, deba defenderse simultáneamente, de dos acusaciones no sólo diferentes, sino que -como ya hemos visto- hasta podrían ser diametralmente, distintas**²⁶. Las cuales, como es fácil imaginárselos, dificultan en grado sumo la estrategia defensiva.

Así que parecería que -salvo que en el proceso penal hubiese una excepción más (que precisamente existe en el proceso civil) que es la de **“defecto legal en el modo de proponer la demanda”**-, no se ve cuál sería el método para resistir -desde la defensa del imputado- **este desborde acusatorio que genera la imposibilidad de ejercer el derecho de defensa del imputado. Todo lo cual es generado por la proliferación de las acusaciones y de los acusadores...** Lo cual algunos lo estamos viendo como la Octava Plaga Bíblica...Y otros (Daniel Pastor) hablan de la “deriva neopunitivista”...

XII. La cuestión está vinculada con quiénes serán los Sujetos procesales penales del futuro

Los sujetos del conflicto penal primario, son el imputado y la víctima. Pero ¿y los delitos que no tienen víctima?²⁷, allí

²⁶ Vgr. una acusación por delito culposo, en el cual el Fiscal sostuviese que el galeno debió haber adoptado una actitud expectante, en vez de lo cual practicó una operación quirúrgica, mientras que la víctima arguyese, que hizo bien en operar, pero tendría que haberle extirpado otro órgano...En un caso así, ¿cómo hace para defenderse el imputado?

²⁷ En realidad, si no tienen “víctima” no deberían ser delitos...pues no quedaría afectado el principio de lesividad. Pero aludimos a tantos delitos de “pura infracción” como pueden serlo los de tenencia o algunos de peligro abstracto...

tendría su lugar el Fiscal. En el primer caso, sería el abogado de la víctima a su pedido. Pero hay casos de bienes jurídicos mixtos, otros que tienen víctimas colectivas, otros donde “no hay víctima” (delitos de pura infracción). La cuestión pasaría por analizar el Libro II del CP y hacer una clasificación que permita una discriminación adecuada. Para ver en qué delitos debe actuar el Fiscal (o bien como abogado de la víctima, o bien si ésta privatiza la acción, directamente el Fiscal se retira) en qué otros tiene que necesariamente representar el interés social (a través de la acción penal pública). Esto también supone una especialización del Ministerio Público Fiscal en diversas agencias, lo cual resulta indispensable.

En los delitos del Libro II del Código Penal. Primera aproximación a una clasificación. Tripartita. Primer grupo, preeminencia del interés social. Segundo grupo, preeminencia del interés de la víctima (o sus sucesores cercanos). Tercer grupo, litis-consorcio obligatorio, donde en relación a las disidencias intra-consorciales, hay varias posibilidades resolverá el Superior del Ministerio Público (la alternativa, es la privatización de la acción penal: prevalece la opinión de la víctima, pero el Ministerio Público desiste de la acción penal pública y el acusador pasa a ser lisa y llanamente privado) o mejor aun, el Juez o Tribunal del Procedimiento Intermedio (obviamente ajeno al Tribunal de Juicio).

XIII. El “non liquet”

Por otra parte, las acusaciones “alternativas” o “disyuntivas” han proliferado en algunos textos legales (como el vigente de la Provincia de Buenos Aires), que han creído encontrar una solución ingeniosa al problema de la “aparición del Hecho Diverso” durante el curso de la etapa sumarial (lo que se sana con una nueva requisitoria de

instrucción y el reinicio de la investigación sobre esta base) o en el curso del juicio (lo cual acarrea la mayor masa de problemas) con soluciones al estilo del art.389 del Código Cordobés de 1991, también adoptado en Tucumán, Santiago del Estero y Catamarca, o la aparición de estas acusaciones “alternativas”. También se aduce, con cita de Maier, en alguna ponencia del XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en Mar del Plata en noviembre de 2007, y en la norma del Art. 263, III del Proyecto de 1986, como en el trabajo del mismo autor, en los Cuadernos IV y V de Ad-Hoc sobre doctrina y jurisprudencia de 1997. Sobre todo se invoca esta “solución” como superadora del “non liquet” que produciría la aplicación del “Hecho Diverso”.

Ahora bien, no creemos que esto sea así. Y pasamos a analizar por qué.

Según el Black’s Law Dictionary, 70^o Edition, Bryan A.Garner, Editor in Chief, West Group, St.Paul, Minn. 1999, pg.1078 la expresión del epígrafe significa:

“1. Civil law. The principle that a decision-maker may decline to decide a dispute on the ground that the matter is unclear. Even British judges formerly sometimes said *Non liquet* and found for the defendant.

“2. International Law. A tribunal’s nondecision resulting from the unclarity of the law applicable to the dispute at hand. In modern usage, the phrase appears almost always in passages stating what a court must not do: tribunals are routinely disallowed from declaring a non liquet”

Maier fundamenta la conveniencia de las acusaciones alternativas (tomadas de la Ordenanza Alemana) en el citado artículo de los “Cuadernos...”²⁸. Esta última cita, no es del propio Maier, sino de la ponencia de Gustavo A. Dalma y María Fernanda Ceballos, en el XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal (vid “Libro del Congreso - Ponencias...” ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fé 2007, pg.817 y ss.)

El texto del art.263, III Proyecto 1986 decía: “El Ministerio Público podrá indicar alternativamente aquellas circunstancias del hecho que permiten encuadrar el comportamiento del imputado en una figura pe-

²⁸ vid “Acusación Alternativa o Subsidiaria” en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año III, Nos.4 y 5, Ad-Hoc BsAs 1997, pg.621/633 (esp.627) y Derecho Procesal Penal t.1 “Fundamentos” 2da.reimpresión, 2da. edición, BsAs 2002, ed.Del Puerto, pag. 603

nal distinta de la ley penal, para el caso de que no resulten demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la correcta defensa del imputado”

En la Pg.624 del mencionado artículo, dice Maier, apartándose de una postura previa, a la que califica como un error de juventud²⁹.

“Es una exageración -y también un error- la exigencia de los tribunales de que la acusación coincida con -sea correlativa a- el auto de procesamiento...La única función real que cumple el *auto de procesamiento, como la declaración del imputado durante la instrucción* (sea a su propio pedido o compulsivamente) se refiere a las medidas de coerción a adoptar. El auto de procesamiento -o su opuesto contradictorio: la falta de mérito- resuelve la impugnación originaria, también en un primer momento, para sobre él fundar o evitar eventuales medidas de coerción en contra del imputado: la declaración del imputado, precisamente, constituye un medio de defensa, la primera manifestación del *derecho a ser oído* antes de que se ordene una medida que puede afectarlo...Se dice por ello que el procesamiento es el *presupuesto material* de cualquier medida de coerción, como a su vez la oportunidad de que el imputado sea oído, es el *presupuesto formal* del procesamiento. De tal manera, la acusación (requerimiento de remisión a juicio) no debe, necesariamente, coincidir con el procesamiento en cuanto al hecho que describe: puede agregarle o quitarle elementos o, incluso, puede apartarse considerablemente de él, por descripción de un hecho distinto...”.

Me pregunto: ¿Es posible, que si alguien es indagado -esto es- se le oye para que se defienda de la imputación de un determinado hecho, después se le puede dictar auto de Procesamiento y por ende Prisión Preventiva, por otro diferente? ¿Cómo no se advierte que la forma de razonar del texto transcrito, conduce a que el “presupuesto material” de la coerción preventiva (auto de procesamiento), no coincida con el “presupuesto formal” del procesamiento (intimación de la indagatoria)?

Y parece una regla lógica inquebrantable (por violar los Principios Lógicos de identidad y tercero excluido) que el presupuesto formal de una proposición lógica, no puede ser inconciliable, incongruente o incompatible, con el presupuesto material de otra deducida de la primera. Si después de la primera citación a indagatoria (forzada o espontánea) el hecho “intimado” varía, pues entonces, para empezar de nuevo, hay que volver a requerir (para que el “iudex” no actúe “ex officio”, lo que el mismo autor, precisamente califica de “extremadamente autoritario” al analizar el art.389 del Código Cordobés de 1991 nota 7 de pg.627). Dicho sea de paso, esta norma innovadora cordobesa, elimina la vieja distinción de

²⁹ vid nota 2 pg.624 ibidem en este tema, preferimos a Julio joven...

los códigos inquisitivo reformados entre “Hecho Nuevo” (reiteraciones en un Delito Continuado o circunstancia meramente agravante) con el “Hecho Diverso”, que es absolutamente diferente del originario y que nuestro admirado autor, sin embargo, “elogia” y al cual por mi parte, lo encuentro repugnante al derecho de defensa en juicio del imputado). Quien recién se viene a enterar en la discusión final, de qué se le acusa, aunque se le dé el premio consuelo de poder declarar de nuevo, ofrecer alguna prueba, pero siempre dentro del escaso plazo de caducidad del juicio.

Lo que no resulta respetuoso ni de los derechos que le confieren el art.18 de la CN y las normas convencionales internacionales que rigen en nuestro país.

Es decir, que si hubiese diferencias fácticas y/o normativas trascendentes, la única forma de “sanear” la etapa investigativa, sería después de la nueva requisitoria de instrucción (para que haya intervención del poder requirente) una nueva citación a indagatoria, con la nueva imputación y por ende, un nuevo auto de procesamiento. Si la intimación de la indagatoria, recogida en el auto de procesamiento es diferente de la que luego quedará asentada en el requerimiento de elevación a juicio, es más que claro que quedará afectado el derecho de defensa en juicio.

Y nos parece que no obsta a tal conclusión, que -teóricamente- el imputado tenga “oportunidad” de pedir una ampliación de su declaración indagatoria (derecho éste al que no se le puede obligar a recurrir, para preservar la integridad de su derecho de defensa). **Ello -además- si tenemos presente que este trámite ocurre actualmente en el procedimiento inquisitivo reformado, durante el término de la oposición a la elevación (cuyo plazo sumamente exiguo, es respetado para la vista a la**

defensa, aunque raramente para que se expida el Ministerio Público), o de hacerlo durante el Debate.

Así como la acción humana supuestamente delictuosa, debe ir sorteando los filtros de la teoría de la imputación objetiva (tipicidad, culpabilidad, etc.) en el análisis de la verificabilidad (en el lenguaje de Ferrajoli usado por Binder) así el derecho de defensa en juicio del imputado, comienza cuando éste adquiere ese carácter y su derecho a conocer lo que se le imputa, nace ANTES -MUCHO ANTES- DE QUE LA CAUSA LLEGUE AL JUICIO. Y debe ser respetado a través de todo ese periplo de verificación,

Una pequeña ojeada al texto de los Pactos Internacionales o al Tomo II del *Programma de Carrara*, que al fin y al cabo sobre esta materia dicen lo mismo, así lo confirma. Es pues a nuestro juicio erróneo e inconstitucional, el tratamiento igualitario del “Hecho Diverso” que se hace en el art.389 del código cordobés de 1991, homologándolo con el anterior “Hecho Nuevo” (vid arts.381 y 401 2º párrafo CPPN)

Pero -sobretudo- es de hacer notar que el propio Maier, cuyas expresiones ya hemos consignado en su artículo de 1997, quien en la pág.602 de los Fundamentos, T.I, BsAs 2004, 2da.edición, 3ra. Reimpresión, Editores Del Puerto SRL parece haber rectificado su criterio así expuesto, ya que en la obra citada en segundo término dice:

“Por estas razones, se ha concordado en que la fórmula correcta (del “ne bis in eadem”) debe impedir la persecución penal, simultánea o sucesiva por un mismo hecho” lo cual significa que el imputado tiene derecho a defenderse de **UNA ACUSACION PENAL UNICA, GARANTÍA ESTA QUE A SU VEZ, COLISIONA ABIERTAMENTE CON LA POSIBILIDAD DE ACUSACIONES (O REQUERIMIENTOS DE ELEVACIÓN A JUICIO)³⁰ SUBSIDIARIAS O DISYUNTIVAS.**

Por último, si en oportunidad de dictar sentencia, el Tribunal advirtiese que el Hecho finalmente imputado es “diverso” (art.401 del CPPN), no habrá tal “non liquet”, pues como ya lo expresase la evolución jurisprudencial cordobesa, a propósito

³⁰ Que en el lenguaje de la CSJN in re “Quiroga” tiene dos momentos complementarios: a) el requerimiento de elevación a juicio; b) la acusación “propiamente dicha” efectuada en el acto de la discusión final del debate.

del viejo art.414 “in fine”, del Código de 1939, que comenzada en Núñez³¹ (postulaba meramente que “se debe remitir el proceso al Agente Fiscal en turno, para que si lo considera procedente, requiera la instrucción o pratique la instrucción sumaria...” evolucionó a la que fue finalmente consagrada en la postura adoptada por el TSJ de esa Provincia (véase su fallo en el Semanario Jurídico del 19-6-1984, p.6, **que requería, precisamente para evitar el “non licquet”, que el imputado fuese absuelto (o Sobreseído) del cargo originariamente imputado.**

Lo que está impecablemente fundado en el voto del entonces vocal de aquel Tribunal Superior, el Dr. José Ignacio Cafferata Nores³². Con el expreso apoyo de la cita de Claría Olmedo, Derecho Procesal Penal, Lerner, Córdoba 1984, t.I, pg.161. Y ello, porque el “non licquet” estaba implícita, pero claramente prohibido por la norma del art.5 del Código aludido.

Así pues, que las “acusaciones alternativas” no solucionan el problema del “hecho diverso” y menos aun, de una sentencia “non licquet” que en ningún caso se origina. Si el Tribunal, como corresponde, absuelve por el Hecho originario, por el cual la causa fue llevada a juicio.

XIV. La “disponibilidad” de los bienes jurídicos protegidos, como criterio para la determinación de si deben prevalecer los criterios de la víctima o del representante de la sociedad organizada (Fiscal)

Como lo enseña el Profesor Enrique Casas Barquero³³:

“Son múltiples las posibilidades de que dispone la persona que otorga el consentimiento para hacer **reducir la intervención penal, tanto en un plano sustantivo, como procesal.** De un lado, pueden subrayarse hipótesis de perdón por parte del ofendido o de la persona agraviada, a fin de extinguir la acción penal (art.443 CP Español, en los delitos de abuso deshonesto, estupro o rapto) o bien la iniciativa procesal (arts.25 y 117 CP)...En otro orden de cosas, también es procedente hacer referencia a una serie de figuras delictivas que no pueden cometerse si no es con la cooperación y consentimiento de varias personas. Se trata de supuestos en los que constituye un elemento fáctico integrante en la descripción típica delictiva, dicha cooperación o consentimiento, con un alcance diverso”.

“Podemos así encontrar casos, en los cuales no cabe hablar de participación criminal, cuando realmente sólo puede darse la existencia de un solo autor...nos referimos a determinadas tipificaciones delictivas creadas para proteger a la persona ante determinadas actuaciones consentidas por ella y de la que siendo partícipe necesario ha de considerarse su actuación impune. Por ejemplo, ello sucede en el delito de préstamos usurarios... Otros casos similares, cuando se trata de proteger el estado civil de las personas y

³¹ Código Procesal Penal Anotado, ed.Lerner, Córdoba 1986, pg.387

³² Cafferata Nores, José I. “Temas de Derecho Procesal Penal”, Ed.Depalma, BsAs, 1988, pg.258/265, esp.259, punto III.

³³ Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Córdoba, España, Doctrina Penal año 11, (1988) Pgs.213 sgtes.: “La importancia del consentimiento en la Teoría General del Delito”.

de la familia (supresión, suposición de estado civil y bigamia...). En otros casos (aborto de la mujer) el consentimiento atenúa su responsabilidad penal. Pero aquí, en orden a lo que nos interesa (forma de reconocer legitimidad como sujeto procesal a la víctima o al MPF, el caso no tiene trascendencia: se tratará de un caso en el cual prevalecerá el interés social). Al menos, mientras el aborto voluntario de la mujer, siga siendo criminalizado.

El quid de la cuestión, es los efectos del consentimiento de la víctima, que se pueden dividir en dos grupos: El primero en el cual el consentimiento es excluyente de la tipicidad y en el otro caso, en el cual el consentimiento es excluyente de la antijuridicidad. Como causa de justificación³⁴.

Como ejemplos del primer grupo, están aquellos supuestos "en los cuales del mismo contenido literal del tipo objetivo, se extrae que la acción típica ***habrá de dirigirse contra la voluntad del sujeto pasivo... La presencia del consentimiento, excluye la tipicidad.*** Y ello ocurre a su vez, en dos casos distintos³⁵.

El primer caso, ***figuras delictivas en las cuales junto a la existencia de un bien jurídico se protege la libertad de disposición (vgr. delitos de hurto, violación y allanamiento de morada). En el segundo, se trata de que precisamente el bien jurídico protegido, es la libertad de disposición (vgr. delitos de detenciones ilegales, coacciones y delitos contra la libertad en general). En estos supuestos, si hay conformidad, es decir, si falta oposición del sujeto pasivo con la realización de la conducta descrita, no se tipifica una conducta conminada.***

Así desaparece la lesividad de la conducta. En otros casos, que en nuestro país están legislados en el art.73 del CP (acciones penales privadas) sólo el impulso del damnificado permite la incoación del proceso y su impulso exterior. ***La in-existencia del impulso excluye -de factum- el injusto, pese a que el bien jurídico esté objetivamente lesionado.***

Siguiendo al autor, diremos que aunque ciertas familias de delitos, como los del título VI del Libro II, los "Delitos contra la Propiedad" en los cuales, resulta ***condición subjetiva indispensable, para que el hecho sea típico, que la acción desarrollada por el sujeto activo, sea contra la voluntad del damnificado. Verbigracia, todos los delitos contra la propiedad, son "invito domino"***³⁶, es decir, ***contra la voluntad del dueño. Cometido uno de estos delitos, que son de acción pública (pensamos que el Hurto debería ser de acción privada) parecería que en la discriminación de qué voluntad prevalece para determinar la acusación, es obvio que sería la de la víctima. Pese a que su voluntad no implica -en todos los casos- convertir en atípica una conducta descrita en las normas penales.***

Ello así, porque entre las figuras descriptas a partir del art.162, y hasta el 185 CP, el problema, es que existen muchas que además de defender el Bien Jurídico Protegido Primario (enunciado en el Título) ***hay también bienes jurídicos secundarios, que pese a no ser los que caracterizan el título, son de una importancia muchas veces superior a las del Bien Jurídico Principal. Por ejemplo, el Hurto, el Robo, el Robo a Mano Armada, el Homicidio Cometido en ocasión de un robo (latrocinio), el Robo Calamitoso,*** etc. Ahí habrá que discriminar muy fino.

Para ver en qué casos prevalecerá absolutamente la voluntad de la víctima (vgr. el Hurto) el de la sociedad (vgr. el Homicidio Calificado) o el supuesto del litis consorcio forzoso (víctima-MPF), con decisión jurisdiccional en caso de imposibilidad o incompatibilidad, por parte del Juez que ejerza el control de la etapa intermedia.

³⁴ Casas Barquero, op.cit., con cita de Geerds vid pg.215.

³⁵ cfr.Francisco Muñoz Conde, Teoría general del delito", Temis, Bogotá 1984, pg.121 y Santiago Mir Puig, Derecho General, Parte general P.P.U., 2da. Edición, 1985, pgs.446 y ss.

³⁶ véase Núñez, Ricardo C. "Delitos contra la propiedad", Ed.Bibliográfica Argentina, BsAs, 1951, pg.28)

Y la posibilidad de que la defensa, plantee ante el Juez del Procedimiento Intermedio la cuestión vía excepción de defecto legal en el modo de proponer la acusación o elevación a juicio.

Estas últimas ideas -apenas esbozadas- son me parece, abrir un rumbo para una investigación ulterior en un campo que quizás resulte propicio, para seguir imaginando el futuro de esta disciplina del proceso penal, a la cual le estamos dedicando este pequeño trabajo.

Cipolletti, Noviembre de 2009

Preocupante sanción a un defensor oficial en el ejercicio de su magistratura

Mario Alberto Juliano*

Puede afirmarse que el indicador del grado de realización del estado de derecho en nuestra región está dado por la autonomía del poder de la Defensoría Pública en comparación con las otras agencias del sistema penal. Poco importan códigos procesales acusatorios y jueces técnicamente formados, si carecen de defensa idónea quienes más la necesitan. Allí donde la Defensoría Pública es poco menos que una oficina virtual, donde abogados recargados con una misión de imposible cumplimiento se esfuerzan por tratar de hacer lo que pueden, olvidados por quienes prefieren disputar el poder y el presupuesto para otras agencias siempre más poderosas y mejor conceptuadas por una comunicación que explota y fomenta la venganza, desgraciadamente el estado de derecho será muy débil, si es que no ha sido reemplazado directamente por el poder arbitrario del estado policial. El estado de derecho sólo podrá considerarse mínimamente respetado cuando la defensa pública –que se ocupa de los menos poderosos o de los directamente desapoderados- tenga el mismo poder y la misma jerarquía que el ministerio de la acusación, pero, por supuesto, a condición de que sobre ninguno de ambos ponga su zarpa ninguna agencia ejecutiva

Eugenio Raúl Zaffaroni, “Las ideas básicas en la relación Defensa Pública – Estado de Derecho”

1. El Caso

El 8 de Junio de 2005 el Tribunal en lo Criminal N°2 del Departamento Judicial Azul, dictó sentencia en una causa por Homicidio, resolutorio que ha trascendido rápidamente en los ámbitos tribunalicios, suscitando curiosidad y no poca preocupación en operadores judiciales de la Provincia de Buenos Aires y del resto del país, ello en la medida que con lo decidido podría verse seriamente afectado el derecho de defensa en juicio en general y particularmente la posibilidad de los defensores de ejercitar su magisterio con la libertad y la determinación que esa noble y sacrificada tarea requiere.

En lo que aquí interesa, según se desprende del contenido de la sentencia en análisis, resulta que en el curso del debate oral y público del juicio de referencia compareció a prestar declaración un testigo que tenía su identidad reservada, circunstancia ante la cual el Tribunal dispuso desalo-

* Juez del Tribunal en lo Criminal N°1 del Departamento Judicial Necochea.

jar la sala de audiencias, incluido el propio imputado (lo cual motivó la protesta del Defensor) para que el mismo diese su versión de los hechos a puertas cerradas, impidiendo que se conociese la identidad del testigo.

Sin embargo, llegado el momento de los alegatos, el señor Defensor Oficial Adjunto identificó en su discurso, con su nombre y apellido, al testigo de identidad reservada, lo cual generó la inmediata réplica del Fiscal, quien solicitó el procesamiento del Defensor por la comisión del delito de “Incumplimiento de los Deberes del Funcionario Público”, por haber revelado la identidad protegida.

En punto a la cuestión, el Tribunal entendió que la actitud del Defensor constituyó “por lo menos” una conducta, ya que el Tribunal había decidido escuchar la declaración bajo esa forma (bajo reserva de identidad) para proteger al testigo ante las amenazas que denunciara haber recibido de parte de allegados del imputado. Sigue diciendo el colegiado que lo obrado por el Defensor fue “innecesario” ya que no respetó lo que se había resuelto a ese respecto.

Finalmente, como consecuencia de todo ello se termina resolviendo sancionar al Defensor con “apercibimiento” en los términos de lo dispuesto por el art. 349 del CPPBA (Ley 11.922), comunicar y remitir copia al Defensor General Departamental Interino y al Procurador General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y remitir los antecedentes al Fiscal en turno Departamental para que se investigue la comisión de los delitos de Incumplimiento de los Deberes del Funcionario Público y Desobediencia en que pudiere haber incurrido el Dr. Martín Alberto Marcelli.

Tal como se podrá advertir, las consecuencias sufridas y amenazadas no son pocas.

2. El testimonio de identidad reservada en la Provincia de Buenos Aires

El testimonio de “identidad reservada” tiene recepción legislativa en la Provincia de Buenos Aires en el art. 59.2 de la Ley 11.922 (Código Procesal Penal), que asigna como facultad del Agente Fiscal la de oír: “...a quien afirmara su condición de víctima o de damnificada por el hecho, así como a todas las personas que pudieren aportar elementos para el eficiente ejercicio de la acción penal. Las actuaciones tendrán carácter reservado y quien se presente, en las condiciones consignadas en este inciso, podrá requerir al funcionario interviniente la estricta reserva de su identidad, cuando motivos fundados así lo justifiquen”

Por su parte la Ley Orgánica del Ministerio Público (12.061) establece en su artículo 40 lo que sigue: “Protección a la víctima y protección a los testigos. El Ministerio Público Fiscal arbitrará los medios para proteger a quienes por colaborar con la administración de justicia corran peligro de sufrir algún daño”.

En principio, válido es decir que es político criminalmente correcto que el Estado arbitre medidas tendientes a proteger a los testigos de las consecuencias que les puede traer aparejado el cumplimiento del deber cívico de hacer saber a las autoridades competentes el conocimiento de las cosas que pudieran haber caído bajo la directa acción de sus sentidos, medidas dentro de las cuales se encuentra justificada la “reserva de identidad”.

Es este un modo de evitar que la acción criminal medre con la intimidación de aquellos ciudadanos que con el aporte de sus conocimientos pudieran contribuir a la dilucidación de los delitos, frustrando la acción de la justicia.

De acuerdo a la legislación y jurisprudencia internacionales, la reserva de identidad de los testigos ha sido ideada principalmente en los casos de criminalidad compleja, tráfico internacional de sustancias estupefacientes, niños, mujeres y personas en virtual estado de esclavitud, terrorismo y delitos relacionados con el poder, lo cual es lo mismo que decir que en nuestro país se utiliza bastante poco o nada (dicho esto último con sorna y tristeza), ya que el sistema penal argentino difícilmente llega a esos estratos de la criminalidad.

Para asignar la reserva de la identidad y la eventual protección del Estado es preciso que los motivos que se argumentan para requerirla tengan suficiente entidad como para colocar en peligro la seguridad y/o integridad personal o familiar del interesado, ya que en su defecto se correría el riesgo que todos los testigos que tienen que declarar en causa criminal reclamasen esa condición, ya que nunca es cómodo ni gracioso tener que comparecer ante un estrado de justicia a inculpar a un tercero, y en definitiva, nunca se podría afirmar que no se corra el riesgo de una represalia.

No obstante aparecer como comprensible y justificada la necesidad de la protección de los testigos y su eventual “reserva de identidad”, no puede dejar de señalarse que una mecánica de esta índole colisiona en forma decidida con principios fundamentales del “debido proceso legal” (derecho a la

defensa, contradicción, inmediación con la prueba, preservación del estado de inocencia, publicidad), y en forma específica con principios centrales del sistema acusatorio que rigen al enjuiciamiento bonaerense (oralidad, igualdad de armas, control en la producción de la prueba), razón por la cual dicha restricción probatoria debe encontrarse sujeta a razonables limitaciones que disminuyan su impacto con las bases constitucionales señaladas.

En esta misma dirección del pensamiento se ha pronunciado el prestigioso Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal del Colegio de Abogados y Procuradores de Neuquén, en ocasión que se sometiese a su consideración un Proyecto de Ley sobre “Protección de Testigos y Recompensas”, oportunidad en la que sostuvo: *“Los institutos proyectados son de aquellos que nos enfrentan con situaciones límites o críticas, en las que las tensiones entre la investigación y las garantías procesales se agudizan. De allí que la mirada debe ser necesariamente crítica, para detectar si la posterior interpretación de las normas puede conducirnos por caminos que el propio legislador no imaginó que jurisprudencialmente se podían recorrer. Sólo de este modo se puede evitar que los instrumentos no se transformen en nuevas realidades innecesariamente represivas o antigarantistas. Que no puede desconocerse que tanto el sistema de protección de testigos, referido concretamente a la protección de la identidad, como el sistema de recompensas, son dos institutos que tensionan fuertemente con las garantías constitucionales. De allí la necesidad de una razonable y acabada demostración empírica de su necesidad en el marco de nuestra realidad”*.

Volviendo a la Provincia de Buenos Aires, la Ley 11.922 ha dispuesto como regla general que los imputados por la comisión de un delito sean juzgados en “juicio oral y público” (art. 169 Constitución Provincial), ocasión en la cual el representante del Ministerio Público Fiscal deberá exponer toda la prueba con que cuente para sustentar la Acusación, mientras que el imputado –debidamente asistido por un Defensor– tendrá el derecho a controlar la prueba de cargo y con-

tradecirla cuando así lo estime conveniente. En este sentido, es notoriamente contrario con el sistema de enjuiciamiento bonaerense (y con cualquier sistema de enjuiciamiento que responda a las pautas programáticas de la Constitución Nacional) el secreto de las actuaciones, mucho más aún el secreto de la prueba de cargo, lo cual enerva la posibilidad de ejercitar en forma acabada, eficaz y conducente el derecho de defensa en juicio.

Dicho ello y sentadas las bases para la materialización de un debido procesal legal ajustado a los requerimientos constitucionales, la “reserva de identidad” de los testigos protegidos debe cesar -por lo menos- al momento de rendirse la prueba, es decir, en el juicio oral y público, ocasión en la cual el imputado y su defensor deben conocer completamente los datos filiatorios de aquél testigo que lo incrimina, que es la única forma posible de poder defenderse de su embate (por ejemplo: sosteniendo que ese individuo no se encontraba en el lugar de los hechos al momento de su ocurrencia, o que tiene una relación con la víctima que lo puede tornar parcial en sus dichos, o que, por el contrario, tiene manifiesta enemistad con el imputado y por ende certeras posibilidades de querer perjudicarlo, o que tienen juicios pendientes, o tantas otras posibilidades que puede indicar la práctica forense).

Es decir, resultaría dificultoso poder defenderse de un fantasma, de un individuo sin rostro.

“Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria, por otro lado, la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación, en segundo lugar, que se admita su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio, de los expedientes judiciales y de las pericias al interrogatorio del imputado, desde los reconocimientos hasta las declaraciones testimoniales y los careos” (Luigi Ferrajoli, “Derecho y Razón”, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pág. 614).

Pero además -y fundamentalmente- la reserva de la identidad del testigo debe ceder ante la necesidad de defenderse porque el derecho a la defensa en juicio tiene inquestionable alcurnia constitucional (art. 18 C.N.), mientras que la restricción probatoria (aún siendo merecedora de la protección que tiene) no reviste igual jerarquía, de tal modo que ante el conflicto y la tensión entre ambos derechos debe privilegiarse al reconocido por la Ley de los Argentinos.

Prácticas de esta naturaleza (la incriminación mediante pruebas secretas y desconocidas para el imputado, como los testigos de identidad ignorada) fueron una moneda corriente en las épocas del Santo Oficio de la Inquisición, pero en modo alguno pueden ser admitidas por la justicia del Estado de Derecho, que no puede tolerar la realización

de la justicia “a cualquier precio” ni de cualquier modo. Los razonamientos precedentes no quitan admitir que el peligro y la amenaza para el testigo puedan continuar una vez concluida la declaración y finalizado el juicio, circunstancias en las cuales debería recurrirse a cualesquiera de los Programas de Protección de Testigos (cambio de identidad y domicilio, traslado a otro punto geográfico, custodias especiales, medidas cautelares) que, por ejemplo, se encuentran previstos por las leyes 25.095, 25.241 y 25.764, conciliando –como corresponde– los intereses de los testigos con los de los sujetos sometidos al proceso penal.

Aunque –convengamos– lo cierto es que las estadísticas no demuestran la existencia de represalias masivas contra testigos una vez que los mismos han prestado su declaración y ha desaparecido el motivo que podía generar la coacción, de tal modo que a veces los excesos de celo tribunalicio aparecen como desmedidos e injustificados.

De cualquier modo, sea de la forma que sea, el Estado de Derecho no puede resistir que se oculte al imputado de un delito la identidad de los testigos de cargo bajo el pretexto que se quiera emplear, impidiéndole controlar y controvertir sus dichos sobre bases ciertas y concretas, circunstancias en las cuales cualquier acción de la justicia se tornaría espuria e ilegítima.

María Fernanda López Puleio (“Justicia Penal y Defensa Pública. La Deuda Pendiente”, en Defensa Pública. Pena y Estado, año 5 nro 5, publicación del INECIP, Buenos Aires, 2002) tiene dicho que: *“Es a través del principio de contradicción que se cumple con la estricta jurisdiccionalidad del juicio. La confrontación entre acusación y defensa está garantizada normativamente, además de por la separación entre juez y acusación, por el control y participación del acusado en la actividad de formación y discusión de las pruebas, que sólo pueden garantizarse mediante su defensa técnica (nulla probatio sine defensione)”*.

3. La problemática de la sentencia.

El decisorio en cuestión es merecedor de las siguientes observaciones:

1) Con la sentencia que se comenta, los jueces que la dictaron han entendido que el Defensor Oficial transgredió una prohibición legal. No de otro modo se le pudo haber aplicado una sanción (el apercibimiento), propiciar el resto de las medidas que pudieran adoptar el Defensor General Departamental y la Procuradora de la Corte (para ello y no para otra cosa se les comunica lo ocurrido), ordenando inclusive su procesamiento por la posible comisión de los delitos de Incumplimiento de los Deberes del Funcionario Público y Desobediencia.

Discrepo con que pueda existir veda legal alguna para que el Defensor mencione el nombre y el apellido del testigo que hasta ese entonces había mantenido su identidad reservada. Podremos coincidir si ontológicamente hablando está bien o mal que el defensor nombre al testigo de identidad reservada en su discurso final, pero en lo que no podremos disentir es en que no esta prohibido ni sancionado por la ley materializar dicha conducta, ya que *“Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”* (art. 19 C.N.).

De donde, –consciente o inconscientemente– la sentencia crea “ley general”, imponiendo al Defensor Oficial (magistrado con acuerdo senatorial de igual rango y jerarquía que un juez) una obligación (guardar reserva sobre la identidad de un testigo al momento del alegato de bien probado) que no se encuentra prevista en ningún ordenamiento legal y que por ende no puede tener consecuencia alguna para quien ejecute esa conducta, mucho menos de la naturaleza aflictiva de las que se han dispuesto.

2) Al impedir al imputado conocer la identidad del testigo de identidad reservada (que en sustancia, de eso es de lo que se trata), por vía indirecta se deroga la posibilidad del “careo” (art. 362 C.P.P.), medio legítimo con que cuenta el imputado para confrontar versiones encontradas a la suya propia y a sus intereses.

No sólo eso. De mantenerse la reserva de la identidad del testigo en forma indefinida e ilimitada, nos encontraríamos en presencia de un individuo que contaría con

un “bill de indemnidad” para mentir, ya que su versión de los hechos no podría ser confrontada con la de otros testigos (mucho menos con la del imputado), eliminándose por carácter transitivo la posibilidad de su procesamiento por el delito de falso testimonio, ya que tampoco se podrían proporcionar sus datos filiatorios para que se lo investigase.

A mayor abundamiento y continuando el desarrollo de esta línea de pensamiento, el testimonio de quien declara bajo reserva de identidad haría plena fe en sus dichos, *iure et de iure*, por la misma circunstancia de no poder ser confrontado el órgano emisor (el testigo) con otras personas.

3) Se genera una notoria merma en la motivación de las sentencias al no individualizar a los testigos que han prestado su declaración, impidiendo a las partes y a las instancias ulteriores, la correcta y adecuada revisión del pronunciamiento.

¿De qué modo se individualizaría en sentencia al testigo de identidad reservada? ¿como el señor de bigotitos con pantalón de jean? La sentencia entiende que resuelve esa cuestión individualizando al testigo de identidad reservada, justamente como “el testigo de identidad reservada”. ¿Pero que sucedería en el caso que los testigos de identidad reservada fuesen más de uno? ¿se los numeraría?

Honestamente no veo el modo que en una sentencia se pueda motivar un voto sin indicar en forma clara y precisa, con nombre y apellido, la prueba que se emplea, tanto para una condena como para una absolución, pudiendo incurrirse en transgresión al art. 171 de la Constitución Provincial, que ordena que las sentencias se encuentren fundadas.

4) No llega a advertirse cuál sería el interés (bien jurídico) afectado con el discurso del Defensor que devela la identidad del testigo protegido.

Por cierto, tal como se desprende de la sentencia definitiva, resulta que el acusado resultó absuelto del delito que se le imputaba. Siendo ello así: ¿subsistían los motivos de las personas que presuntamente habían amenazado al testigo que perjudicaba al imputado con su declaración? Todo hace pensar en una respuesta negativa, de donde la reserva de la identidad se convertiría en una cuestión meramente abstracta y la sanción en un exceso de celo, sancionatoria por la desobediencia misma.

Pero no sólo eso, según se desprende del texto de la propia sentencia, resulta que el Tribunal habría adoptado la decisión de mantener la reserva de identidad del testigo ante las amenazas que éste habría recibido de parte de “allegados” del imputado. De haber sido ello así tampoco se advierte la efectividad de la aludida reserva, ya que lo cierto es que la identidad del testigo cargoso era perfectamente conocida por parte de aquellas personas que presuntamente tendrían el propósito de intimidarlo, de donde la “reserva” en cuestión constituiría un mero formalismo.

5) Al sancionar al Defensor con un “apercibimiento” en forma directa y sumárisima, se transgrede el derecho del Defensor a defenderse.

Aunque lo precedente pueda parecer un juego de palabras, lo cierto es que representa una verdadera paradoja de graves consecuencias para quien debe sufrirlas, como lo es que no se permita al defensor el derecho de ser oído en su descargo y se lo sancione con un apercibimiento por una presunta inconducta.

Podría aducirse que el art. 349 del C.P.P. no contempla un mecanismo específico para la aplicación de las medidas disciplinarias que allí se prevén, pero esa omisión no puede derogar las bases constitucionales del derecho a ser oído y defenderse, de donde es incuestionable que el Defensor Oficial, magistrado de esta Provincia, debió tener la oportunidad de hacer sus descargos previo que se lo sancionase.

6) Resta equidistancia, objetividad y ecuanimidad que el Tribunal se haga eco de la solicitud de la contraparte para que se procese al Defensor por la presunta comisión de un delito, ordenando la remisión de los antecedentes al Fiscal en turno para que se instruya la causa respectiva.

Si el Fiscal entendió que el Defensor cometía un delito en el ejercicio de su magistratura, contaba por sí solo con autoridad, autonomía e independencia suficientes como para promover la acción penal pertinente, sin necesidad de solicitar la intermediación del Tribunal de juicio, ni este debió involucrarse en la cuestión, limitándose a cumplimentar la función para la cual estaba llamado por la ley (dar la sentencia en un proceso por homicidio), lo cual aparece como más propio del sistema acusatorio de enjuiciamiento.

7) Finalmente, la sanción misma y la amenaza de las potencialmente sobrevinientes constituyen una grave restricción para el ejercicio actual y futuro de la magistratura de la defensa en la persona del afectado.

En este sentido no puede olvidarse que los “Principios Básicos sobre la Función de los Abogados”, aprobados por el 8vo Congreso de las Naciones Unidas so-

bre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, estableció en su punto 20 que: “Los abogados gozarán de inmunidad civil y penal por las declaraciones que hagan de buena fe, por escrito o en los alegatos orales, o bien al comparecer como profesionales ante un tribunal judicial, otro tribunal u órgano jurídico o administrativo” y en el 16 que: “Los gobiernos garantizarán que los abogados: a) puedan desempeñar todas sus funciones profesionales sin intimidaciones, obstáculos, acosos o interferencias indebidas... y c) no sufran ni estén expuestos a persecuciones o sanciones administrativas, económicas o de otra índole a raíz de cualquier medida que hayan adoptado de conformidad con las obligaciones, reglas y normas éticas que se reconocen a su profesión”.

4. El derecho a la defensa en juicio

No debe existir país civilizado de la tierra, ni tratado, convención, pacto, constitución o ley que no consagre en forma amplia y completa el derecho de defensa en juicio. Es más, es probable que este derecho constituya una de las garantías esenciales del hombre frente al inconmensurable poder punitivo estatal, sin el cual no podría concebirse persecución criminal alguna. Redundar sobre ello resultaría ocioso a esta altura de la cultura jurídica adquirida, motivo por el cual me abstendré de hacer citas legales que son archiconocidas y podrían resultar tediosas.

Sin embargo, lo que sí interesa destacar es que salvo excepciones (la de la defensa material ejercida por sí mismo) no es concebible la defensa en juicio sin un asesoramiento técnico adecuado a las circunstancias, convirtiéndose el abogado en la viva voz e imagen del imputado, constituyendo el único compromiso del defensor la defensa de los intereses que le han sido confiados.

Dicho ello y regresando al juicio de la sentencia que se comenta, el Defensor Oficial no tenía otra alternativa que poner en el conocimiento de su defendido la filiación del testigo de “identidad reservada”. Lo contrario hubiese supuesto una claudica-

ción ética y legal inconcebible para el ejercicio de la defensa que seguramente colocaría al Defensor al borde mismo de la mala praxis, ocultándole a su representado los verdaderos y completos alcances de una pieza que podría decidir su suerte en el proceso.

Imaginemos la situación concreta. Concluida la declaración del testigo con reserva de identidad el Defensor tendría que entrevistarse con su representado (que ha permanecido marginado de la sala de audiencias) y transmitirle que hay un señor “x” que lo acusa de haber cometido el delito. Cae de su propio peso que en forma inmediata el imputado preguntaría al defensor de quién se trata esa persona, ya que nadie mejor que él mismo podrá saber si el testigo en realidad conoce algo de los hechos o lo está imputando en forma falsa o antojadiza.

La negativa del defensor a revelar a su representado la identidad del testigo de cargo colocaría al procesado en un verdadero estado de indefensión, dejándolo inerme y desprotegido frente a la acusación que se le dirige, sin posibilidades de delinear estrategia defensiva alguna.

Es también tradicionalmente aceptado y admitido que la jurisdicción debe exteriorizar un especial respeto y comprensión con la difícil y sacrificada tarea de los defensores, máxime en estos tiempos donde campea la intolerancia y la transgresión de los derechos individuales es una moneda corriente, y particularmente cuando la defensa oficial debe soportar sobre sus espaldas la enorme demanda de la inmensa mayoría de los “clientes” del sistema penal (los pobres, los excluidos, los marginados).

Ejercicio de la defensa que necesariamente implica vehemencia y apasionamiento, golpear las puertas que se cierran, trajinar incansablemente, consustanciarse con los dramas de los demás, ser solidario y comprensivo, cualidades estas de las cuales puede dar suficientes muestras la Defensa Oficial de la Provincia de Buenos Aires en general, y el Dr. Martín Alberto Marcelli en particular, de lo cual doy testimonio personal.

Ihiering nos desafiaba hace casi dos siglos a luchar por el Derecho, afirmar las convicciones en la legalidad como único modo de conseguir una sociedad más justa e igualitaria, lo que en nuestros días puede ser traducido en la necesidad cotidiana de evitar la consagración de las iniquidades, intentar que el poder de la ley no sea puesto al servicio de las injusticias, reafirmando para ello la irrestricta vigencia de las garantías y de las libertades.

La decisión del Tribunal en lo Criminal N°2 de Azul ha sido desafortunada y notoriamente desproporcionada, augurando para lo futuro que la defensa en general, y el Dr. Martín Alberto Marcelli en lo particular, puedan salir indemnes de esta verdadera encrucijada, sobrellevando con la dignidad que lo caracteriza la pesada carga que se le ha

impuesto por el celoso y apasionado ejercicio de su magistratura. Termino con palabras de Stella Maris Martínez, actual Defensora General de la Nación: “Conforme con esta visión consideran al imputado como el objeto de la investigación, negando su calidad de titular de derechos, incluido el derecho a defenderse; estos magistrados, aunque no lo puedan expresar libremente, están íntimamente convencidos de que la defensa es un mero estorbo, cuya actuación es absolutamente innecesaria, molestia que apenas merece que se la soporte estóicamente, toda vez que ellos son garantía más que suficiente de que el inocente será absuelto y el culpable recibirá un digno castigo.

Fieles a esta creencia suelen maltratar a los defensores, descalificarlos, presionarlos, en un sistemático manejo de poder, huérfano de toda justificación. Claro está que estos jueces adhieren a concepciones vetustas, a contrapelo de los principios que alientan el sistema acusatorio, cuyas garantías prolijamente describen los instrumentos de derechos humanos; son magistrados que siguen embarcados en una cruzada ‘por hacer justicia’, omnipotentes e inaccesibles, ignorantes de que el único papel que dignifica la labor judicial es el de erigirse en custodios de las garantías” (“Defensa Pública, Derecho del Pueblo”, en Defensa Pública, ya citada).

Trata de personas con fines de explotación

Julieta Di Corleto

¹ El Estado argentino ratificó ambos instrumentos a través de la ley 25.632. Además del Protocolo de Palermo, otros instrumentos de derechos humanos contienen disposiciones que tienden a combatir la trata, entre los cuales se destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 1, 2, 4, 22, 23 y 25), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2, 3, 7, 8, 9, 12, 14, 23 y 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2, 3, 6, 7, 10, 11 y 12), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 2, 6, 9, 11, 12, 14, 15 y 16), la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 7, 16, 19, 28, 31, 32, 34, 35, 36, 37 y 39), el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía (arts. 1, 2, 3 y 8), el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados (arts. 1 a 4), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (arts. 1, 3, 13 y 14), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (arts. 2, 5 y 6), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares, el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en particular el inciso c) del

I. Introducción

En los últimos años la Organización de Naciones Unidas ha denunciado el crecimiento de la trata de personas en razón de las difíciles condiciones de vida en los países menos desarrollados. Una de las respuestas al crecimiento de esta forma de criminalidad fue la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, instrumento más conocido como Protocolo de Palermo¹.

Si bien es difícil cuantificar el fenómeno de la trata, un informe publicado por Naciones Unidas estableció que en 2006 se habían detectado más de 21.400 víctimas en los 111 países que brindaron información sobre este tema. Un dato relevante es que, de los casos informados, el 66% de las damnificadas fueron mujeres, 13% niñas, 12% varones y 9% niños; y el 79% de las víctimas fueron objeto de explotación sexual².

En la Argentina, no hay datos disponibles que permitan establecer con seguridad la cantidad de personas sometidas a trata, su porcentaje en razón del sexo, y la forma de explotación sufrida³. Al respecto, sólo es posible aventurar que los casos que llegaron al sistema penal son una muestra mínima de un problema que ha adquirido grandes dimensiones⁴. En este contexto, la sanción de la ley 26.364 sobre “Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a las Víctimas” es reflejo de la voluntad del Estado de cumplir con el deber emanado del Protocolo de Palermo de adoptar medidas para prevenir y reprimir la trata de personas⁵.

La ley sobre “Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a las Víctimas” incorpora a nuestro ordenamiento jurídico nuevos tipos penales que pretenden abarcar todos los eslabones de la cadena de la trata. Bajo el título “Delitos contra la Libertad”, la ley 26.364 incorporó al Código Penal los artículos 145 bis y ter que reprimen la trata de personas mayores y menores de dieciocho años, derogó los artículos 127 bis y 127 ter y reformó el artículo 41 ter⁶. Como parte de un proyecto legislativo que tiene como objetivo abordar el problema de forma integral, la ley 26.364 también modificó el artículo 33 del Código Procesal Penal de la Nación⁷, y los artículos 119 y 121 de la Ley de Migraciones⁸.

art. 7.1 y el inciso c) del artículo 7.2), la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud (arts. 1, 3, 5, 6 y 7). En el ámbito interamericano se debe destacar a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará” (art. 2.b).

² Cf. U.N.O.D.C., Informe Mundial sobre la Trata de Personas. Resumen Ejecutivo, febrero de 2009, disponible en http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Executive_summary_spanish.pdf, visitado por última vez el 23 de julio de 2010.

³ U.F.A.S.E., “Diagnóstico preliminar y plan de trabajo para el delito de trata de personas de la Unidad Fiscal para la Asistencia en la Investigación de Secuestros Extorsivos y Trata de Personas”, en Nuevo escenario en la lucha contra la trata de personas en la Argentina Herramientas para la persecución del delito y asistencia a sus víctimas, O.I.M., 2009, p. 37, disponible en http://www.mpf.gov.ar/Accesos/Ufase/publicacion_O.I.M._MPF.pdf, visitado por última vez el 23 de julio de 2010.

⁴ La información producida por la U.F.A.S.E. también da cuenta de que el 51% de la explotación registrada es sexual y el 34%, laboral. Asimismo, de los casos judicializados, el 67 % de las víctimas fueron mujeres. Cf. U.F.A.S.E., Informe Anual 2009, disponible en www.mpf.gov.ar

⁵ En el artículo 5 del Protocolo de Palermo prescribe: “Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 del presente

De acuerdo con información brindada por la Jefatura de Gabinete de Ministros, en Argentina, desde la sanción de la ley hasta el 31 de mayo de 2010, los casos que llegaron a la justicia permitieron rescatar 753 personas víctimas de trata (578 mayores y 175 menores de edad); en los 509 procedimientos llevados adelante se detuvieron a 543 acusados de formar parte de los eslabones de trata; pero sólo se dictaron cinco condenas firmes⁹.

Como se verá en esta presentación, la ley comentada es un importante avance normativo en la persecución de la trata. Sin embargo, las agencias encargadas de su aplicación enfrentan diversos obstáculos relacionados con su interpretación y su efectiva implementación. A la luz de estas problemáticas, en la sección III analizaré los principales problemas interpretativos que contiene la ley; y en la sección IV haré referencia a algunas de las herramientas legales previstas para la investigación de este delito. Previa a ello, en el acápite II presentaré en términos formales cuál es la definición de trata de personas con fines de explotación escogida por el legislador.

Protocolo, cuando se cometan intencionalmente.2. Cada Estado Parte adoptará asimismo las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito: a) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, la tentativa de comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo; b) La participación como cómplice en la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo; y c) La organización o dirección de otras personas para la comisión de un delito tipificado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo”.

⁶ El art. 127 bis establecía: “El que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de menores de 18 años para que ejerzan la prostitución, será reprimido con reclusión o prisión de 4 a 10 años. La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuere menor de trece años. Cualquiera que fuese la edad de la víctima, la pena será de prisión o reclusión de 10 a 15 años cuando mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyuge, hermano, tutor o persona conviviente o encargado de su educación o guarda”. El artículo 127 ter prescribía: “El que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de una persona mayor de 18 años para que ejerza la prostitución mediando engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, será reprimido con reclusión o prisión de tres a seis años”. El actual artículo 41 ter establece: “Las escalas penales previstas en los artículos 142 bis, 145 bis, 145 ter y 170 de este Código podrán reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los partícipes o encubridores que, durante la sustanciación del proceso o antes de su iniciación, proporcionen información que permita conocer el lugar donde la víctima se encuentra privada de su libertad, o la identidad de otros partícipes o encubridores del hecho, o cualquier otro dato que posibilite su esclarecimiento. En caso de corresponder prisión o reclusión perpetua, podrá aplicarse prisión o reclusión de ocho (8) a quince (15) años. Sólo podrán gozar de este beneficio quienes tengan una responsabilidad penal inferior a la de las personas a quienes identificasen”.

⁷ En la actualidad, el artículo 33, CPPN dispone: “ El juez federal conocerá: 1°) En la instrucción de los siguientes delitos: (...) e) Los previstos por los artículos 142 bis, 145 bis, 145 ter, 149 ter, 170, 189 bis (1), (3) y (5), 212 y 213 bis del Código Penal”.

II. La definición de trata de personas con fines de explotación

Luego de un intenso debate parlamentario que evidenció las dificultades existentes para diseñar una fórmula legal adecuada, el legislador definió la trata como violatoria de la libertad personal, aun cuando en alguna de sus modalidades también importe la vulneración de la integridad sexual o la integridad física de la víctima.

La nueva legislación se ajusta a lo establecido por el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente Mujeres y Niños, en tanto contempla dos hipótesis delictivas con sus respectivas agravantes: la trata de personas mayores de edad, y la trata de personas menores de dieciocho años¹⁰. La trata de personas mayores de edad fue incluida

en el artículo 145 bis del Código Penal, que establece:

“El que capture, transportare o trasladare, dentro del país o desde el exterior, acogiere o recibiere personas mayores de dieciocho años de edad, cuando mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, con fines de explotación, será reprimido con prisión de tres a seis años”.

Las agravantes de esta figura pautan una pena de cuatro a diez años de prisión para los supuestos en los que el autor fuere ascendiente, cónyuge, afín en línea recta, hermano, tutor, persona conviviente, curador, encargado de la educación o guarda, ministro de algún culto reconocido o no, o funcionario público; el hecho fuere cometido por tres o más personas en forma organizada; o las víctimas fueran tres o más.

La trata de personas menores de 18 años fue incluida en el artículo 145 ter del Código Penal que prescribe:

“El que ofreciere, capture, transportare o trasladare, dentro del país o desde o hacia el exterior, acogiere o recibiere personas menores de dieciocho años de edad, con fines de explotación, será sancionado con prisión de cuatro a diez años. La pena será de seis a quince cuando la víctima fuere menor de trece años”.

En este supuesto, la escala punitiva se extiende de diez a quince años cuando además de la minoría de edad, se sumare el engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tuviera autoridad sobre la víctima; cuando el autor fuere ascendiente, cónyuge, afín en línea recta, hermano, tutor, persona conviviente, curador, encargado de la educación o guarda, ministro de algún culto reconocido o no, o funcionario público; el hecho fuere cometido por tres o más per-

⁸ El artículo 15 de la ley 26.364 establece: “Sustitúyese el artículo 119 de la Ley N° 25.871, por el siguiente: Artículo 119: Será reprimido con prisión o reclusión de dos (2) a ocho (8) años el que realice las conductas descriptas en el presente capítulo empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de la necesidad o inexperiencia de la víctima”. Por su parte, el artículo 16 de la ley de trata dispone: “Sustitúyese el artículo 121 de la Ley N° 25.871, por el siguiente: “Artículo 121: Las penas establecidas en el presente capítulo se agravarán de cinco (5) a quince (15) años cuando se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de los migrantes o cuando la víctima sea menor de edad; y de ocho (8) a veinte (20) años cuando el tráfico de personas se hubiere efectuado con el objeto de cometer actos de terrorismo, actividades de narcotráfico o lavado de dinero”.

⁹ Mariana Carbajal, “La Argentina levantó la nota”, en Página 12, 15 de junio de 2010, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-147617-2010-06-15.html>, visitada por última vez el 15 de julio de 2010.

¹⁰ El artículo 3° del Protocolo de Palermo establece: “Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata

de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado; c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo; d) Por “niño” se entenderá toda persona menor de 18 años”.

¹¹ Cf. notas n° 5 y 10.

¹² Se han detectado supuestos en los que el desconocimiento del autor del hecho sobre la minoría de edad de la víctima llevó a su desvinculación del proceso. Cf. C. Ap. Fed. Córdoba, “Pérez, Alejandro Samuel y otra p/ trata de personas”, rta. 22/04/2010.

¹³ El fin de reducción a la servidumbre remite al delito previsto en el artículo 140, CPN; el fin de explotación laboral remite al artículo 140 y 142 bis, CPN, al artículo 35 de la Ley de Trabajo a Domicilio 12.713, y a los artículos 116, 117 y 118 de la Ley de Migraciones. Por otra parte, el fin de explotación sexual encuentra relación normativa con los artículos 125bis, 126, 127, 128 y 142 bis, CPN, el artículo 17 de la Ley de Profilaxis 12.331; y finalmente, la finalidad de extracción de órganos exige la consulta de los artículos 79 y 91, CPN y la Ley de Trasplante de Órganos y Tejidos 26.066 y Ley de Sangre 22.990. Al respecto, cf. Documento elaborado por la U.F.A.S.E., disponible en www.mpf.gov.ar, visitado por última vez el 23 de julio de 2010.

¹⁴ En el mismo sentido, Marcelo L. Colombo y María Alejandra Mángano, “El con-

sonas en forma organizada; o las víctimas fueran tres o más. Establecida la definición legal, en las próximas secciones se analizarán los problemas interpretativos que acarrea la figura, así como también las herramientas procesales que el legislador previó para los operadores del sistema penal.

III. Los problemas de interpretación que presenta la ley 26.364

El artículo 5 del Protocolo de Palermo establece el deber de los Estados de tipificar penalmente la trata de personas con fines de explotación, para lo cual remite al artículo 3 del mismo instrumento¹¹. Al igual que en el orden internacional, en el ámbito interno, la definición de trata de personas estuvo sometida a intensos debates, algunos de los cuales aún no se encuentran zanjados. En función de ello, en esta sección se presentarán las discusiones vinculadas con la interpretación de la finalidad de explotación, del consentimiento de la víctima, del alcance de los medios comisivos, y finalmente, sobre la relación concursal de la trata con otros tipos penales.

III.a. Los fines de explotación de la trata: la esclavitud moderna

Bajo los lineamientos del Protocolo de Palermo, la ley 26.364 define como explotación cualquier supuesto en que se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre; se la obligare a realizar trabajos o servicios forzados; se promoviere, facilitare, desarrollare o se obtuviere provecho de su comercio sexual; o se practicare la extracción ilícita de sus órganos o tejidos humanos. De

sentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal”, disponible en <http://www.mpf.gov.ar/>, visitado por última vez el 23 de julio de 2010.

¹⁵ El 79% de la explotación registrada es sexual y el 18%, laboral. Al respecto, cf. UNODC, Informe Mundial sobre la Trata de Personas..., ob. cit. La jurisprudencia producida en los tribunales federales acusan el mismo resultado, en el sentido de que existen más casos de trata para la explotación sexual. De todos modos, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el Informe de 2005 de la Relatora Especial sobre Trata de Personas hay un número considerable de víctimas de la trata a las que se somete a explotación laboral en el servicio doméstico, la agricultura, la construcción, la pequeña manufactura y otras actividades de la economía sumergida...”. Cf. O.N.U., Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, 22 de diciembre de 2004, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/169/31/PDF/G0416931.pdf?OpenElement>, consultado por última vez el 19 de julio de 2010.

¹⁶ Dorchen A. Leidholdt, “Prostitución y trata de mujeres”, disponible en dgroups.org/file2.../PROSTITUCION_Y_TRATA_DE_MUJERES.pdf, visitado por última vez el 24 de julio de 2010. La discusión no es menor ya que también se plantea cuando se pretende diferenciar la violencia sexual de otro tipo de violencia. Sobre los orígenes y desarrollo de este debate, cf. Julieta Di Corleto, “La construcción legal de la violencia contra las mujeres”, en Justicia, Género y Violencia, Julieta Di Corleto, comp., Ed. Librería, Buenos Aires, en prensa.

acuerdo con la fórmula legal la trata de personas es un delito que requiere como ultra-intención el fin de explotación. Como toda figura dolosa, el error sobre algunos de los elementos del tipo llevará a la atipicidad de la conducta¹².

Con corrección, se ha dicho que la finalidad de explotación remite a diferentes previsiones legales en función del objetivo perseguido por el autor¹³. La ley ha optado por una definición de trata que, en términos de la escala punitiva, equipara a todas las formas de explotación previstas. Tal como está regulado, el núcleo del delito consiste en colocar a una persona en situación de esclavitud, aun cuando dicha privación de la libertad pueda adquirir particulares características vinculadas con lo laboral, lo sexual o con la ablación de órganos¹⁴.

Una vertiente de la teoría legal feminista ha cuestionado el hecho de que la trata con fines de explotación sexual no esté regulada en el orden doméstico en una figura penal independiente. De acuerdo con información de Naciones Unidas, la explotación sexual es la forma de trata de personas detectada con más frecuencia¹⁵, la cual afecta de manera diferencial a las mujeres. Los defensores de una figura de explota-

ción con un enfoque especial centrado en el sexo sostienen que las fórmulas legales que equiparan los efectos de una y otra explotación ocultan que la sexualidad es la raíz de la subordinación de género, y encubren los severos efectos que acarrea la explotación del sexo¹⁶. Una discusión similar se planteó durante la redacción del Estatuto de Roma, ya que las organizaciones de mujeres abogaron por que se incluyera expresamente el crimen de esclavitud sexual y prostitución forzada, aunque en la escala punitiva no existieran diferencias. El objetivo era resaltar que la esclavitud sexual es un crimen de género, en tanto tiende a explotar el rol tradicional de las mujeres como proveedoras de determinados “servicios”: matrimonio forzado, servidumbre doméstica o actividad sexual forzada¹⁷.

Con independencia de esta discusión, en el derecho internacional, la trata, incluso aquella centrada en el comercio del sexo, es englobada por el concepto de esclavitud. Así la Relatora Especial sobre la Trata de Personas de Naciones Unidas ha establecido:

“La trata representa la negación de prácticamente todos los derechos humanos: el derecho a la libertad, la integridad y la seguridad de la persona; el derecho de no ser sometido a torturas ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; el derecho a la libertad de circulación; el derecho a fundar un hogar y una familia; el derecho al mayor nivel posible de salud; y el derecho a la educación”¹⁸.

En similar sentido, el Comité de la CEDAW ha dicho que el trabajo forzado de las mujeres es una forma contemporánea de esclavitud, y que la trata de mujeres viola el artículo 6° de la CEDAW. De la misma manera, el Comité de Derechos Humanos ha establecido que la trata de personas, incluso la realizada con fines de explotación sexual, constituye una violación al artículo 8° del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos¹⁹.

Asimismo, en forma reciente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que la trata de personas constituye una violación al artículo 4° de la Convención

¹² Cf. Amnistía Internacional, *Cómo utilizar el derecho penal internacional para impulsar reformas legislativas que incorporen la perspectiva de género*, Madrid, 2005, p. 22. El Estatuto de Roma establece que la esclavitud sexual requiere que el autor haya ejercido uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, como comprarlas, venderlas, prestarlas o darlas en trueque, o todos ellos, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad, como trabajos forzados y la reducción de una persona a una condición servil. Esta conducta incluye la trata de personas, en particular la trata de mujeres y niños. Además, exige que el autor haya hecho que esas personas realizaran uno o más actos de naturaleza sexual.

¹³ Cf. O.N.U., Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, E/CN.4/2005/71, 22 de diciembre de 2004, en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/169/31/PDF/G0416931.pdf?OpenElement>

¹⁴ Al respecto, cito a través de Interights, “E.C.H.R. Rantsev v. Cyprus, Interights written submission”, en http://www.interights.org/app/webroot/userimages/file/Rantsev_brief_%20FINAL_%2029October2008.pdf, visitado por última vez el 24 de julio de 2010.

²⁰ La sentencia ha sido calificada como histórica, en razón de que el Tribunal Europeo modificó su jurisprudencia sobre la interpretación del concepto “esclavitud”. En efecto, en el precedente *Siliadin v. France*, sentencia del 26 de julio de 2010. En este caso, el T.E.D.H. interpretó el vocablo “esclavitud” contenido en el artículo 4 de la Convención Europea teniendo como referencia la Convención sobre la Esclavitud de 1926. Según esta definición, la esclavitud requería el ejercicio de un derecho de propiedad y la reducción de la persona a la condición de “objeto”. En *Siliadin*, el Tribunal concluyó que el trato sufrido por el demandante ascendía a la servidumbre y trabajo forzoso u obligatorio, pero no a esclavitud.

²¹ La sentencia del órgano europeo se basaba en los siguientes hechos. Oxana Rantseva, una joven rusa, ingresó a Chipre con una visa de bailarina para cabaret. Después de escapar del lugar donde trabajaba, el empleador de Rantseva acudió a la policía para que la deportaran. La policía, en lugar de adoptar el procedimiento previsto para la deportación, entregó a Rantseva a su empleador. Horas después, la joven fue encontrada muerta, junto con sus pertenencias, debajo del balcón del departamento de su empleador. Las autoridades de Chipre no investigaron en forma exhaustiva la posibilidad de que Rantseva hubiera sido víctima de explotación sexual, así como tampoco consideraron como hipótesis que ella hubiera querido escapar saltando por el balcón, luego de haber sufrido una fuerte golpiza.

²² Debe destacarse que el Estatuto de Roma define a la esclavitud como el ejercicio de los atributos del derecho de pro-

Europea sobre Derechos Humanos²⁰. En su sentencia en el caso *Rantseva v. Chipre y Rusia*, el Tribunal fijó las obligaciones positivas de todos los Estados para combatir la trata, entre las que incluyó la prevención, la adopción de un marco legislativo adecuado, la investigación efectiva de los hechos, y la adecuada protección de la víctima²¹. Con remisión al precedente *Prosecutor v. Kunarac* del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, el Tribunal Europeo entendió que el concepto tradicional de “esclavitud” ha evolucionado hasta abarcar otras formas contemporáneas de esclavitud. Para evaluar si se está ante este fenómeno el Tribunal Penal Internacional resolvió que se debe determinar si el agresor controló la libertad ambulatoria o el medio ambiente físico, si ejerció un control psicológico, si tomó medidas para impedir o disuadir el escape, o si controló de alguna forma la sexualidad o impuso algún tipo de trabajo forzoso²².

Por su parte, el Tribunal Europeo concluyó:

“...la trata de seres humanos, por su propia naturaleza y finalidad de la explotación, se basa en el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad. Se trata a los seres humanos como mercancías que se compran y se venden y son sometidos a trabajos forzados, generalmente con un pago exiguo o sin pago alguno, generalmente en la industria, pero también en otros ámbitos. Esto conlleva una estrecha vigilancia de las actividades de las víctimas, a quienes a menudo se les limita su libertad de circulación. También implica el uso de violencia física y psicológica contra las víctimas, quienes viven y trabajan en pésimas condiciones. No cabe

propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños (art. 7.2c). La versión en inglés utiliza el vocablo “trafficking”, por lo que la traducción correcta debería ser “trata de personas”.

²³ Cf. T.E.D.H., *Rantseva vs. Chipre y Rusia*, sentencia del 7 de enero de 2010, párrs. 281 y 282. El artículo 4 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos dispone: “La expresión «trata de seres humanos» designa la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de personas mediante amenazas de recurrir a la fuerza, recurso a la fuerza o cualquier otra forma de obligación, mediante raptos, fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad o mediante la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena o bien otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos sobre la lucha contra la trata de seres humanos”.

²⁴ El resaltado me pertenece.

²⁵ Para un análisis exhaustivo de esta discusión cf. Kara Ambranson, “Beyond Consent, Toward Safeguarding Human Rights: Implementing the United Nations Trafficking Protocol”, en *Harvard International Law Journal*, Vol. 44, Nº 2, 2003, ps. 473-502. La versión castellana puede consultarse en Justicia, Género y Violencia, Julieta Di Corleto, comp.,

duda de que el tráfico pone en peligro la dignidad humana y las libertades fundamentales de sus víctimas y no puede considerarse compatible con una sociedad democrática y los valores expuestos en la Convención. En vista de su obligación de interpretar la Convención en función de las condiciones actuales, el Tribunal no considera necesario determinar si el tratamiento sobre el que el demandante se queja constituye “esclavitud”, “servidumbre” o “trabajo forzoso u obligatorio”. La Corte concluye que la trata de personas, tal como está definida en el artículo 3 (a) del Protocolo de Palermo y en el artículo 4 (a) de la Convención de Lucha contra la Trata de Personas, está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4 de la Convención Europea de Derechos Humanos²³.

En síntesis, el derecho internacional establece que, con independencia de su finalidad, la trata de personas es una violación a los derechos humanos que puede ser definida como una forma moderna de esclavitud. En consecuencia, las definiciones de esclavitud presentadas en los informes y precedentes elaborados por los órganos de aplicación de los instrumentos internacionales

Ed. Librería, Buenos Aires, en prensa. También se puede consultar, Joe Doezeza, “¡A crecer! La infantilización de las mujeres en los debates sobre «tráfico de mujeres»”, en *Trabajador@s del sexo Derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*, Raquel Osborne ed., Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2004.

²⁶ Dando preeminencia al artículo 2 de la ley 26.364 cf. Alejandro Cilleruelo, “Trata de personas para su explotación”, en *La Ley* 2008-D-781.

²⁷ El artículo 1 de la citada convención establece: “A los fines de la presente Convención se entiende que:

1. La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos. 2. La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos”.

²⁸ El artículo 1 establece: “Cada uno de los Estados Partes en la Convención adoptará todas aquellas medidas legislativas o de cualquier otra índole que sean factibles y necesarias para lograr progresivamente y a la mayor brevedad posible la completa abo-

constituyen una guía para la interpretación de los delitos previstos en los artículos 145 bis y ter, CPN.

III.b. El debate sobre el consentimiento en la trata de personas mayores de edad

Uno de los primeros obstáculos interpretativos que presenta la ley sobre “Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a las Víctimas” gira en torno al concepto de consentimiento. En su artículo 2°, la ley define la trata de personas mayores de edad de la siguiente manera:

“Se entiende por trata de mayores la captación, el transporte y/o traslado—ya sea dentro del país, desde o hacia el exterior—, la acogida o la recepción de personas mayores de dieciocho años de edad, con fines de explotación, cuando mediere engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, *aun cuando existiere asentimiento de ésta*”²⁴.

Sin embargo, en su artículo 10, la ley 26.364 tipificó la trata de personas mayores de dieciocho años prescindiendo de la frase “aun cuando existiera asentimiento de la víctima”. Reflejo de una discusión dada en el momento de la sanción del Protocolo de Palermo²⁵, las diferencias de redacción entre los artículos 2 y 10 de la misma ley se han vuelto problemáticas, y validan el debate sobre cuál es el alcance de la omisión del asentimiento en la previsión penal²⁶.

En razón de los equívocos que genera, la definición legal de la trata de personas incluida en el artículo 145 bis del Código Penal ha sido criticada por varias organizaciones no gubernamentales. Al respecto se ha dicho que la legislación no se ajusta a los principios abolicionistas prescriptos en la Convención sobre la Esclavitud de 1926²⁷, la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956²⁸, la Convención contra la Trata de Personas y Explotación de

lición o el abandono de las instituciones y prácticas que se indican a continuación, dondequiera que subsistan, les sea o no aplicable la definición de esclavitud que figura en el artículo 1 del Convenio sobre la Esclavitud, firmado en Ginebra en 25 de septiembre de 1926: a) La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios;

b) La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición; c) Toda institución o práctica en virtud de la cual: i) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas; ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera; iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona; d) Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o

la Prostitución Ajena de 1949²⁹, y la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer³⁰, para los cuales el consentimiento de la víctima es irrelevante en la configuración del delito, incluso para personas mayores de edad. De acuerdo con esta interpretación, la ley sancionada no garantizaría una eficaz persecución del delito, y tampoco aseguraría una adecuada protección para las víctimas mayores de dieciocho años. Respecto de ellas, al exigir la verificación de un “engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra”, la ley habilitaría la investigación sobre un dato que es irrelevante en la realidad material de las personas damnificadas. Según esta posición, la solución a este descuido legislativo es, por un lado, que el Protocolo de Palermo sea aplicado en la medida en que armonice con los tratados mencionados y, por el otro, no tener en cuenta los límites de edad propuestos por la ley: la trata de personas con fines de explotación no tiene que establecer diferencias de edad, y los medios comisivos previstos en el artículo 145 bis del Código Penal sólo tienen

por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven”.

²⁹ El artículo 1 establece: “Las Partes en el presente Convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: Concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona; Exploitare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona”.

³⁰ El artículo 6 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer”.

³¹ Dentro de este grupo se destaca la posición de los Diputados Hugo Acuña, José Brillo y Eugenio Burzaco, quienes propusieron: “no precisar los medios comisivos sino establecer que sea por cualquier medio, con lo que se quita el problema de que sea la víctima la que deba probar el delito o desmentir los dichos del tratante. Proponemos una definición única teniendo en cuenta que la edad y los medios deberían ser agravantes y no constitutivos de la figura penal”. También se puede rescatar la posición de la Diputada Claudia F. Gil Lozano quien propuso: “no incorporar a la definición los medios comisivos, en que el tipo penal debe ser amplio e incluir definiciones mínimas y también en que el delito de trata no debe ser definido desde la edad de la víctima. Sí deben ser consideradas las situaciones especiales de vulnerabilidad pero no en la definición sino en los agravantes, en las medidas procesales y también en las políticas de asistencia, protección y contención, que nada tienen que ver con el Código Penal”. Cf. “Antecedentes Parlamentarios de la Ley 26.364”, Cámara de Diputados, Orden del día 76/2008.

³² Esta posición se puede extraer de Emilio García Méndez, María Eva Asprella y Analía Ploskenos, “El problema del consentimiento en el Delito de Trata de Personas”, en *Se trata de nosotras. La trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual*, M. de las Mercedes Islas y Laura Demarco comps., Las Juanas Editoras, Buenos Aires, 2008, p. 284.

que operar como agravantes de una única figura básica.

Esta discusión había llegado al recinto parlamentario donde se reflexionó sobre la posibilidad de consentir la trata para la explotación en general, y la trata para la explotación sexual en particular³¹. Así, por ejemplo, el Diputado Emilio García Méndez hizo hincapié en que el ordenamiento jurídico argentino ha hecho ilegal la ablación de órganos, la reducción a servidumbre y la esclavitud, pero no la prostitución. En esta línea, García Méndez se ocupó de distinguir entre una persona que ejerce un trabajo sexual y otra que es víctima de un explotador, y cuestionó una eventual redacción que permitiera a los tribunales caracterizar como “no consentidas” las decisiones “libres” de mujeres que se involucraron “voluntariamente” en la industria sexual³². Para García Méndez, desde el Estado debería primar la defensa de los derechos laborales de las prostitutas, y no la criminalización e “infan-

tilización” de las mujeres que la ejercen³³. En función de ello, para distinguir la explotación sexual del libre ejercicio de una actividad laboral, el consentimiento juega un papel fundamental³⁴.

La referencia del parlamentario especialista en niñez es potente. Sin embargo, desde otro extremo del debate se pueden escuchar las voces de quienes, desde la teoría legal feminista, denuncian que la prostitución es una forma de violencia inscripta en una sociedad donde prevalece la dominación masculina. En el marco de una teoría más amplia que parte de reconocer una situación estructural de dominación, se sostiene que para justificar la prostitución se apela a la supuesta autonomía de las víctimas, pero ello no hace más que enmascarar y acentuar la explotación. La prostitución no requiere de una coerción física abierta o de amenazas verbales ya que el sistema en el que se desenvuelven los empresarios de la industria del sexo es naturalmente coercitivo³⁵. Desde este extremo de la discusión, la prostitución promueve, impulsa y reproduce la desigualdad de géneros porque lleva a la cosificación de las mujeres. Así se ha denunciado que el sistema patriarcal disfraza a la “coerción” de “libre consentimiento” y a la “sumisión” de “libertad”, por lo que la categoría “consentimiento” no tiene ninguna relevancia teórica y la concepción de la prostitución como un trabajo sexual digno debe ser desechada³⁶. Para quienes sostienen estas opiniones, la prostitución es un supuesto más de trata, donde se debe investigar el rol del proxeneta, y también del cliente³⁷. En similar sentido, la Relatora Especial para la Trata de Personas de Naciones Unidas estableció:

“la mayor parte de la prostitución, tal y como se practica actualmente en el mundo, suele reunir los requisitos para que pueda ser considerada trata. Es raro dar con un caso en que los motivos que llevan a una persona a la prostitución, y las experiencias de esa persona dentro de la prostitución, no incluyan como mínimo un abuso de poder y/o un abuso de vulnerabilidad. En este contexto, poder y vulnerabilidad deben entenderse también desde la óptica de las disparidades basadas en el sexo, la raza,

³³ En palabras de García Méndez, Asprella y Ploskenos, en ob. cit., p. 289: “la protección nunca puede provenir de una presunción implícita de incapacidad”. Sobre el proceso de infantilización de las mujeres, cf. Joe Doeze, ob. cit.

³⁴ Cf. Emilio García Méndez, María Eva Asprella y Analía Ploskenos, ob. cit., p. 287.

³⁵ Así, por ejemplo, Catharine MacKinnon, “Feminismo, marxismo, método y Estado: hacia una teoría del derecho feminista”, en *Crítica jurídica. Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Mauricio García Villegas, Isabel Cristina Jaramillo Sierra, Esteban Restrepo Saldarriaga (comps.), Ediciones Uniandes, Bogotá, 2006.

³⁶ Para una exhaustiva recensión de este debate, cf. Daniela Heim, “La prostitución a debate: el abolicionismo desde la perspectiva de la defensa de los derechos de las trabajadoras sexuales, en *Nueva Doctrina Penal 2006/B*, ps. 441-467.

³⁷ Al respecto, cf. Dorchen Leidholdt, ob. cit. Para el contexto local, cf. por ejemplo, Marta Fontenlla. Marta Fontenlla “La prostitución, la trata de mujeres y niñas: ¿Derechos de las humanas o seguridad del Estado”, en *Se trata de nosotras. La trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual*, M. de las Mercedes de Isla y Laura Demarco, comps., Las Juanas editoras, Buenos Aires, 2008, ps. 297 y ss. Desde el Consejo de Europa, una de las medidas que se adopta para la prevención de trata es la disuasión de la prostitución, para lo cual se trabaja sobre el cliente. Cf. Documento disponible en http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Source/Factsheet_convention_en_oct09.pdf

³⁸ Cf. O.N.U., Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Informe del 20 de febrero de 2006, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UN-DOC/GEN/G06/109/67/PDF/G0610967.pdf?OpenElement>, visitado por última vez el 14 de julio de 2010.

³⁹ Para una propuesta de este tipo, centrada en lo laboral, cf. Kara Abramson, ob. cit.

⁴⁰ Con una completa recensión de las posiciones clásicas sobre este punto, cf. Pablo Jantus, "Reducción a la servidumbre", en *Delitos contra la libertad*, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2003, ps. 50 y 51. Salvo la opinión de Nuñez, el resto de los doctrinarios (Soler, Fontán Balestra, Molinario, Buompadre, Chiara Díaz y Donna) coinciden en que se trata de una situación de hecho que implica un estado de sometimiento o sujeción en la que el sujeto pasivo carece de toda libertad de decisión y se encuentra reducida a la calidad de cosa.

⁴¹ Cf. T.O.C.F. Mar del Plata, "Gloria Raquel Ortega Mora y Raúl Andrés López", rta. 8/2/2010.

⁴² Cf. C.Ap. C.C.F. de Córdoba, Sala B, "G., M.S. y otros", rta. 24/11/2009.

⁴³ Cf. C.Ap. Fed. Posadas, "Expte. N° 11.642/09 de Almeida Antonia y Alfonso Favio Ricardo s/ recurso de apelación", rta. 15/12/2009.

⁴⁴ Cf. C.Ap. Fed. Mar del Plata, "R.E.N. y otros s/inf. Artículo 145 bis", rta. 13/02/2009.

⁴⁵ Cf. Marcelo L. Colombo y María Alejandra Mángano, ob. cit., p. 14.

⁴⁶ Completando esta misma mirada, Gonzalo Bueno ha explicado que: "El estudio

la etnia y la pobreza. Dicho de manera sencilla, el camino que lleva a la prostitución y a ese estilo de vida una vez que se ha caído en ella, raramente se caracterizan por el pleno ejercicio de derechos de las víctimas o la obtención de oportunidades adecuadas"³⁸.

Este tipo de consideración llevaría a incluir bajo el delito de trata de personas a una multiplicidad de conductas que hoy sólo son analizadas como casos de prostitución, o aprovechamiento de condiciones laborales desfavorables³⁹. En este sentido, resulta llamativo que la discusión sobre la relevancia del consentimiento se haya convertido en un punto central del debate sobre la trata de personas, aunque sólo en relación con la finalidad de explotación sexual. Para el resto de los fines previstos por la ley, hace suponer que rige el consenso doctrinario que caracteriza a la figura de plagio prevista en el artículo 140 del Código Penal, para la cual el consentimiento es considerado irrelevante⁴⁰. En este punto, el debate parece asumir que es más sencillo consentir violaciones sexuales sistemáticas como las padecidas por las mujeres en situación de prostitución, que las condiciones laborales irregulares de empleados o empleadas en otro tipo de empleos domésticos o industriales.

De todos modos, parecería que la discusión teórica encontró un límite en la práctica judicial. Por un lado, la jurisprudencia producida por algunos tribunales federales ha seguido criterios razonables sobre el consentimiento. Así por ejemplo, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata sostuvo que las condiciones de maltratos físicos y psicológicos a las que estaban expuestas las víctimas de trata obligaban a no tener en cuenta la eventual expresión de su consentimiento⁴¹. En similar sentido, en un caso en que una

de los casos demuestra que la obtención de información relevante de las mujeres encontradas en los prostíbulos depende, en gran medida, del modo en que la declaración es tomada por el funcionario que interviene en la causa. Las preguntas formuladas en el marco de una declaración pueden variar mucho de un caso a otro. En un extremo están aquellos funcionarios con escaso o nulo conocimiento sobre los procesos de trata de personas y su dinámica de funcionamiento, que se limitan a preguntar a las mujeres si estaban en el prostíbulo en contra de su voluntad o si en el vieron menores de edad. En el otro extremo están aquellos con amplio conocimiento del modo en que se desarrollan los procesos de trata de personas, de los actores primarios y secundarios que en ellos intervienen y de los estándares internacionales que regulan la materia. Este tipo de operadores toman las declaraciones a partir de cuestionarios de mayor complejidad que están elaborados teniendo en cuenta las distintas etapas y actores que constituyen los procesos de trata de personas". Cf. Gonzalo Bueno, "Informe sobre el tratamiento judicial de casos de trata de personas en la Argentina", en *Nuevo escenario en la lucha contra la trata de personas en la Argentina. Herramientas para la persecución del delito y asistencia a sus víctimas*, O.I.M., 2009, p. 20.

⁴⁷ La resolución de la Procuración General de la Nación PGN 94/09 sugiere un protocolo de actuación para el interrogatorio a víctimas.

mujer mayor de edad manifestó que había ingresado a un prostíbulo donde era explotada sexualmente por su propia voluntad, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Córdoba estableció que dicha explotación era consecuencia de una situación de vulnerabilidad, por lo que era aplicable la figura prevista en el artículo 145 bis, CPN. Para el Tribunal, el consentimiento de la víctima no había reunido las condiciones mínimas de discernimiento, intención y libertad, resultado de la situación de pobreza, desamparo y carencia de alternativas en la que se encontraba la víctima. Adicionalmente, el Tribunal valoró que la mujer no podía salir del lugar por su propia decisión, y que no disponía del dinero que pagaban los clientes⁴².

Asimismo, la Cámara Federal de Posadas estableció que ante víctimas mayores de dieciocho años, su voluntad tiene que haberse visto viciada por algunos de los medios comisivos referidos por la figura. En ese caso en particular, valiéndose de un fundado informe ambiental, los jueces tuvieron en cuenta que la joven de veintitrés años había estudiado hasta séptimo grado, tenía cuatro hijos menores a quien debía mantener, su pareja la había abandonado y ella no conseguía trabajo⁴³. Finalmente, el consentimiento de la víctima ha sido eva-

luado también en relación con la permanencia en el lugar de explotación⁴⁴.

Por otra parte, desde la Procuración General de la Nación, una de las agencias encargadas de hacer efectiva la ley de trata, se ha destacado la importancia de realizar una interpretación adecuada de la ley, para lo cual se sugiere “anular el ámbito de eficacia del consentimiento en la conducta de trata de personas tal como se encuentra hoy legislada”⁴⁵. En esta dirección, para evadir la “trampa” del consentimiento la propuesta consiste en restar importancia a la expresión y evaluación de la víctima, en tanto a partir de ésta no puede asumirse un supuesto consentimiento⁴⁶. Lo importante será analizar todas las circunstancias que rodean el caso, lo que implica estudiar en profundidad la existencia de una situación de vulnerabilidad o examinar con cuidado las condiciones bajo las cuales se ejercía la actividad⁴⁷. Destacando la complejidad con la cual deben realizarse los interrogatorios, se ha advertido que las preguntas a las víctimas deben estar dirigidas a conocer la totalidad del proceso que atravesaron: cómo y quién las contactó en el lugar de origen, cuál fue el ofrecimiento concreto, quién abonó los gastos de viaje al lugar de destino, cómo se efectuó el traslado, por quién fueron acompañadas, es decir, profundizar la investigación sobre toda la cadena de la trata⁴⁸.

Estas recomendaciones no son diferentes a criterios de debida diligencia en materia de investigaciones penales promovidas desde el derecho internacional de los derechos humanos, en particular cuando se encuentran involucradas mujeres víctimas de violencia de género. El testimonio de la mujer puede ser relevante, pero no es la única prueba a la que se debería acudir, sino que el contexto debe ser especialmente analizado⁴⁹. Ello por cuanto en este tipo de delitos las dificultades de las víctimas para declarar y las retractaciones están relacionadas con el temor a sufrir represalias contra ellas o sus familiares. En los supuestos de trata internacional, el aislamiento más profundo de las damnificadas, su dificultad para acceder a la justicia penal, y finalmente, su temor a exponerse a las autoridades hará

⁴² Cf. Gonzalo Bueno, ob. cit., p. 20.

⁴³ Así lo ha señalado la Comisión Interamericana en su informe sobre Acceso a la Justicia, en el cual destacó que no sólo debe prestarse atención al testimonio de la víctima como evidencia directa, sino a todo el conjunto de pruebas. Asimismo, en el caso Campo Algodonero, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha señalado que la ineficacia de las investigaciones puede estar provocada por la ausencia de investigación de los patrones sistemáticos en los que se enmarcan cierto tipo de violaciones a los derechos humanos y ello ocurre, específicamente, en los casos de agresiones a mujeres cuando son parte de un fenómeno generalizado de violencia de género. Cf. C.I.D.H., Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, 2007, párr. 51. En similar sentido, cf. Corte I.D.H., Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, en especial el voto de la Dra. Cecilia Medina Quiroga.

más difícil aún su acercamiento a la justicia penal. Dadas las características de la violencia padecida, las mujeres no siempre estarán dispuestas a colaborar como testigos, por lo que no se deberían forzar sus declaraciones. Ello coloca a al análisis del consentimiento testimonial en un lugar secundario dentro de una investigación que debe avanzar por el estudio de todo un contexto.

En conclusión, a la luz del debate originado en torno al concepto de consentimiento es posible que la práctica judicial resuelva en forma adecuada los problemas interpretativos que contiene la figura, para lo cual se requerirá una adecuada exégesis de los medios comisivos previstos por el tipo penal, tema que será tratado en la próxima sección.

III.c. Los medios comisivos de la trata de personas

La norma que pena la trata de personas mayores de edad reprime la captación, el transporte el traslado y acogida de personas, mientras hayan tenido lugar mediante engaño, fraude, violencia, amenaza, intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. Para el supuesto de trata de menores de edad, estos medios comisivos operan como agravantes de la figura.

De acuerdo con los estudios existentes en la materia, la descripción incluida en nuestra legislación se adecua a las modalidades específicas que registra la trata de personas en la práctica.

En cuanto al engaño o fraude, según un informe elaborado por la OIM para la Argentina, éste se registra en el momento de ofrecer un trabajo como empleadas para tareas de limpieza en domicilios, meseras, cocineras en un bar o restaurante o cuidadoras de niños o ancianos en alguna familia⁵⁰. Otra de las maniobras consiste en publicitar la realización de castings para promociones o alguna otra actividad mediante panfletos, carteles o avisos clasificados en algún diario. Luego de la selección, las mujeres elegidas son trasladadas a los diferentes destinos de explotación⁵¹. Finalmente, la práctica indica que el engaño también recae sobre las condiciones en las cuales se va a ejercer la actividad.

En relación con la violencia, ésta puede darse tanto en el momento del reclutamiento, como en el lugar donde la mujer es recibida. El secuestro es una de las prácticas más asociada al reclutamiento de personas para la trata. En primer lugar, se efectúa un trabajo previo de inteligencia mediante el cual se identifican y “marcan” mujeres que cumplen las exigencias de los circuitos de trata. Luego de ello, se monta un operativo donde las mujeres son forzadas a subir a un automóvil. La violencia física también es ejercida

⁵⁰ Cf. O.I.M., Informe preliminar. Estudio exploratorio sobre trata de personas con fines de explotación sexual en Argentina, Chile y Uruguay, diciembre de 2006.

⁵¹ Cf. O.I.M., ob. cit., p. 42.

en el lugar donde son recibidas, muchas veces las personas son drogadas para evitar que opongan resistencia, y luego violadas y golpeadas en forma sistemática⁵². En otros casos, la violencia comprende encierros, privaciones de agua y comida⁵³.

En cuanto a la intimidación, amenaza o coerción, ésta se hace presente con provecho de una situación migratoria irregular, amedrentando con la posibilidad de su detención o expulsión del país. Las personas sometidas a trata también pueden ser amenazadas con la posibilidad de adoptar represalias contra los integrantes de su familia y aisladas de otras personas de su mismo origen para que no puedan usar su idioma natal⁵⁴. Adicionalmente, la coerción puede darse a través de un proceso en el que los agresores provocan que las mujeres generen deudas en forma permanente. De esta manera, y dado que no tienen posibilidad de disponer del dinero, ni de escapar de su cautiverio, continúan ligadas a su captor en forma indefinida⁵⁵.

En relación con el abuso de autoridad, la doctrina coincide en que la superioridad no debe provenir de una investidura pública, y tampoco de personas que tengan una relación familiar ya que en estos supuestos operarían las agravantes⁵⁶. En función de

ello, se ha argumentado que en este medio comisivo quedarían comprendidos quienes se aprovechen de una especial posición de preeminencia sobre la víctima⁵⁷. También se ha aclarado que ello exige una restricción absoluta de la voluntad a causa del temor que genera quien se halla ubicado en un plano superior respecto del sujeto pasivo, ya sea en el ámbito laboral, jerárquico o religioso⁵⁸.

Bajo el medio comisivo “concesión o recepción de pagos o beneficios de una persona que tenga autoridad sobre la víctima” se han identificado casos en los que la red de trata está integrada por familias enteras, cuyos miembros mantienen relaciones comerciales entre sí⁵⁹. En otros supuestos, los reclutadores establecen relaciones con familiares de la víctima, a quienes prometen un porcentaje del dinero producto de la explotación sexual de la mujer⁶⁰. Por su parte, la doctrina ha insistido en el hecho de que la ley requiere que se consiga el consentimiento de una persona con preeminencia sobre la víctima, por lo que en este caso el consentimiento de la víctima aparece en forma clara como irrelevante⁶¹.

Así analizados, los medios comisivos previstos para la trata no presentan problemas de interpretación, salvo en la categoría “aprovechamiento de las condiciones de vulnerabilidad”, la cual ha motivado importantes discusiones. Al respecto, la doctrina ha establecido que esta situación se verifica cuando la víctima puede ser fácilmente sometida a los designios y voluntad del autor de la comisión delictiva en virtud de su pobreza o desamparo⁶². Con mayor exhaustividad, también se ha señalado que la vulnerabilidad hace referencia a una especial situación de debilidad que coloca a la persona en una condición de inferioridad ante el autor y le dificulta o imposibilita oponerse a sus designios, por lo que es más fácil ser dañada o perjudicada⁶³. En función de ello, parecería que la situación de vulnerabilidad no sólo debe ser analizada de acuerdo con parámetros económicos, sino que se debe prestar atención a cualquier condicionamiento de tipo cultural, intelectual, de salud física o mental que limite las opciones de las personas tratadas.

⁵² Cf. O.I.M., ob. cit., p. 45.

⁵³ Alejandro Cilleruelo, “Trata de personas para su explotación”, en La Ley 2008-D-781.

⁵⁴ Cf. O.I.M., ob. cit., p. 18. Cilleruelo llama a este tipo de coerción como “aislamiento lingüístico”. Cf. Cilleruelo, ob. cit.

⁵⁵ Esta práctica de intimidación es conocida como “servidumbre por deuda”. Cf. Cilleruelo, ob. cit.

⁵⁶ Cf. Alejandro Tazza y Eduardo R. Carreras, “El delito de trata de personas”, en La Ley 2008-C, 1053.

⁵⁷ Cf. Marcelo L. Colombo y María Alejandra Mángano, ob. cit.

⁵⁸ Cf. Mauricio Ernesto Macagno, “Algunas consideraciones sobre los nuevos delitos de trata de personas con fines de explotación”, Suplemento La Ley, 26 de noviembre de 2008.

⁵⁹ Cf. O.I.M., ob. cit., p. 35.

⁶⁰ Cf. O.I.M., ob. cit., p. 53.

⁶¹ Cf. Mauricio Ernesto Macagno, ob. cit.

⁶² Cf. Alejandro Tazza y Eduardo R. Carreras, ob. cit.

⁶³ Cf. Maximiliano Hairabedián, “Trata de personas por abuso de vulnerabilidad de la víctima”, en La Ley 2009-D,476.

Una pauta interpretativa relevante puede encontrarse en los “*Travaux préparatoires*” del Protocolo de Palermo, en los cuales se indica que “...la alusión al abuso de una situación de vulnerabilidad debe entenderse como referida a toda situación en que la persona interesada no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso de que se trata”⁶⁴. Asimismo, las “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, aprobadas en Asamblea Plenaria XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en la Ciudad de Brasilia, República Federativa de Brasil, los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008, a las cuales adhirió nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación establece que “se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”⁶⁵.

La jurisprudencia ha recogido estos lineamientos en supuestos en que las víctimas, empleadas domésticas en sus países de origen, migraron a la Argentina en busca de oportunidades para atender las necesidades básicas de sus hijos o familiares cercanos, a quienes podían enviar dinero a través de remesas⁶⁶. Asimismo, se ha dicho que la vulnerabilidad representa una situación de desventaja o riesgo que debe ser analizada a la luz de circunstancias socio-económicas, familiares, culturales y condiciones personales⁶⁷. Por otra parte, los jueces han tenido por probada la condición de vulnerabilidad con informes ambientales que constataron la falta de acceso a la educación de la mayoría de sus miembros mayores de edad, la precariedad de la vivienda, sin sanitarios ni camas suficientes para sus habitantes, y la falta de un trabajo fijo y bien pago⁶⁸. En otras ocasiones, la situación de vulnerabilidad ha sido evaluada a la luz de las condiciones en las cuales se ejercía la explotación, de modo que los otros medios comisivos quedan comprendidos en dicho análisis. Así, por ejemplo, se ha dicho que la situación de vulnerabilidad es paradigmática si las mujeres estaban indocumentadas, no manejaban su propio dinero, eran amenazadas para que no salir del lugar y vivían bajo pésimas condiciones de higiene y alimentación⁶⁹. Para los tribunales, la condición de vulnerabilidad puesta en relación con la minoría de edad —tal como lo prevé el artículo 145 ter en su forma agravada— no presenta ningún problema constitucional ya que si bien la minoría de edad por sí sola acarrea un cierto grado de vulnerabilidad, hay niñas que por distintas situaciones resultan más vulnerables que otras. En el caso, la defensa había planteado la inconstitucionalidad de esta figura, pero el Tribunal valoró que las víctimas no tenían un grupo familiar constituido, se habían fugado de

⁶⁴ U.N.O.D.C., “Travaux Préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, Nueva York, 2008, documento disponible en http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/Travaux%20Preparatoire/04-60077_Ebook-s.pdf, visitado por última vez el 24 de julio de 2010.

⁶⁵ Cf. Acordada N° 5 del 24/2/2009.

⁶⁶ Cf. T.O.C.F. Mar del Plata, “Gloria Raquel Ortega Mora y otros”, rta. 8/2/2010.

⁶⁷ Cf. T.O.C.F. Córdoba N° 2, “PHR s/ trata de personas menores de edad para su explotación”, rta. 27/4/2010.

⁶⁸ Cf. CAp. Fed. Posadas, “Expte. N° 11.642/09 de Almeida Antonia y Alfonso Favio Ricardo s/ recurso de apelación”, rta. 15/12/2009.

⁶⁹ Cf. CAp. Fed. La Plata, SIII, “E.M.G. y otros s/inf ley 26364”, rta. 30/10/08.

un instituto y se encontraban viviendo en la calle, por lo que resultaban más vulnerables que otras personas de su misma edad⁷⁰.

En síntesis, la diversidad de los medios comisivos permite aprehender las diferentes formas en las que la trata se ejecuta en la práctica. Entre ellas, el engaño o fraude, la concesión o recepción de pagos o beneficios a quien deba otorgar el consentimiento, o la situación de vulnerabilidad de la víctima constituyen instancias comisivas novedosas no previstas en otras fórmulas legales. De todas ellas, la más flexible es la referida al aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima, la cual, so pena de hacer a la figura un blanco fácil para la crítica a la luz del principio de legalidad, es la que abre la puerta a una adecuada resolución del problema en torno a la definición del consentimiento⁷¹.

III.d. La relación de la trata con otros delitos

Desde el momento de su gestación, la ley 26.364 puso en evidencia las dificultades existentes en la inclusión de la figura de trata para mantener la coherencia con otros tipos penales previstos en nuestra legislación. La problemática advertida por los legisladores fue abordada por la doctrina, y en la actualidad ha llegado a los tribunales, donde el debate gira en torno a la forma en la que debe concurrir la trata de personas con otro tipo de delitos.

⁷⁰ Cf. T.O.C.F. Córdoba N° 2, "PHR s/ trata de personas menores de edad para su explotación", rta. 27/4/2010.

⁷¹ En el mismo sentido, cf. Javier De Luca y Julio Lopez Casariego, "Delitos contra la integridad sexual", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2009, ps. 360 y ss.

⁷² Ésta es la posición de Javier de Luca y Julio Lopez Casariego para quienes "Desde el punto de vista del sistema en que se insertan los artículos, y teniendo en cuenta los aportes de la dogmática penal, se podría sostener con autoridad que su inclusión fue innecesaria porque todas sus conductas ya estaba reprimidas. Finalmente, desde la realidad, difícilmente cambie algo con la nueva ley, ya que los jueces, fiscales y policías seguirán inertes o activos según sus concepciones individuales y capacidad operativa, y no porque la ley diga tal o cual cosa". Cf. Javier de Luca y Julio Lopez Casariego, ob. cit., p. 363.

⁷³ Cf. Gonzalo Bueno, ob. cit., p. 16.

En el comienzo del debate parlamentario ya se había puesto en duda la necesidad de la sanción de la ley en razón de que las conductas que se pretendían sancionar tenían cierto grado de recepción en las disposiciones de la Ley de Migraciones 25.871, y en los tipos penales previstos y reprimidos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127, 128, 130, 140, 141, 142 bis y 145 del Código Penal, y en los ya derogados artículos 127 bis y ter, CPN.

Es cierto que el delito de trata de personas se proyecta sobre un conjunto de actos que pueden caer también bajo otras figuras con escalas penales que en algunos casos son las mismas (arts. 125 bis y 127, CPN), pero que en otros supuestos son absolutamente diferentes (arts. 130, 140, 142 bis, CPN). En los casos en los que la opción por uno u otro tipo penal tiene una incidencia práctica sensible por la diferencia de penas aplicables, la relación de especialidad hará prevalecer a la figura de trata.

A la luz del gran espectro de normas en juego, con cierto grado de razonabilidad, alguna doctrina ha sostenido que el "enjambre normativo" creado con la sanción de la ley 26.364 no tiene justificación y que la inclusión de la norma fue innecesaria⁷². Sin embargo, esta opinión ha sido impugnada por investigaciones anteriores a la sanción de la ley, las cuales pusieron en evidencia que, frente a la falta de una norma específica que penalizara la trata de personas, los operadores recurrían a otras figuras penales que no respondían de manera integral al fenómeno de la trata. En este sentido, un estudio pormenorizado dio cuenta de que, en los tribunales, la "trata" era caratulada como facilitación y promoción de la prostitución de menores o mayores de edad, reducción a la servidumbre o privación ilegítima de la libertad, es decir, con figuras penales que comprenden la explotación propiamente dicha, pero no abarcan las actividades previas de reclutamiento, transporte, acogida o recepción de las víctimas⁷³. Tal como quedó regulada, la figura de trata tiende a reprimir a quienes participan en el proceso previo a que la explotación se concrete, demostrando que un objetivo importante consiste en des-

⁷⁴ Marcelo Colombo y María Luz Castany, “La finalidad de explotación del comercio sexual en la figura de trata de personas”, en *Nuevo escenario en la lucha contra la trata de personas en la Argentina Herramientas para la persecución del delito y asistencia a sus víctimas*, O.I.M., 2009, p. 71.

⁷⁵ Cf. Gonzalo Bueno, *ob. cit.*, p. 17.

⁷⁶ En este sentido Maximiliano Hairabedián, “La nueva ley de trata...”, *ob. cit.*

⁷⁷ Cf. Alejandro Tazza y Eduardo R. Carerras, *ob. cit.* En relación con el derecho penal migratorio (arts. 116, 117, 118, 119, 120 y 121 de la Ley de Migraciones), el punto de contacto existirá cuando la trata de personas haya tenido por objeto un inmigrante ilegal. Por lo demás, existen diferencias sustanciales entre la trata y el tráfico ya que el objetivo de la trata es la explotación de la persona, mientras que el del tráfico es la entrada ilegal de migrantes. En el caso de la trata no es indispensable que las víctimas crucen las fronteras para que se configure el hecho delictivo, mientras que éste es un elemento necesario para la comisión del tráfico. Finalmente, los delitos migratorios presuponen el acuerdo del extranjero que desea ingresar al país, y en los de trata de personas no necesariamente.

⁷⁸ Cf. Javier De Luca y Julio Lopez Casariego, *ob. cit.*, p. 376.

⁷⁹ Cf. Javier De Luca y Julio Lopez Casariego, *ob. cit.*, p. 377.

articular al conjunto de partícipes que intervienen antes de que la explotación se lleve a cabo⁷⁴. Adicionalmente, la figura analizada contempla algunos medios comisivos no incluidos en los tipos penales con los cuales se relaciona la trata, como por ejemplo, el engaño o fraude, la concesión o recepción de pagos o beneficios a quien deba otorgar el consentimiento, o la situación de vulnerabilidad de la víctima⁷⁵.

Ya sancionada la ley, los textos de doctrina que abordan la relación concursal de la trata sostienen, por un lado, que dado que para la consumación del delito no es necesario que la explotación esté materializada, otras normas del Código Penal concurrirán en forma real. Quienes adscriben a esta fórmula sostienen que será factible aplicar los delitos previstos en los artículos 125 bis, 126 y 127 — que castigan la promoción, facilitación y explotación económica del comercio sexual entre personas mayores o niños—, en el artículo 128 —que reprime la producción y actividades lucrativas relacionadas con la pornografía infantil—, en el artículo 17 de la ley de profilaxis —que tipifica el sostenimiento, administración o regenteo de casas de tolerancia—, y en el artículo 140 del Código Penal —que prevé la reducción a servidumbre, esclavitud o condición análoga prevista en el artículo 140 del CP—⁷⁶.

Por el contrario, otro sector de la doctrina sostiene que respecto de las normas citadas, sólo es concebible un concurso ideal ya que se está ante una única conducta⁷⁷. En esta misma línea, con mayor profundidad se ha señalado que si bien se podría interpretar que se está ante más de una conducta, no se tratarían de hechos independientes en razón de que algunas de las acciones de la explotación tendrían lugar mientras subsisten conductas de la trata, por ejemplo, la acogida o recepción de la víctima⁷⁸. Adicionalmente, se ha dicho que la aplicación de las reglas del concurso real es constitucionalmente inviable en razón de que ello conduciría a supuestos de doble punición parcial al superponerse la ultra-intención requerida por las figuras de trata y el resultado concretado en la otra figura⁷⁹.

Por el momento, la controversia continúa en la jurisprudencia. Así, el Tribunal Oral Federal de Mar del Plata, en un supuesto en el que se comprobó que una niña de 15 años había sido captada por sus tíos para ser explotada sexualmente en su domicilio —explotación sexual que se concretó por parte de terceros y de los propios imputados por lo menos durante cuatro meses—, descartó la calificación sugerida por el fiscal —trata de persona menor de 18 años de edad en concurso real con abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo y la situación de cercanía—, en razón de que consideró que no se estaba ante dos hechos independientes. Para el Tribunal se estaba ante un solo hecho, que consistía en un solo delito en razón de que la figura de trata de personas concurría en forma aparente

con el delito de abuso sexual calificado⁸⁰. En igual sentido se concluyó que si la finalidad de explotación sexual se concreta, deben entrar en escena alguna de las modalidades punitivas previstas por los artículos 126 o 127 del Código Penal según las reglas del concurso ideal⁸¹. Sin embargo, la Sala II de la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional estableció que la trata de personas pena conductas previas a las previstas en los artículos 125 bis y 126 del Código Penal, por lo que correspondería la aplicación de las reglas del concurso real⁸².

Finalmente, un problema más complejo a los planteados por la doctrina y la jurisprudencia se registraría frente a la relación concursal de los hechos individuales que conforman, por ejemplo, el tipo de trata con fines de explotación sexual. Frente al caso de quien recibe a una joven mediante violencia con fin de explotarla sexualmente, el problema será determinar qué relación existe entre esta primera conducta y los accesos carnales protagonizados por terceros si es que éstos reconocen que las mujeres se encuentran recluidas contra su voluntad. Allí, la conducta del autor importaría no solamente la comisión del delito de trata previsto en el artículo 145 bis, CPN sino también una participación en las violaciones cometidas por los clientes.

El concurso podría ser ideal pues la recepción mediante violencia sería la colaboración necesaria para la violación posterior.

IV. La implementación de la ley 26.364

La ley 26.364 no sólo establece definiciones sustantivas, sino que fija reglas procesales que reconocen la importancia de garantizar una correcta investigación de la trata y de proteger en forma adecuada a las víctimas. En función de ello, en esta sección se hará referencia a las normas que establecen lineamientos para la persecución del delito y para evitar la revictimización.

IV.a. Los desafíos en la investigación y persecución de la trata de personas

La trata de personas con fines de explotación ha sido definida como una de las actividades criminales más lucrativas en las que intervienen redes organizadas. Ello ha generado la necesidad de diseñar estrategias de investigación especiales para dismantelar este tipo de organizaciones. Para ello, desde Naciones Unidas se ha elaborado un manual que establece algunas pautas mínimas para la investigación del delito, algunas de las cuales ya están previstas en la ley 26.364⁸³.

Las investigaciones de campo desarrolladas dan cuenta de que una de las características de la trata de personas consiste en alejar a la víctima de los vínculos que podrían auxiliarla⁸⁴. Dado que, en general, la explotación se ejecuta en un lugar distinto al de la captación de la víctima, ello supondría la intervención de múltiples agencias de seguridad. En función de ello, la ley 26.364 dispuso la federalización del delito como un medio para homogeneizar su persecución penal⁸⁵. En términos operativos, esta medida supone la coordinación de los procedimientos de autoridades locales y federales para garantizar una comunicación ordenada tanto a nivel policial como judicial. Frente a la federalización del delito, se ha establecido que ante una posible hipótesis delictiva de trata de personas, y con independencia de la excepcional intervención del fuero federal, se debe asignar la competencia de excepción para evitar obstaculizar o fracturar la investigación por cuestiones de jurisdicción⁸⁶.

⁸⁰ Cf. T.O.C.Fed. Comodoro Rivadavia, causa 999, rta. el 3/2010.

⁸¹ Cf. C.Ap. Fed. Mar del Plata, "Dirección Nacional de Migraciones Mar del Plata s/denuncia", registro 5971, enero de 2009.

⁸² Cf. C.Ap. C.C. Fed, Sala I, "Decarlo, Silvia s/procesamiento", rta. 18/2/09.

⁸³ Cf. U.N.O.D.C., Manual para la lucha contra la trata de personas. Programa mundial contra la trata de personas, Nueva York, 2009. La versión en español se encuentra disponible en http://www.unodc.org/documents/human-traffic-king/07-89378_spanish_E-Book.pdf, visitado por última vez el 21 de julio de 2010.

⁸⁴ En términos generales, cf. O.I.M., ob. cit.

⁸⁵ Cf. artículo 13 de la ley 26.364.

⁸⁶ Cf. C.Ap. C.C.Fed., Sala I, NN, rta. 20/10/2009, expediente en el que se inclinó por mantener la competencia de excepción dado que lo contrario afectaría la eficacia de la investigación. En el mismo sentido, cf. C.Ap. C.C., Sala VII, "Flores Hugo s/prostitución de menores de 18 años", rta. 26/5/2009.

⁸⁷ El artículo 20 Convención contra la Delincuencia Organizada establece: “En la investigación y el enjuiciamiento de los traficantes puede ser muy útil la cooperación de miembros de organizaciones delictivas involucradas en esas actividades. Es importante establecer sistemas eficaces para cultivar la relación con delincuentes que actuarán de informantes, alistarlos, llevar registros, dirigirlos, pagarles y controlarlos”.

⁸⁸ A favor de la utilización de este instituto en la investigación de la trata, cf. Alejandro Cilleruelo, ob. cit.; y Emilio García Mendez, María Eva Asprella y Analía Ploskenos, quienes además proponen que, dado que en la comisión de esta figura confluye una importante complicidad de gobiernos locales, magistraturas y cuerpos policiales, se debe exceptuar de la reducción de la escala punitiva a dichos sujetos (ob. cit., ps. 292-293).

⁸⁹ Cf. art. 14 de la ley 26.364. Valorando en forma positiva esta inclusión, cf. Alejandro Cilleruelo, ob. cit.

⁹⁰ El artículo 6 del Protocolo de Palermo establece: “1. Cuando proceda y en la medida que lo permita su derecho interno, cada Estado Parte protegerá la privacidad y la identidad de las víctimas de la trata de personas, en particular, entre otras cosas, previendo la confidencialidad de las actuaciones judiciales relativas a dicha trata. 2. Cada Estado Parte velará porque su ordenamiento jurídico o administrativo interno prevea medidas con miras a proporcionar a las víctimas de la trata de personas, cuando proceda: a) Información sobre procedimientos judiciales y administrativos pertinentes; b) Asistencia encaminada a permitir que sus

En cuanto a otras herramientas de investigación, la ley autoriza a recurrir a la figura del arrepentido, con lo cual se prevé la reducción de la pena de un tercio del máximo y la mitad del mínimo para partícipes y encubridores que den información que permita conocer el lugar donde la víctima se encuentra privada de su libertad o la identidad de otros partícipes o encubridores o cualquier otro dato para sensible para el esclarecimiento⁸⁷. A pesar de que esta herramienta ha sido valorada en forma positiva desde los sectores dedicados a la persecución de la trata, respecto de ella caben todos los cuestionamientos en torno a la violación a la garantía contra la autoincriminación⁸⁸.

Finalmente, la ley también permite recurrir a las especiales formas de investigación previstas en el artículo 132 bis del Código Procesal Penal de la Nación el cual, en supuestos en los que la vida de la víctima corra peligro, o que la demora en la intervención pudiese frustrar el procedimiento, se permite al juez o al fiscal actuar una jurisdicción territorial ajena, siempre que comuniquen las medidas dispuestas al juez del lugar⁸⁹.

opiniones y preocupaciones se presenten y examinen en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa; 3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de aplicar medidas destinadas a prevenir la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de la trata de personas, incluso, cuando proceda, en cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil, y en particular mediante el suministro de: a) Alojamiento adecuado; b) Asesoramiento e información, en particular con respecto a sus derechos jurídicos, en un idioma que las víctimas de la trata de personas puedan comprender; c) Asistencia médica, psicológica y material; y d) Oportunidades de empleo, educación y capacitación. 4. Cada Estado Parte tendrá en cuenta, al aplicar las disposiciones del presente artículo, la edad, el sexo y las necesidades especiales de las víctimas de la trata de personas, en particular las necesidades especiales de los niños, incluidos el alojamiento, la educación y el cuidado adecuados. 5. Cada Estado Parte se esforzará por prevenir la seguridad física de las víctimas de la trata de personas mientras se encuentren en su territorio. 6. Cada Estado Parte velará porque su ordenamiento jurídico interno prevea medidas que brinden a las víctimas de la trata de personas la posibilidad de obtener indemnización por los daños sufridos”. Por su parte, en los Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social de la O.N.U. se prescribe: “Directriz 6: Asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas: No es posible romper el ciclo de la trata de personas sin prestar atención a los derechos y las necesidades de las víctimas. Hay que dar asistencia y protección

adecuados a todas las víctimas de la trata de personas sin discriminación. Los Estados y, cuando proceda, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, deberían considerar la posibilidad de:

1. Cerciorarse, en cooperación con las organizaciones no gubernamentales, de que se ofrezca alojamiento seguro y adecuado que atienda a las necesidades de las víctimas de trata de personas. Ello no debe estar subordinado en que las víctimas estén dispuestas a rendir testimonio en un proceso penal. Las víctimas de la trata de personas no deben ser

IV.b. Las medidas de protección para las víctimas

Los instrumentos internacionales especializados en trata de personas hacen hincapié en la necesidad de otorgar una protección adecuada a las víctimas, no sólo en razón del reconocimiento de sus derechos, sino también como una forma de garantizar una adecuada persecución penal del delito. Entre ellos, el Protocolo de Palermo y los Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas del Alto Comisionado de las Naciones Unidas establecen un catálogo de medidas tendientes a brindar seguridad a las víctimas⁹⁰.

En consonancia con estos lineamientos, la ley 26.364 contiene un acápite específico dedicado a la protección de las personas afectadas por la trata. En particular el artículo 6 de la ley establece el derecho

recluidas en centros de detención para inmigrantes, otros centros de detención o refugios para personas sin hogar. 2. Cerciorarse, en asociación con las organizaciones no gubernamentales, de que las víctimas de la trata de personas tengan acceso a atención primaria de salud y a atención psicológica. No debe exigirse a las víctimas de la trata de personas que acepten esa atención o asistencia ni obligarlas a hacerse análisis para determinar si padecen enfermedades, incluido el VIH/SIDA. 3. Cerciorarse de que se informe a las víctimas de la trata de personas de que tienen derecho a ponerse en contacto con representantes diplomáticos y consulares del Estado de su nacionalidad. Hay que impartir al personal de embajadas y consulados, formación adecuada para que atiendan a las necesidades de información y asistencia de esas víctimas. Estas disposiciones no serían aplicables a las víctimas de la trata de personas que pidieran asilo en el país. 4. Cerciorarse de que los procedimientos judiciales en que tomen parte las víctimas de trata de personas no redunden en desmedro de sus derechos, su dignidad ni

su bienestar físico o psicológico. 5. Dar a las víctimas de la trata de personas asistencia letrada o de otra índole en relación con las acciones penales, civiles o de otra índole contra los tratantes o quienes las hayan explotado. Debe darse a las víctimas información en un idioma que entiendan. 6. Proteger efectivamente a las víctimas de la trata de personas de daños, amenazas o actos de intimidación por parte de los tratantes y personas asociadas a ellos. A estos efectos, no debería revelarse en público la identidad de las víctimas de la trata de personas y habría que respetar y proteger su privacidad en toda la medida de lo posible, teniendo en cuenta al mismo tiempo el derecho de los acusados a un juicio imparcial. Habría que advertir plenamente y con antelación a las

de las víctimas a recibir información sobre sus derechos en un idioma que comprendan, a recibir alojamiento, manutención; y atención médica, psicológica y jurídica gratuita. Estas medidas tienen como objetivo establecer redes de apoyo para favorecer la continuidad de las denuncias y minimizar la revictimización. Con independencia de la previsión específica plasmada en la ley, y ante la operatividad de los instrumentos internacionales, los actores judiciales podrían aplicarlos en forma directa⁹¹.

Adicionalmente, la ley contiene disposiciones que tienen como objetivo garantizar la seguridad de las víctimas y sus familiares. No sólo se prevé la posibilidad de hacer extensivo el Programa Nacional de Protección de Testigos previsto en la Ley 25.764, sino que, de conformidad con las normas internacionales, también se reconoce la importancia de otorgar especial protección a la intimidad de la víctima⁹². Estas formas de protección son especialmente importantes en las investigaciones de trata para la explotación sexual donde es más factible que las víctimas sean objeto de interrogatorios vejatorios. Para estos supuestos, también es posible apelar al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el cual protege a víctimas de crímenes sexuales a través de la prohibición de realizar interrogatorios intimidatorios que avancen sobre la esfera de la vida privada o sobre la conducta sexual previa⁹³. Con relación a la forma de desarrollar los interrogatorios, la ley 26.364 también prescribe modalidades especiales para el testimonio de las personas menores de 16 años de edad, en tanto remite a la aplicación de los artículos 250 bis y ter del Código Procesal Penal, normas que fueron dictadas en consonancia con las prescripciones de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Finalmente, la protección de las personas damnificadas se completa con la prescripción de la no punibilidad de las víctimas de trata por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de este delito. Tampoco le serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencia de la

víctimas de la trata de personas de las dificultades que entraña proteger su identidad y no habría que dejar que se formaran expectativas falsas o poco realistas en cuanto a las posibilidades de los agentes del orden a este respecto. 7. Disponer el regreso en condiciones de seguridad y, de ser posible voluntario, de las víctimas de la trata de personas y estudiar la opción de que residan en el país de destino o la de reasentarlos en un tercer país en ciertas circunstancias especiales

(para impedir represalias o en casos en que se considere probable que vuelvan a ser objeto de trata, por ejemplo). 8. En colaboración con las organizaciones no gubernamentales, hacer que se proporcione a las víctimas de la trata de personas que regresen a sus países de origen la asistencia y el apoyo necesarios a los efectos de su bienestar, de facilitar su integración social y de prevenir que sean objeto nuevamente de trata de personas. Habría que adoptar medidas para proporcionar a las víctimas de la trata de personas que regresan a sus países atención médica y psicológica, vivienda y servicios de enseñanza y empleo adecuados".

⁹¹ Ejemplo de ello es la resolución dictada el 14 de julio de 2005 por una jueza de Necochea, quien ordenó a la Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires asumir los costos para garantizar la seguridad de las víctimas: hospedaje y tutela en resguardo de la integridad física, psíquica y moral de las jóvenes explotadas.

⁹² Cf. artículos 6 inc. i, y 8 de la ley 26.364.

⁹³ Naciones Unidas, Corte Penal Internacional, Las Reglas de Procedimiento y

actividad desplegada durante la comisión del delito que las damnificó⁹⁴. La doctrina ha cuestionado esta norma por considerar que su amplitud puede favorecer que personas que han cometido graves delitos puedan buscar su impunidad haciéndose pasar por víctimas de trata⁹⁵, o por entender que esta eximente general contiene supuestos ya contemplados en el artículo 34 del Código Penal⁹⁶. Sin embargo, la previsión sólo requerirá que se tomen los recaudos particulares para establecer si se está ante una persona que fue damnificada de trata y, por otra parte, contiene algunos supuestos de no punibilidad no previstos previamente en el Código Penal, por lo que permite pensar en formas diferentes de culpabilidad, novedosas para la legislación.

En efecto, las razones por las cuales la ley 26.364 exime de pena a las víctimas están ligadas a lo que en la dogmática se circunscribe a la culpabilidad como estrato analítico de la teoría del delito. Lo novedoso de la norma contenida en el artículo 5 de la ley 26.364 es la inclusión de un supuesto de no punibilidad por una causa de exclusión de la culpabilidad de quien no es inimputable, situación que importa el reconocimiento del Estado de una disminución del reproche. En este sentido, la ley parece reconocer que la persona sometida a trata puede estar en una posición similar a la de quien obra por miedo insuperable. En función de ello, la exclusión de la pena estaría basada en la coerción a la que se ve sometida la víctima y su consecuente limitación para tomar decisiones en forma libre. Ahora bien, a la luz de los medios comisivos contenidos en la norma incluida en el artículo 145 bis del Código Penal no sería imposible imaginar supuestos en los que una persona sometida a trata delinca, ya no en razón de la violencia o coacción a la que es sometida, sino que como consecuencia de la situación de vulnerabilidad que la llevó a esclavizarse, sin que ello necesariamente importe en cada caso un supuesto de temor reverencial o miedo insuperable. En este sentido, la exclusión de la pena sobre la base de su sometimiento a la explotación importa el reconocimiento de la ley de la existencia de causas de inculpabilidad que no responden necesariamente al catálogo del artículo 34 del Código Penal. Esta situación abre las puertas a nuevas formas de culpabilidad en tanto la ley está reconociendo una realidad subjetiva sobre la que le es imposible asentar el reproche penal.

V. Conclusión

Las disposiciones contenidas en la ley 26.364 tienen como objetivo establecer las bases para la persecución penal de la trata y la correcta protección de sus víctimas. La tipificación penal de la trata con fines de explotación y las reformas procesales descriptas en este trabajo representan un avance importante en la lucha contra el fenómeno definido como una forma moderna de esclavitud.

Sin embargo, la figura de la trata de personas se encuentra expuesta a serios problemas de interpretación que pueden afectar la correcta persecución del delito. En efecto, a pesar de la previsión específica de todas las conductas que conforman la cadena de la trata, conforme información brindada por el mismo Estado argentino, desde la promulgación de la ley hasta la actualidad, ha habido pocas condenas. A juzgar por la jurisprudencia publicada y citada en este texto, las investigaciones penales estuvieron lejos de dismantelar a la delincuencia organizada. De hecho algunos de los tribunales que dictaron sentencia en casos de trata llamaron la atención sobre las falencias de la pesquisa, y sobre la necesidad de profundizar las líneas de investigación para lograr dismantelar grandes organizaciones⁹⁷.

Esta crítica no pretende restar importancia a la legislación que estableció una definición legal que atiende las realidades materiales de las víctimas, sino antes bien destacar que la tipificación es sólo uno de los componentes de la lucha contra este fenómeno. Para erradicar la explotación de personas son necesarias estrategias firmes y sostenidas que incluyan medidas de prevención, y políticas públicas comprometidas en poner fin a la desigualdad que facilita el aprovechamiento de quienes se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad⁹⁸.

Prueba, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000), Regla 71.

⁹⁴ El artículo 5 de la ley 26.364 dispone: "No punibilidad. Las víctimas de la trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata.

Tampoco les serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito que las damnificara".

⁹⁵ Cf. Maximiliano Hairabedián, "La nueva ley de trata...", ob. cit.

⁹⁶ Cf. Alejandro Cilleruelo, ob. cit.

⁹⁷ Cf. T.O.C.Fed. Mar del Plata, "Ortega Mora, Gloria Raquel y Lopez, Raúl Andrés", rta. 8/02/2010, decisión en la que el Dr. Portela destacó: "Hay que señalar además que el tema de la captación de las víctimas no ha sido trabajado en la investigación, que la casa allanada no fue clausurada de inmediato sino recién des-

pués del segundo allanamiento y estas irregularidades deben ser mejoradas en lo sucesivo para que se pueda dismantelar realmente toda la cadena que evidentemente cuenta con complicidades de funcionarios policiales y municipales". En similar sentido, cf. T.O.C.Fed. II, Córdoba, "PHR s/ Trata de personas menores de edad para su explotación", rta. 27/4/2010, decisión en la que se destacó: "...quiero remarcar en relación a la instrucción de las presentes actuaciones, y tal como lo sostuviera el señor Fiscal al momento de mantener su acusación durante el debate, que la misma no fue la ideal, la deseada para este tipo de delito tan complejo y aberrante, sino que por el contrario se podrían haber seguido distintas líneas investigativas que surgieron en su momento y mediante las cuales posiblemente se podría haber llegado a desbaratar a una de las tantas organizaciones criminales que en nuestro país y en el mundo entero se dedican a cometer este tipo de injusto".

⁹⁸ El artículo 9 del Protocolo de Palermo prescribe:

"1. Los Estados Parte establecerán políticas, programas y otras medidas de carácter amplio con miras a:

- a) Prevenir y combatir la trata de personas; y
 - b) Proteger a las víctimas de trata de personas, especialmente a las mujeres y los niños, contra un nuevo riesgo de victimización.
2. Los Estados Parte procurarán aplicar medidas tales como actividades de investigación y campañas de información y difusión, así como iniciativas sociales y económicas, con miras a prevenir y combatir la trata de personas.
 3. Las políticas, los programas y demás medidas que se adopten de conformidad con el presente artículo incluirán, cuando proceda, la cooperación con organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y otros sectores de la sociedad civil.
 4. Los Estados Parte adoptarán medidas o reforzarán las ya existentes, recurriendo en particular a la cooperación bilateral o multilateral, a fin de mitigar factores como la pobreza, el subdesarrollo y la falta de oportunidades equitativas que hacen a las personas, especialmente las mujeres y los niños, vulnerables a la trata.
 5. Los Estados Parte adoptarán medidas legislativas o de otra índole, tales como medidas educativas, sociales y culturales, o reforzarán las ya existentes, recurriendo en particular a la cooperación bilateral y multilateral, a fin de desalentar la demanda que propicia cualquier forma de explotación conducente a la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Los tratados internacionales suscritos por la Argentina también contienen un mandato expreso a favor de esta acción. Cf. artículo 5° 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."

La defensa pública como garantía de acceso a la justicia

Gabriel Ignacio Anitua

Es muy difícil abordar el tema de la garantía de la defensa en juicio en un espacio dirigido a defensores, que saben mucho al respecto. La cuestión de la defensa pública como garantía de acceso a la justicia es un tema muy extenso, y por ello me limitaré a la defensa pública como una forma de “garantía”. No desarrollaré aquí esa idea tan fundamental para el eficaz desarrollo del Estado de derecho, y sobre todo para la posible evolución de la propia institución a la que pertenecemos, cuál es la del acceso amplio a la justicia.

El acceso a la justicia parece especialmente importante para garantizar otro tipo de derechos, muchas veces tanto o más importantes que los derechos civiles y políticos, entre los cuales están las garantías penales y procesales penales. En todo caso, en lo que hace a este último tema y al rol de defensor penal, esta mención al acceso a la justicia parece una burla, si se considera a quienes defendemos normalmente que son personas que están privadas de su libertad, están detenidas, y su único contacto con la justicia es principalmente el de la institución penitenciaria, a la que es muy fácil acceder y de donde precisamente lo que quieren es salir, lo contrario de acceder. Y la defensa penal, de la que nos encargamos, exactamente tiene que lograr esto, tiene que brindar asistencia jurídica al acusado para ayudarlo a luchar por su libertad, en todo caso.

Como ya dije, este tema así acotado, parece fácil pero es muy difícil. Sobre todo es difícil en la pretensión de ser medianamente original. En todo lo demás, lo fácil y lo difícil son expresiones del mismo fenómeno: son dos caras de la misma moneda. Ustedes, como lectores están predispuestos a algo sobre lo que ya se ha hablado y se ha dicho mucho, y mucho mejor de lo que pueda decir yo. Precisamente por eso tengo que decir alguna otra cosa, intentando que no sea tan diferente, pues en ese caso no estaría tan bien.

De hacer lo correcto estaría incurriendo en un plagio, pero en realidad un plagio imposible. Sería imposible, por ejemplo plagiar a Luigi Ferrajoli quien con precisión se refirió a esta defensa pública, a la defensa oficial como garantía esencial en el proceso penal¹; o a Fernanda López Puleio², o a Stella Maris Martínez³. Si pudiese decir aquí lo que ellos ya han escrito, mucho mejor de lo que podría haberlo hecho yo, estaría cumplido este papel. Pero no puedo hacerlo. Por lo tanto intentaré basarme en lo que han dicho

¹ En “Garantismo y defensa penal –o sobre la defensa pública–” en el número 1 de nuestra Revista del Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2006, o las menciones en la monumental “Derecho y Razón”, Madrid, Trotta, 1997, esp. p. 614.

² Ver su “Justicia Penal y Defensa Pública. La deuda pendiente” en Revista Pena y Estado nro. 5, Buenos Aires, Inecip, 2002, Buenos Aires, y “El acceso a un defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos” en la Revista del Ministerio Público de la Defensa nro. 4, Buenos Aires, 2008, entre otras.

³ Recomiendo su “Defensa Pública, derecho del pueblo” en Revista Pena y Estado nro. 5, ya citada, además de sus múltiples intervenciones públicas orales y escritas, y sus comunicaciones personales a todos los defensores argentinos.

tales importantes autores para reflexionar, para intentar encontrar alguna pauta para la discusión: en realidad, no una propuesta ni nada por el estilo, sino simplemente un intento de compartir complejidades, dudas, acerca de la idea de la “defensa” y en torno a dos cuestiones centrales que hacen al título de la ponencia: la idea de “garantía”, por un lado, y, por otro lado, la idea de “público”, este adjetivo de la defensa, que la convierte en la defensa pública, y con ello en la defensa oficial, y concretamente lo que hace a nuestra institución.

El tema de las garantías nos remite a la cuestión central del Derecho e incluso a la del Estado de Derecho. La aporía que cruza todo el problema que aquí plantearé ya está presente en un tipo de Estado que tiene que buscar eficiencia, posibilitar una actividad funcional, y legitimar esas intervenciones, pero que a la vez se autolimita para obtener esas posibilidades de acción y de acción política. Esto en realidad es una complejidad, no de una forma en particular sino del propio Estado: es la complejidad de las formas políticas occidentales. Lo propio de la civilización occidental es esto que hace a la conformación de un Estado de Derecho, un Estado de garantías. Ello es también lo que luego se ha universalizado, se ha globalizado, diríamos con términos más modernos, con sus ventajas e inconvenientes.

Creo que lo esencial de la complejidad occidental es la complejidad del Derecho, la complejidad jurídica. Se discute sobre qué es lo determinante de nuestra civilización occidental (y, hoy, mundial o globalizada): si es la tradición griega, la filosofía griega y demás, o la tradición judía, hebrea, o el cristianismo como una suerte de síntesis de ambas tradiciones culturales. A mí (y de acuerdo con Foucault⁴, Legendre⁵ y tantos otros) me parece que lo que es esencial es la tradición romana, y sobremanera la herencia jurídica de esa cultura. La tradición romana

del derecho es retomada en algunos lugares de Europa occidental a partir del siglo XII (y en este caso sí el cristianismo tuvo un rol principal porque es retomada por algunos papas, no muy santos, pero especialmente versados en razonamientos de tipo jurídico). Y con ella se permitirá lograr una mayor eficiencia, para hacer por un lado la forma Estado, y por otro las empresas mercantiles. La jurídica será la clave de bóveda en la que se asentará el edificio de la racionalidad occidental. Siempre tomando lo racional en el sentido weberiano, en el sentido de eficiencia que posibilitaría la efectiva globalización de la propia cultura de los derechos (y que “salvaría” a otras formas más coyunturales como al propio cristianismo).

Vivimos desde ese momento, en que se reciben las reglas del derecho romano para instrumentar los valores, (entonces, cristianos, y luego otros cualquiera) y en que se combate en su nombre contra la magia y las ordalías (que se criminalizan), en la “civilización del derecho”.

Esto va más allá de lo estrictamente jurídico (y de lo procesal penal y penal), y nos marca en lo político, en lo cultural, en todos los ámbitos de nuestra vida. A poco que nos pongamos a pensar vemos cómo la idea de lo jurídico cruza la ciencia, al menos la ciencia occidental que hoy es la ciencia global. La ciencia habla, y no casualmente desde el Renacimiento, Galileo, Newton, etc, habla de leyes, esta idea de algo que necesariamente se tiene que cumplir, que hay causas con efectos necesarios (esto no es tal en ningún otro universo cultural, en la China, en la India tenían saberes, descubrían cosas, lograban técnicas en base a esos saberes, pero no se les ocurría esta idea de la ciencia occidental de la “ley”). Y así con la idea de verdad, con la de su prueba, con la demostración y motivación para que otros reconstruyan, con un método, ese camino o proceso. La ciencia toma un ropaje jurídico-procedimental que ya no abandonará. Pero sobre todo pasa esto en el terreno cultural y político.

Esta razón instrumentalizada por lo jurídico, va a provocar algo que es también particular de esta civilización occidental. Me refiero a la escisión, a la partición entre lo

⁴ En especial, en “La verdad y las formas jurídicas”, Barcelona, Gedisa, 1980.

⁵ En muchas partes de su obra, en forma clara y breve en “El tajo”, Buenos Aires, Amorrortu, 2008.

privado y lo público, entre las leyes generales del derecho y las particulares de la moral. Ciertamente es que esta escisión es complicada, es compleja, porque no es tajante, no queda claro qué es lo público, qué es lo privado. Recientemente, en un libro excelente⁶, Paolo Prodi se plantea, tras un posible recorrido histórico, ese problema actual del avance de lo público sobre todas las áreas que tradicionalmente eran de la esfera o del fuero interno, cuestión de la consciencia. Es interesante esta visión, que considero bastante conservadora, pero entiendo que hay que considerar también los “avances” del fuero del derecho como verdaderas conquistas (y ello es sobre todo así en los llamados derechos sociales). Y ver ese u otros posibles recorridos históricos, como el del desarrollo de luchas, que, siendo exitosas, adoptan el lenguaje exitoso, pero ambivalente, del derecho. Digo esto porque los derechos, con el plural, siempre reclaman un adjetivo como el de “humanos” o “civiles” o “subjetivos”, que remite justamente al sujeto que los detenta: un individuo, y que los opone al Estado, pero también son todos los individuos que tienen igual condición quienes los poseen. El discurso de los derechos es a la vez el organizador del Estado moderno y el que lo limita, otorgando garantías a uno y a todos los individuos en el acto de constitución del Estado de derecho.

En ese sentido, las necesidades, los reclamos y finalmente los logros se transforman cuando se traducen en el lenguaje del derecho. El lenguaje del derecho, incluso el del imperio romano rescatado por la Iglesia y los Estados en sus pretensiones jerarquizantes y verticalizantes, me parece que tiene algo esencial que significa conceder al otro lo que para sí se reclama. En ello está la idea de igualdad, la idea de que todos podemos acceder a eso que nos constituye como ciudadanos, y, antes, como humanos. Y que todos accedemos de tal forma que ni siquiera voluntariamente podemos renunciar a eso. Sé que esto último es muy discutible.

Volviendo a nuestro tema, me concentraré en la idea de “garantía”, y en cómo se expresa en los primeros documentos, que en realidad eran pactos, acuerdos, contratos entre unos individuos y esa embrionaria organización estatal que en el siglo XIII se fundaba en el derecho y por ello se limitaba. En esos primeros momentos esta compleja noción de autoridad que viene del derecho romano, todavía se está gestando. Queda más de la tradición medieval, de la tradición germánica, en cuanto a remitir a formas jurídicas, pero a formas más bien composicionales e interindividuales. En la Carta Magna de 1215, la primera expresión de “garantías”, si se quiere llamarla así, aparece como una conquista pero para pocos, como un contrato que hacen los miembros de un grupo, en este caso los nobles ingleses, que dicen “señor rey, señor Estado, a mi no me puede usted allanar el domicilio sin un permiso especial, a mi no puede darme la muerte o afectar un miembro si no es con la autorización de un jura-

⁶ Prodi, Paolo, “Una historia de la justicia”, Buenos Aires, Katz, 2008.

do de doce iguales, doce nobles también, con un juicio que tenga todos los requisitos del debido proceso, la posibilidad de defensa, la no obligación para declarar en contra propia, etcétera”. Y firman los obligados, esto es, el rey Juan por el Estado. Todo ello aparece expresado en ese documento, que está en latín de esta forma, y que luego también se mantendrá en la cultura jurídica anglosajona con el nombre de “privilegio”.

La acepción de privilegio hoy denota excepcionalidad, beneficio personal y excluyente. Es ello lo que era también entonces. No obstante, se sigue hablando en el derecho anglosajón, por ejemplo del “privilegio contra la autoincriminación”, del que gozan todos los ciudadanos en un Estado de derecho. Recordando a Julio Maier, en un seminario de los que él convocaba discutíamos acerca de la traducción de la voz “privilegio”. Discutíamos cómo traducirla desde un texto en inglés, si era correcta la traducción literal de “privilegio” o en realidad había que hablar con mayor corrección de “garantía”, y por tanto de “derecho”. Seguro que actualmente es más razonable esto último. Pero en aquel entonces, cuando se firma la Carta Magna, eran realmente “privilegios” los que conseguían ciertos sectores (asimismo como el privilegio de no pagar tributos u otros): la etimología de la palabra es la de *privis legis*, se trataba de una “ley privada” para que este sector o esta persona pudiese exigir el cumplimiento de ese contrato. El privilegio venía acompañado con una garantía, se trataba de garantizar el cumplimiento de ese contrato excepcional y no universal, protegía, solo, al contratante.

Esta noción privatista es la que va a ir cambiando con la introducción de la noción universal de derecho, de “ley pública” como contraria al privilegio. Esta evolución será más notable en la tradición continental que en la anglosajona, pero en todo caso

hace a esta cultura de los derechos de la tradición occidental en general. De esta manera, esa idea de privilegio transformada en garantía, transformada en derecho, en una ley o derecho público, en un derecho que, decía antes, llega hasta alcanzar el carácter de irrenunciable. Esto es discutible, como ya dije antes, y está mucho más influido por el derecho romano republicano que por el tardío del Imperio que es el efectivamente retomado en el fin de la edad media. Pero está en la misma noción de derecho. Un derecho público, un derecho para todos los humanos, no se puede negociar, es inalienable, no se puede quitar, no puedo cambiarlo por algo que me parezca más útil, se me impone en contra de mi voluntad, diría casi rousseaunianamente, es efecto de la voluntad general que se impone contra una voluntad individual que, de ser contraria a aquella, en realidad no es la verdadera voluntad⁷. No solamente en este ilustrado republicano, en casi todos los reformadores aparece la noción de derecho público como una cualidad que no puede entregarse sin perder la dignidad, la noción de ciudadano. Especialmente a partir de Locke⁸, quien deja aclarado esto en base al derecho romano republicano, en el que nadie podía venderse a sí mismo como esclavo (con ello se puede responder a algunos teóricos neoliberales como Nozick quien plantea esos hipotéticos, y legítimos según él, contratos⁹, en verdad imposibles en un verdadero Estado de derecho respetuoso de la dignidad humana).

Todo ello parece muy alejado de nuestra realidad, pero es, por ejemplo, lo que funda mi idea de que el juicio penal, con sus características esenciales (publicidad, jurado, etc.) no puede renunciarse. Y del mismo modo, no pueden renunciarse las garantías y límites en favor del individuo y contra la acción, posiblemente abusiva, estatal.

Esto se aplica directamente a la idea de defensa, como derecho público y por tanto irrenunciable. A la idea de defensa que también consta de dos caras difícilmente escindibles: de obligación del Estado, por un lado, para lograr la realización del juicio, y como un derecho natural para el individuo, que incluso Hobbes reconocía, equiparán-

⁷ Especialmente en “El contrato social”, Alianza, Madrid, 1986.

⁸ Desde su “Segundo tratado sobre el gobierno civil”, Madrid, tecnos, 2006.

⁹ Nozick, Robert, “Anarchy, State and Utopia”, Nueva York, Basic Books, 1974, p.331.

dolo a la legítima defensa¹⁰, por el otro. La cuestión tiene, entonces, dos aspectos y que pueden teóricamente pensarse como la defensa en juicio y el debido proceso (que en verdad son una y la misma cosa). La garantía de la defensa y, sobre todo la de la defensa pública, es la vez una posibilidad de ejercer efectivamente ese debido proceso, pero también es la garantía para impedir la eficiencia de ese debido proceso encaminado a la represión.

Esto durante siglos fue algo menos que una expresión de deseos. Pero luego se va a plantear como una necesidad, sin reconocer expresamente la aporía. Sobre todo va a ser importante tras las luchas del siglo XVIII (en las cuales la burguesía reclamaba para sí ciertas prerrogativas, pero a las que les da el discurso constituyente de “ciudadanos”, del derecho). Será ya en el siglo XIX cuando se permitirá que ese acceso a la defensa, acceso a la justicia pero en carácter de defensa judicial de las garantías, o de límites que el Estado se impuso en la tarea represiva, sea algo más que deseable y se constituya en una obligación.

La defensa particular individual, la que ejerce como puede la propia persona acusada, siempre, incluso en el sistema inquisitivo, fue aceptada de alguna manera. Luego, esa defensa era técnica para el que se la podía pagar, y en todo caso se pensaba como algo caritativo, que se hacía de buena voluntad por alguien que tuviera conocimientos jurídicos para aquellos que no tenían la posibilidad de hacerse oír por sí mismos ni pagar por esos servicios.

En el siglo XIX, con un Estado cada vez más fuerte y también mas “de derecho”, se entiende a la defensa como una obligación, pero como una obligación, en el caso europeo, para los abogados. Los abogados, como parte de sus facultades que les permiten ganar dinero, ejercer esa como su profesión, tienen la obligación, impuesta por el Estado, de defender a aquel que no puede pagarles por sus oficios¹¹.

Pero en el ámbito latinoamericano, y con especificidades que trató Ana Zapata de Barry¹², y en relación con las instituciones tutelares, patriarcales, de defensa del indio, de defensa del esclavo, en fin, de protección de aquellos a quienes no se consideraba iguales, sino inferiores y, por ello, merecedores de tutela, surgen instituciones que irán mutando con la recepción de la noción de universalidad en el derecho y en su ejercicio. En todo caso, y más allá de esa excepcionalidad a aquella lógica de los “derechos” en su origen, existían aquí instituciones de funcionarios encargados de defender, que luego se van a extender y ampliar a lo que son nuestras instituciones, casi únicas en el mundo. La existencia de cuerpos de funcionarios del Estado encargados de velar por los intereses de los acusados y de evitar la imposición de medidas lesivas contra ellos (y por tanto de ir en contra de los intereses estatales) en una característica de Latinoamérica. Y envidiada en el mundo. En otros ámbitos

¹⁰ en “Leviatán”, Madrid, Editora nacional, 1979, p. 113.

¹¹ Ver este desarrollo en Alves, Cleber Francisco “Acceso a la justicia, Estado de derecho y consolidación democrática en América latina” en el número 2 de la Revista del Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2007.

¹² “El Protector de los Naturales y el Defensor General de Pobres en la estructura jurídica de la América hispana”, en el número 3 de la Revista del Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2007.

jurídicos se ve algo de envidia al tipo de instituciones como la que ustedes integran, o nosotros integramos.

A partir del siglo XX, sobre todo con la forma Estado de Bienestar, en la cual el Estado asume expresamente más obligaciones para con los ciudadanos, aquella obligación para abogados pasa a ser del Estado. En Europa, el Estado les paga a los abogados para que ejerzan “turnos de oficio”, asumiendo así una defensa que es pública, que es oficial, pero que no tiene el mismo carácter que este modelo más avanzado que es el nuestro, que es el modelo argentino y también diríamos latinoamericano. De hecho, entiendo que nuestro modelo es la coronación de esta evolución y que sería lógicamente más compatible con aquella forma Estado.

Es así que en Europa, en España, en Italia (y singularmente allí por Luigi Ferrajoli), se piensa en adoptar instituciones como las nuestras. Ferrajoli plantea la extensión de este modelo para poder cumplir con las dos caras del Estado. Plantea este autor, específicamente, la importancia de la defensa y de la defensa pública como una garantía procesal y penal¹³.

La garantía de la defensa es presentada, por Ferrajoli, como una garantía epistémica, como una garantía que posibilita el juicio garantista. Es de hecho la base angular, la clave de bóveda, de todo su edificio garantista. Sería por un lado una metagarantía que posibilita que se realicen las otras garantías, pero es además una garantía central del contradictorio y la defensa de lo que hace al contradictorio para la correcta comprobación o refutación empírica, o falsación, de la verdad procesal. Las garantías para el Estado de derecho y para las libertades individuales se basan, en lo que hace a la represión penal y sus límites, en un criterio de verdad, que está en esta idea de verdad procesal. Esto es lo que hace que un juicio no sea discrecional, lo que inmuniza a los ciudadanos contra los abusos del poder, y a la vez legitima al poder como eficiente

y justo. En los criterios que Ferrajoli toma de la epistemología, surgen las garantías. Entre ellas es de principal importancia, dado el influjo de las ideas popperianas, el derecho de defensa y contradictorio como traslación de la necesidad de confrontación y sometimiento a contraprueba de las hipótesis previamente “probadas”. La tarea fundamental de la defensa es la de falsear hipótesis, en este caso, de la hipótesis acusatoria. Esto parece central en ese enorme andamiaje que es la construcción ferrajoliana. También aquí se juega algo que es central para este autor pues “es sobre el terreno de la defensa que se mide, más que sobre cualquier otro, la desigualdad de los ciudadanos frente a la ley penal”¹⁴, y hay que recordar siempre el ideal igualitarista y socialista de nuestro autor, para comprenderlo acabadamente.

La garantía de la defensa, no es una mera creación ideal para Ferrajoli, quien recuerda su teorización por los clásicos: cita a Bentham, a Filangieri, a Carrara, a Lucchini, como propulsores de una defensa eficaz, y para que ella sea tal, de la creación de cuerpos de funcionarios defensores. De alguna manera Ferrajoli se asombra de que muchos años antes que Popper, estos juristas ya habían descubierto la necesidad del principio de refutabilidad, y con ella la epistemología falsacionista. De que ya habían descubierto que para tener un criterio de verdad razonable y convincente es importante que alguien enuncie una hipótesis, en este caso el fiscal, y que haya alguien encargado de refutar esa hipótesis, de falsearla. Si no se logra, después de haber puesto todo su empeño en ello, recién allí tenemos una verdad provisional, en este caso una verdad procesal. A mí me parece que no debería asombrarse tanto, teniendo en cuenta esta injerencia, que había mencionado en un principio, del derecho, de las formas jurídicas, sobre todos nuestros ámbitos de vida. Es así como impone esta forma jurídica la idea de leyes, de prueba y demás formas de razonamiento científico importantes en el siglo XV, XVI. Lo mismo seguirá ocurriendo en el XIX y XX. También sobre las formas filosóficas y epistemológicas. Me parece que Popper, como

¹³ De aquí en adelante, lo sigo en sus trabajos arriba citados.

¹⁴ Artículo citado, p. 51.

filósofo occidental, piensa a la verdad de esta forma, que es una forma jurídica. Es la forma jurídica del acusatorio. La epistemología verificacionista sería la expresión filosófica, de la forma jurídica del inquisitivo.

La epistemología falsacionista, en filosofía, respondería a la forma jurídica del acusatorio, que es evidentemente previa a la enunciación de sus ideas por Karl Popper. En todo caso me parece que más que una traducción en reglas jurídicas de elementales criterios epistémicos, lo que tenemos es una asunción, en complejos criterios epistémicos, de las formas del derecho para imponer una verdad y hacerla asumible por algunos o por todos. Más allá de esta cuestión, lo importante es estar a lo que propone Ferrajoli, que es una verdadera conquista para la noción igualitarista del derecho. No me extenderé en ella porque la doy por conocida, y porque no lo voy a decir igual de bien que lo escribe Ferrajoli. Pero, en definitiva, el sometimiento a contrapruebas de la hipótesis acusatoria es algo central del modelo garantista de enjuiciamiento, del modelo acusatorio: no hay acusatorio sin defensa; no hay debido proceso sin defensa; no hay sistema de garantías sin defensa.

Lo dice la Constitución argentina, al resumir todas las garantías (las expresamente mencionadas en el artículo 18 y las que no) cuando dice “Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”. Igualmente el artículo 8.2.d. de la CADH, y toda la doctrina (empezando por Julio Maier¹⁵) reconocen el derecho irrenunciable de todo habitante a hacerse defender por un abogado que proteja su interés e integre o complemente su personalidad jurídica en el juicio penal que se le siga en su contra. El Estado tiene la obligación de que esa defensa sea eficaz. Para que se cumpla con la “igualdad” (con la acusación, pero también con todos los posibles acusados) la defensa técnica tiene que ser proporcionada por el Estado si es que el acusado no propone (porque no puede, o no quiere) abogado. Esto impone una obligación especial al Estado, que es la de posibilitar la existencia de ese abogado, que luego debe ganarse la confianza del defendido, y de que este, en su actuación, sea eficaz. En tanto no se puede confiar en el servicio “ad honorem”, se entiende que el Estado debe pagar la defensa. Así estamos ante la defensa “pública” como garantía de cumplimiento de ese derecho universal o “público”.

Para Ferrajoli dicha finalidad se logra con una persona dotada del mismo prestigio y autoridad que el acusador (y debería indicarse también igual capacidad jurídica y poderes). De esa manera puede dar efectivo y eficaz cumplimiento a la garantía de la defensa pública. La que cumple, siempre según Ferrajoli, con seis instancias. En primer lugar garantiza la lógica judicial, la lógica de la epistemología falsacionista, garantizando la confrontabilidad jurídica y fáctica de la hipótesis acusatoria. En segundo lugar, garan-

¹⁵ En su “Derecho Procesal penal”, Tomo I, del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 551 habla de “servicio público imprescindible”.

tiza la libertad, la búsqueda siempre de libertad, pensando en el otro aspecto, el de la defensa del imputado y no en la del sistema lógico o legitimador. Es, en este sentido, un contrapeso frente al poder del Estado representado por la policía, el fiscal o el juez. En tercer lugar, dice Ferrajoli, garantiza la confianza de la población que ve razonable ese enjuiciamiento, y a la vez impide la condena del inocente. En cuarto lugar garantiza la paridad de armas, la igualdad de la defensa con la acusación, la igualdad del imputado con aquel que lo está acusando que normalmente suele ser un fiscal y por lo tanto es alguien versado en derecho. Y garantiza, en quinto lugar, otro tipo de igualdad muy importante que es la igualdad ante la ley de todas las personas.

Y para esto es especialmente importante la defensa pública, la defensa oficial, la existencia de un sistema eficiente que se ocupe de garantizar la defensa para aquellos que no pueden pagar a un abogado de su confianza, su conocimiento previo. Garantiza que todas las personas van a ser defendidas y van a ser defendidas eficazmente (debe reconocerse que en nuestro caso no sólo los pobres acceden a este servicio, sino también aquellos que no quieren elegir una abogado particular o a muchos de aquellos imputados que eligen a la defensa oficial, entendiéndolo que es un servicio eficaz, un servicio eficiente: esto es en sí mismo un reconocimiento del respeto a esta igualdad). Esto garantiza, según Ferrajoli, la igualdad de todo el universo poblacional. Y en relación con esto también y en sexto lugar, garantiza la inocencia, esa inocencia que es un estado, se presume, y que frente a una intervención estatal no tiene por qué llevar a irrogar gastos, sino que el Estado debe, al mismo tiempo en que lo incomoda, asegurarle la defensa eficaz y solventar los gastos de tal iniciativa, que puede ser infundada. Y esto hace a la idea de gratuidad, para el acusado, que está vinculada a esa defensa pública y que con buenos motivos defiende especialmente Ferrajoli. Y no sólo él.

Pero la defensa pública impone que para el Estado sea costoso realizar esta función, que va en contra de sus otras funcio-

nes específicas. En tal sentido, se advierte en esta institución de la defensa pública el doble papel del carácter subjetivo, por un lado, el de la defensa del imputado, pero también, por el otro lado, el carácter objetivo, lo que hace posible un proceso. Ambos aspectos están, desde ya, en la Constitución Nacional, en los tratados incorporados en la Constitución y son los que hacen que sea una garantía irrenunciable, inalienable. Pero en ellos, como sancionadores de límites al Estado debe presumirse la sanción del primer aspecto. Y ello debería también primar en nuestras actuaciones (y así el segundo se daría, por añadidura). La defensa pública oficial es un organismo del Estado, forma parte del Estado, pero en realidad está siempre combatiendo contra el Estado. Contra el Estado en su pretensión punitiva, representado en este caso por el Ministerio Público, pero antes por la policía y luego incluso por los jueces. Para poder cumplir con eficacia con el rol estatal que se encarga a los defensores, evidentemente tienen que hacer como si no hubiera una tal obligación para perfeccionar el proceso y tienen que hacer prevalecer el interés del individuo.

Desde la descripción de los diccionarios de la voz “defender” (amparar, librar, proteger, mantener, conservar, sostener algo contra el dictamen ajeno, impedir, estorbar, etc.) hasta su función de servicio a quien lo necesita y la función jurídica y también la cognitiva en el descubrimiento de una verdad, parece que, además de aceptar y reconocer la importancia de la defensa pública como garantía, debe insistirse en que debe prevalecer este aspecto del interés individual, que siempre se plantea en oposición al Estado. En estructuras como la nuestra esto es fundamental para guiar el actuar, para que se introduzca en la mente, en el aspecto subjetivo, del individuo que actúa como defensor, de aquel que defiende, que ejerce el verbo defender también en primera persona al haber sido designado para complementar las posibilidades defensivas de un acusado penalmente. Más allá de que su accionar (el nuestro) luego forme parte, y posibilite, el debido proceso; el defensor no debe estar

pensando en esa función, ni en que es un funcionario. El defensor no es un engranaje, no es un elemento indispensable para el debido proceso, sino que por el contrario es un obstáculo para la imposición de condenas y de cualquier otra medida restrictiva de la libertad del individuo que defiende. El defensor debe pensar siempre, como lo hacen ustedes, en las mejores estrategias para conseguir lo mejor para su cliente. En los casos penales: su libertad, su no condena.

La defensa pública es irrenunciable, es inalienable y es gratuita. Es gratuita para el que es acusado, porque en verdad, y como ya dije, no es gratuita. La paga efectivamente el Estado y cuesta bastante cara. Pero es un costo que se ha asumido como parte del desarrollo de la civilidad jurídica, al decir de Ferrajoli. Y que lo que hace es distribuir igualitaria, justamente, esos costos que de todas maneras existen, y son altísimos, cuando se decide crear delitos y con eficiencia perseguirlos. Es falso que en algún momento, o en alguna política, haya un costo cero. Es un sistema costoso el de la defensa oficial, pero también es costoso que no la haya y donde corra con el gasto el individuo, y con él el debido proceso. Es un sistema costoso el del debido proceso. Y un procedimiento que no siga al debido proceso también es costoso. Un mecanismo policial de represión, otro jurisdiccional, son costosísimos, y si son ineficientes son más costosos aún. No era precisamente más económico el actuar de la inquisición que las ordalías. Con ello quiero dar cuenta de otro tipo de mitos vinculados a la eficiencia y a las garantías, pero también al acceso a la justicia. Nada es gratis y más bien todo es caro. Ello nos obliga a pensar en las bondades de lo que se realiza costosamente.

Alejándome otra vez de tema, pero sí con respecto al “acceso a la justicia”¹⁶ recordaré que entre aquellos mitos con los cuales se quiere minusvalorar a los derechos sociales¹⁷, en relación a los derechos civiles y políticos, se señala, que son más caros, que son de cumplimiento más costoso para el Estado. Esto creo que también es falso. También es muy caro para el Estado cumplir con los derechos civiles y políticos: garantizar el derecho al voto, es caro; garantizar la libertad de expresión, es caro; garantizar la propiedad –tener registros, tener jueces y policías, es costosísimo. También es caro asegurar las libertades individuales. De hecho, nadie dice que esto sea especialmente caro, aunque debería decirse que está justificado. Por el contrario, desde algunos intereses se señala que lo que es necesario, y por ello también está justificado, para cumplir el derecho a la salud, el derecho a la vivienda, el derecho al trabajo, que todo ello es muy caro. No es esa una buena objeción para su efectividad, y creo que en verdad es una excusa para decir que no son tan importantes (lo que ya he dicho que es falso). Es necesario hacer reales, y universales, a estos derechos y para ello debe hacerlos integrar, en calidad de derechos de todos

¹⁶ Para una visión amplia, de la que no me he podido ocupar aquí, ver Birgin, Haydée y Kohen, Beatriz, “Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas”, Buenos Aires, Biblos, 2005.

¹⁷ Ver la brillante argumentación de Gerardo Pisarello en su “Los derechos sociales y sus garantías”, Madrid, Trotta, 2007.

los habitantes, un sistema eficiente para su reclamo jurisdiccional, que creo yo también puede ser el de la defensa pública, la defensa pública oficial. Un sistema que, para terminar, debe estar al servicio del defendido y ser autónomo. Autónomo de los poderes del Estado, autónomo del sistema judicial y también del propio sistema de defensa. Cada defensor debe tener esta relación de dependencia sólo con su defendido (y en todo caso, tener el apoyo de la organización, y lograr alianzas con otras organizaciones de la sociedad civil). La defensa eficaz tendrá como principio lo contrario a la jerarquía. Stella Maris Martínez siempre habla de jerarquizar la defensa y en verdad no estoy en desacuerdo con eso, aunque yo defienda el principio antijerárquico, porque ella está refiriéndose a otra cosa cuando dice eso de “jerarquizar”. La Defensora General de la Nación argentina se refiere a darle la debida importancia a la defensa, lo que es una auténtica necesidad.

Lo que yo quiero señalar es que, así como no se puede educar desde el principio jerárquico, porque siempre estamos imponiendo que hay uno que manda o que sabe más (lugar que, en el mejor de los casos, ocupará el educando y dejará de aprender en ese momento), tampoco se puede defender desde el principio jerárquico, ya que de esta manera se le pone en el lugar de la diferencia subordinada o inferiorizante al defendido. Creo que esto se vincula con la idea de una defensa pública eficaz, que será la que se ponga al lado (y no arriba) del que tiene una necesidad, del que tiene una necesidad de defenderse. Y esto es importante porque al defender a éste, nos defendemos a todos. Volviendo a la distinción entre derecho y privilegio para finalizar, terminaré con una cita de Juan Méndez: “a no ser que alcancemos un acceso general universal, el derecho a la justicia continuará siendo un privilegio y no un derecho”¹⁸.

¹⁸ En “Democracia, violencia e injusticia”, citado por Cleber Alves en el artículo citado, p. 41.

Nueva legislación argentina sobre prisión domiciliaria para madres de hijos menores de edad

Virginia Sansone*

El presente trabajo versa sobre la evolución en el reconocimiento de derechos fundamentales en la legislación argentina respecto a las modalidades de cumplimiento de la sanción penal de privación de libertad.

Específicamente analizaremos el arresto domiciliario, entendido como una modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad o como una medida cautelar durante el desarrollo del proceso penal en reemplazo de la prisión preventiva.

Este instituto deriva de la sustitución de la cárcel como lugar de privación de libertad por el domicilio. Se trata de una modalidad de ejecución de encierro –pues es detención– que se cumple en el domicilio y/o centro especializado fuera del ámbito carcelario, y no de una suspensión de la ejecución de la condena¹.

a.Actualidad Legislativa Argentina.

En la Republica Argentina se sancionó la ley 26.472², modificatoria del Código Penal y de la ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad.

Esta reforma, acertadamente, amplía las posibilidades de obtener el arresto domiciliario, de acuerdo a las circunstancias de vida por la que transiten las personas privadas de libertad y habilita a reflexionar sobre las posibilidades de modificar las formas de castigo³.

También responde al compromiso estatal de preservar los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, regulados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Específicamente los derechos reconocidos por la ley argentina en el marco internacional se encuentran previstos en los siguientes instrumentos: Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes⁴, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades⁵, Convención sobre los Derechos del Niño⁶, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁷. Previo a la sanción de la ley 26.472, la legislación nacional preveía en el art. 10 del Código Penal que “...cuando la prisión no excediera de seis

* Defensora Pública Oficial por ante los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal de la Republica Argentina. Docente de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires.

¹ De la Rúa, Jorge, Código Penal Argentino, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1997, pag. 143.

² Sancionada el diciembre de 2007, promulgada en enero de 2009.

³ Di Corletto, Julieta y Monclús, Marta “El arresto domiciliario para mujeres embarazadas y madres de menores de cinco años”, en Cultura Penal, Homenaje al Profesor Edmundo Hendler, Editores del Puerto, en prensa.

⁴ Aprobada por el gobierno de la Republica Argentina mediante ley 23.338,

⁵ Aprobada por el gobierno de la Republica Argentina mediante ley 26.378.

⁶ Incorporada a la Constitución Nacional de la Republica Argentina.

⁷ Incorporada a la Constitución Nacional de la Republica Argentina.

meses podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres honesta y las personas mayores de sesenta años o valentudinarias” y el art. 33 de la ley 24.660 de ejecución de la pena privativa de libertad “...el condenado mayor de 70 años o el que padezca una enfermedad incurable en período terminal, podrá cumplir la pena impuesta en detención domiciliaria, por resolución del juez de ejecución o juez competente, cuando mediare pedido de un familiar, persona o institución responsable que asuma su cuidado...”

El marco normativo detallado no cumplía con los estándares internacionales, más aún en relación a la privación de libertad de las mujeres con hijos de corta edad, por no encontrarse regulada especialmente. Esto obligaba a formular peticiones, para preservar los derechos de las madres como también los del grupo familiar basadas, en la interpretación amplia que debían hacer los jueces de las normas citadas.

La jurisprudencia argentina, antes de la nueva ley, ha receptado criterios que favorecían la modalidad de arresto domiciliario de mujeres embarazadas o con hijos como mecanismos de protección de derechos, desde la perspectiva de los derechos de las mujeres y de los niños.

La Cámara Nacional de Casación Penal de la República Argentina en distintos fallos ha reconocido la procedencia de arrestos domiciliarios preservando los derechos fundamentales⁸. Como señalamos, afortunadamente hoy la República Argentina tiene una legislación que especialmente tipifica la posibilidad del arresto domiciliario para madres con hijos de corta edad y mujeres embarazadas.

⁸ Cámara Nacional de Casación Penal: Sala III, Aliaga, Ana María s/ recurso de casación, rta. 7/06/2006., Sala III, “Comesaña, Teresa Martina s/recurso de casación rta. 7/06/2006, Sala IV, A. A. T. s/ recurso de casación, rta. 29/08/2006, Sala IV, D. E. E. s/recurso de casación, rta. 02/06/2008 entre otros fallos.

⁹ Mir Puig, Santiago “Función de la pena y teoría del delito en un estado social y democrático de derecho de derecho”, editorial Bosch, Barcelona, 1982, pag. 15.

¹⁰ Zaffaroni, Eugenio, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro “Derecho Penal, Parte General”, Ed. Ediar, Buenos Aires 2005, pag 47.

Así la ley 24.660, complementaria del Código Penal fue modificada en sus artículos 32, 33 y 35. Puntualmente el art. 32 de la ley 24.660 establece:

“...el juez de ejecución o juez competente podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: a) el interno enfermo cuando la privación de libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en establecimiento hospitalario; b) el interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) el interno discapacitado cuando la privación de libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) el interno mayor de setenta años; e) la mujer embarazada; f) la madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad a su cargo.

En idénticos términos quedo redactado el art. 10 del Código Penal. Resulta interesante remarcar la particular manera en que el legislador ha introducido la presente reforma. Así entendemos sobreabundante la doble redacción en el mismo cuerpo normativo pues la ley 24.660 es complementaria del Código Penal.

La repetición innecesaria de las prescripciones en los diversos artículos puede calificarse como una defectuosa técnica legislativa, repárese que el art. 10 del Código Penal no se derogó sino que se modificó.

b. Funciones y fines de la pena.

El tema a tratar no puede dejar de conjugarse con las funciones y fines de la pena, con la operatividad de las mismas y desde esta posición cuidar que su imposición ni se desvincule de su cometido, ni se expanda a terceros inocentes.

La pena es en efecto uno de los instrumentos característicos con que cuenta el Estado para imponer sus normas jurídicas y su función depende de la que se le asigne al Estado⁹. Parte la dogmática¹⁰ sostiene que la pena es una coerción que impone una privación de derechos o un dolor, que no repara ni restituye y ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros

inminentes. Este concepto de pena responde a un modelo negativo, porque no le asigna ninguna función positiva, esta concepción pone de manifiesto el poder punitivo en toda su dimensión. Las teorías tradicionales de la pena en la actualidad se han desvirtuado por los permanentes cambios sociales y las nuevas políticas criminales.

Estas teorías se basaban en consideraciones empíricas que no han podido ser demostradas. La prevención y la resocialización son fines que no se han podido verificar como verdaderamente alcanzables y ello determinó que sus afirmaciones sobre situaciones y desarrollos empíricos sean metodológicamente cuestionables.¹¹

La resocialización, que dio base a la teoría de la prevención especial, ha recibido fuertes críticas sobre su legitimación ética y la verdadera posibilidad de recibir un tratamiento resocializador en el marco de los establecimientos carcelarios¹². Actualmente la corriente funcionalista del Derecho Penal sostiene que la función de la pena es la prevención general positiva, es decir la reacción estatal a hechos punibles, que al mismo tiempo importa un apoyo y un auxilio para la conciencia normativa social, o sea la afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales.

La pena tiene en este sentido, la función de ratificar las normas que han sido vulneradas y, de esta manera, reforzar la confianza general en las mismas¹³.

Una de las críticas que se le han realizado a esta teoría es la negación a la ideología de la resocialización.

Frente a ello sus partidarios afirman que la prevención general positiva no impide, aunque no exija, que en la fase de ejecución de la pena se lleve a cabo un tratamiento resocializador y que por otra parte esta teoría tiene el merito de no generar falsos optimismos en relación a las posibilidades de la ejecución de la pena privativa de la libertad y de esta manera, origina, necesariamente, una discusión sobre las alternativas reales a esta pena¹⁴.

Es en este último punto señalado donde comienza el análisis sobre el arresto domiciliario y el continuo debate sobre el progreso de la idea de un derecho penal más humano, con penas que respeten la dignidad de las personas.

En relación a la humanización de las penas, durante el último tercio del pasado siglo se superó el anacrónico derecho del castigo y de la represión por un derecho orientado al tratamiento del condenado. Se consolidaron, así, los objetivos resocializadores y reeducadores como sustentadores de la pena de prisión. Como se dijo, este pensamiento resocializador ha sufrido varias crisis, se generaliza la percepción de que la prisión rara vez sirve para los fines teóricamente proclamados, muy al contrario, en lugar de resocializar, indefectiblemente agrava la desocialización¹⁵. Es la dignidad de la persona, como límite material primero a respetar por un Estado democrático, lo que va fijando topes a la dureza

¹¹ Bacigalupo, Enrique, "Derecho Penal - Parte General", editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pag.39.

¹² Bacigalupo, Enrique, ob cit. Pag. 39.

¹³ Jakobs, Gunther, "Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación"

¹⁴ Bacigalupo, Enrique, ob. Cit. Pag. 40.

¹⁵ De La Cuesta Arzamendi, J. L., "Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el Proyecto de 1992", en Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan Del Rosal, Madrid, 1993, p. 320; Muñoz Conde, F., "La prisión como problema. Resocialización versus desocialización", en Derecho penal y control social, Jerez, 1985, p.89 y ss; Neuman, E./Irruzun, V. J., La sociedad carcelaria. Aspectos penológicos y sociológicos, Buenos Aires, 1968, p. 223.

de las penas y agudizando la sensibilidad por el daño que causan en quienes las sufren. Uno de los datos más relevantes de la cuestión es el aumento progresivo de la población carcelaria, como factor de reflexión científica y social, que obligan a repensar a la cárcel como lugar de castigo y elaborar una amplia gama de hipótesis como medidas alternativas¹⁶, entre ellas el arresto domiciliario o libertad controlada.

Roxin ya ha puesto de manifiesto como en el futuro la pena será completada por una variedad de otras reacciones a la conducta punible, muchas de ellas ya en vigor en distintos países, entre las que incluye el arresto domiciliario, nuevas medidas de seguridad, sanciones orientadas a la libre voluntad, como trabajos en beneficio de la comunidad y reparación civil voluntaria¹⁷.

c. Reconocimiento de derechos y ponderación de bienes.

Receptamos la reforma legislativa de manera favorable en el reconocimiento de derechos, que deben ser valorados en el momento de ponderación de bienes efectuado por el Estado al determinar la modalidad de cumplimiento de ejecución de la pena privativa de libertad. En el derecho penal se hace uso del método jurídico de ponderación de bienes para resolver conflictos de intereses¹⁸, los casos de arresto domiciliarios son un claro ejemplo de ello.

En un estado de derecho el interés general de la sociedad en reprimir ciertos delitos con penas privativas de libertad

nunca puede prevalecer si vulnera derechos fundamentales como: los vínculos familiares, la salud, la integridad y la dignidad. Los principios constitucionales de reserva, legalidad, proporcionalidad y humanidad de las penas, operan como límites que impiden extender el ámbito punitivo más allá de lo previsto expresamente por la ley.

La ley de Ejecución de la Pena Privativa de libertad -24.660- de Argentina recepta en su art. 2 los principios de reserva y legalidad cuando dispone que *“el condenado podrá ejercer todos los derechos no afectados por la condena o por la ley las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten y cumplirá con todos los deberes que su situación le permita y con todas las obligaciones que su condicen le impone”*.

Por ello para equilibrar la vigencia de los intereses, se han creado institutos, como el arresto domiciliario, que permiten que la sanción punitiva se cumpla de forma tal que no constituya una vulneración a los derechos aludidos. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que el cumplimiento de la pena privativa de libertad debe, como ideal, implicar únicamente ello, privar de un derecho al sujeto condenado: del derecho a la libertad. Cuando esta privación implica un grave cercenamiento de otros derechos que se ven afectados por la privación de libertad, ésta debe ser morigerada a través de su cumplimiento domiciliario. Más aún, cuando esta privación de libertad en establecimiento carcelario afecta a sujetos distintos del condenado, como por ejemplo, los niños¹⁹.

Esto debe conjugarse con el principio de personalidad o de trascendencia mínima de la pena²⁰, a fin de evitar que la pena aplicada produzca efectos nocivos irreversibles en terceras personas, que en general suelen ser los familiares directos del privado de libertad. Específicamente los niños cuyos padres están privados de libertad sufren daños irreversibles en su desarrollo y crecimiento.

En estos supuestos la modalidad punitiva de privación de libertad en ámbito carcelario, debe ceder pues de lo contrario no se respetaría el principio de intrascendencia y se estaría condenando a un sujeto

¹⁶ Morillas Cuevas, Lorenzo “Alternativas a la pena de prisión” en Derecho Penitenciario incidencia en las nuevas modificaciones, Cuadernos de Derecho Judicial XXII-2006, Consejo General del Poder Judicial de España, Madrid, 2007, pag.40.

¹⁷ Roxin, Claus “El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo” en Dogmática penal y Política Criminal, Lima 1998, pags. 453 y ss.

¹⁸ Hassemer, Winfried “Crítica al Derecho Penal de Hoy”, editorial Ad-Hoc- Buenos Aires, 1995, pag.63.

¹⁹ Marcela Rodríguez/Emilio García Mendez. Proyecto de ley. Honorable Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Secretaría Parlamentaria. Dirección de Información Parlamentaria. 4820-D-06.

²⁰ Art. 5.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

con una pena inconstitucional²¹. Es importante detenerse en el punto de análisis del lugar de cumplimiento de la pena, pues este es el eje del tema a tratar. El arresto domiciliario no implica la supresión de la potestad punitiva del Estado, no implica la supresión del cumplimiento de la pena, no implica la liberación de la condenada; sino simplemente el cumplimiento en un lugar distinto a la prisión. En definitiva en los casos de arresto domiciliario no se sacrifica ningún interés público estatal de coerción personal sino que se lo adapta para conjugarlo con los derechos de protección especial que involucran a la infancia y la adolescencia²².

La prisión se caracteriza, sobre todo, por la mínima comunicación con el mundo social externo. Una prisión es tal por la imposibilidad de franquear sus puertas. Sus muros marcan una ruptura en el espacio social²³. Se ha demostrado que el uso del encarcelamiento para ciertas categorías de personas involucradas en el sistema penal, tales como mujeres embarazadas o madres de bebés o niños pequeños, debe ser restrictivo y debe hacerse un esfuerzo especial para reducir su imposición a los casos de excepción²⁴.

La privación de libertad en general afecta el derecho a mantener vínculos familiares, más aun en los casos de madres y mujeres embarazadas. Numerosos estudios sociológicos han determinado que la maternidad hace que la experiencia de la cárcel sea diferente para las mujeres, afectando este encierro particularmente a los hijos. La normativa constitucional, consagra el derecho a mantener vínculos familiares y no sufrir injerencias arbitrarias en la vida familiar²⁵, obliga a los Estados a proteger a la familia²⁶ y establece una protección especial a la maternidad²⁷, debiendo para ello incluir las medidas judiciales necesarias, como ser la concesión de los arrestos domiciliarios. Ello por cuanto la situación de encarcelamiento en centros penitenciarios trae aparejada la desvinculación y afectación del entorno familiar, lo que provoca irreparables repercusiones y hasta la destrucción total del vínculo familiar. Este vínculo es fundamental para el desarrollo psicosocial de los menores de edad y cualquier sustituto de la familia natural resulta, en términos generales problemático²⁸.

La conveniencia de que los niños de corta edad queden al cuidado de sus padres está reconocida en distintos instrumentos. En el ámbito internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone al respecto que los estados velarán por que el niño no sea separado de sus padres, quienes tienen la obligación de su crianza y desarrollo. Que para ello los estados prestarán la asistencia apropiada a los padres y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. En el ámbito nacional, de la República Argentina, la ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, conduce a igual conclusión. Así, los artículos

²¹ Zaffaroni, Eugenio, Derecho Penal, Parte General, Ed. Ediar, Buenos Aires, pag. 955.

²² Grasso, Mariana, Solicitud de arresto domiciliario, publicada en Mujeres Privadas de Libertad, editada por Unicef y Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2009, pag. 160.

²³ Messuti, Ana "El tiempo como pena", editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, pag. 35.

²⁴ Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, La Habana. Documento ONU A/CONF 144/28, Rev. 1, Cap. C. Resolución 19.

²⁵ Arts. 5DADDH, 12 y 16 DUDH, 11 y 17 CADH, 17 PIDCyP, y, 9, 27.2 y 27.3CDN

²⁶ Arts. 14 bis CN, 23 PIDCyP, 10 PIDESC, 17 CADH, 6 DADDH, 16 DUDH

²⁷ Arts. 75, inc. 23 CN, 7 CADDH, 25.2 DUDH, 25.2 DUDH, 10.2 PIDESC, Preámbulo y arts. 1.4.b y 5.b CEDAW.

²⁸ Naredo Molero, María "Reclusas con hijos/as en la cárcel. La punta del iceberg de la sinrazón penitenciaria, en I. Rivera Beiras (coord.) La Cárcel en España en el fin del Milenio- a propósito del vigésimo aniversario de la Ley Orgánica Penitenciaria- Ed. Bosch, Barcelona, 1999, pag. 207.

7º, 35 y 37, entre otros, privilegian el fortalecimiento y preservación de los vínculos familiares. Debe partirse de la necesidad de la preservación de las relaciones familiares, porque la familia es el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños y porque es en su seno donde él debe crecer para lograr el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad²⁹.

Por ello la familia es responsable en forma prioritaria de asegurar al niño el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. Son los padres los que tienen responsabilidades y obligaciones en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos.

Ella es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe protegerse³⁰, a través de la creación de políticas, programas y asistencia apropiados para que pueda asumir adecuadamente sus responsabilidades y obligaciones. Las consecuencias de la privación de libertad de uno de los miembros de la familia repercuten en la vida cotidiana familiar y afectan a la estructura y al mundo de las relaciones intrafamiliares. El sistema penal, en general, tiende a criminalizar a los sectores sociales que padecen una mayor exclusión económica y social, esta posición de vulnerabilidad facilita que cuando se encarcele a alguien se produzca un proceso de destrucción familiar. Cuando un progenitor se encuentra encarcelado, más aún cuando es la madre, el vínculo familiar suele destruirse como consecuencia de la desvinculación. Así para alguno de los hijos/as de personas

encarceladas, la persona presa no es más que una desconocida a que tiene que ir a ver de vez en cuando y con la que, se supone, tiene vínculos emocionales incuestionables³¹.

Por ello el criterio orientador para garantizar a los niños la plenitud de todos sus derechos debe centrarse en la convivencia y el desarrollo familiar y comunitario. En este contexto de reconocimiento de derechos, tanto para las personas condenadas como para sus familiares, en especial sus hijos; se efectuaron las consideraciones del dictamen de la Comisión de legislación penal en el proyecto de reforma de la ley 24660, en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación en la 22ª.

Reunión, 14ª. Sesión Ordinaria, del 7/11/2007 la diputada por la provincia de Buenos Aires Marcela Virginia Rodríguez sostuvo: *que la prisión domiciliaria es para aquellas personas que no tienen la posibilidad de recibir el tratamiento adecuado a causa de enfermedades, incluyendo las terminales, estén embarazadas, tengan a su cargo niños de cinco años o personas con algún tipo de discapacidad. Esto no significa eliminar un reproche penal a estas personas si efectivamente lo merecen; lo único que implica es que el interés social no puede prevalecer sobre los derechos a la vida, la salud, la integridad o la dignidad de los condenados o procesados. Menos aún se puede tener a niños y niñas en condiciones de detención cuando esto vulnera todos los derechos contemplados en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.*

En la misma discusión parlamentaria otros diputados³² han sostenido que es justificado atenuar determinadas medidas coercitivas en función de otros derechos constitucionales, en el caso particular de las mujeres embarazadas y de los niños. Se debe interpretar que el mantenimiento del vínculo familiar, en especial el filial, constituye un bien jurídico de primer orden, analizado desde la vigencia de los derechos de los niños a crecer con sus padres. Por ello cuando deba ponderarse el bien jurídico señalado con la potestad punitiva estatal deberá de buscarse una opción alternativa a la tradicional pena de prisión en ámbito carcelario.

²⁹ Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

³⁰ Art. 23 –pto. 1- PIDCyP, art. 1 –pto.1- CADH, y art. 16 –pto3-DUDH.

³¹ La cárcel en el entorno familiar. Estudio de las repercusiones del encarcelamiento sobre las familias: problemáticas y ecesidades. Observatori del Sistema Penal i Els Drets Humans. Universitat de Barcelona. 2006.

³² Diputada Alicia Marcela Comelli, representante del Movimiento Popular Neuquino.

En esta línea las respuestas deben pensarse en el campo de la alternatividad a la pena carcelaria³³, mediante la adopción de medidas que en algunos casos implicarán reformas legales y reglamentarias y, en otros, la concesión más generosa de beneficios penitenciarios³⁴. La saturación actual de nuestras cárceles obliga a racionalizar el recurso de la pena de prisión, fuera de los avatares mediáticos, sin demagogia y con honestidad. Debemos internalizar que la prisión ya no es la única respuesta penológica a la delincuencia.

d. Comentarios respecto de la nueva ley.

La ley 26.472 específicamente en lo que respecta a la concesión del arresto a las madres con hijos menores, solo establece que debe probarse la relación filial. El legislador no ha establecido la procedencia de requisitos ni ha tipificado causales de negación, ni parámetros de valoración, salvo la edad de los hijos –menos de cinco años-. Sin perjuicio que el legislador delegó la facultad de la concesión a los jueces³⁵, entendemos que la jurisdicción se encuentra obligada a resolver de manera favorable, salvo que se verifiquen situaciones especiales que impidan el contacto de la madre con su hijo y/o causas gravísimas por las cuales los padres quedan privados de la patria potestad.³⁶

La ley hace referencia a la posibilidad de que la madre sea la que obtenga el arresto domiciliario, sin contemplar el supuesto del padre que se encuentre a cargo de hijos menores. Esta limitación legislativa, que surge de la casuística de la regulación de la nueva ley, debe ser abordada por los jueces mediante la interpretación armónica con el resto del ordenamiento jurídico que contemple la especial protección a los niños y a la familia, en caso de tratarse de un padre³⁷. Acreditados los extremos establecido por la ley debe concederse el arresto domiciliario, bajo la regla general que el contacto de los niños con la madre en los primeros años de vida resulta fundamental para su desarrollo y que por ello se procura mantenerlos unidos.

Este principio general obliga a cuestionar la limitación legislativa en cuanto a la edad de los hijos menores –cinco años-. La delimitación de la edad genera dos planteos que deben resolverse a la luz de las disposiciones de mayor rango normativo. El primero de ellos es la imposibilidad de gozar del beneficio en los supuestos de madres de niños mayores de cinco años, pero aún en plena etapa de crecimiento y la segunda es la posibilidad del cese del beneficio en el momento que el hijo cumple los cinco años³⁸. Esto obliga a que los jueces deban analizar y aplicar las leyes en los casos concretos sometidos a su conocimiento, bajo las directrices supra-constitucionales en primer orden y sucesivamente las normas inferiores y cuando alguna de ellas, como es el caso de esta limitación legislativa, entren en conflicto deben tomarse en consideración los estándares de derechos

³³ Di Corletto, Julieta y Monclus, Marta, ob.cit, cita nro. 20.

³⁴ A partir de 1988 en España, se creó un modelo alternativo mediante el cual las madres con sus niños eran sacadas del entorno carcelario y alojadas en centros asistenciales estatales, como consecuencia de la denuncia efectuada por el Defensor del Pueblo español.

³⁵ En la redacción de la ley 26.472 se utiliza el término “podrá” el juez disponer o conceder a su criterio... Fue motivo de debate parlamentario la decisión de si el arresto domiciliario se lo legislativa como una facultad del juez o como una disposición de cumplimiento de pena en todos los casos previsto por la ley. Lo cierto es que confrontadas ambas posturas, la última debió ceder para lograr así finalmente el consenso y la votación de la ley. Cfr. H. Cámara de Diputados de la Nación versión taquigráfica provisoria, 22a. Reunión -14a. Sesión ordinaria 07/11/2007, en especial intervenciones del diputado Federico Pinedo y la diputada Marcela Rodríguez.-

humanos superiores. Las consecuencias del encierro carcelario en las mujeres y en sus hijos deben ser especialmente consideradas por los tribunales en forma previa a disponer cualquier medida privativa de libertad³⁹.

Sin perjuicio de ello, en la actualidad existe un número elevado de mujeres encarceladas, tanto procesadas como condenadas, madres de niños pequeños. No es usual en el momento en el cual los jueces dictan sentencia que consideren los intereses de esos niños al decidir la modalidad de cumplimiento de la condena de sus madres. Generalmente esas mujeres hasta que se les resuelve el trámite de la incidencia de arresto domiciliario pasan años en prisión. Interpretamos que la nueva legislación al no establecer requisitos específicos para la concesión, salvo los cinco años, tiende a equilibrar la vigencia de derechos y así lograr que esas madres puedan cumplir su pena en la modalidad de arresto domiciliario. Sin embargo, la actual práctica judicial ha generado obstáculos inexistentes en la ley para la con-

cesión del beneficio. Previo a la sanción de la nueva ley una Sala de la Cámara Nacional de Casación Penal de la Nación⁴⁰, resolvió que la intervención del Defensor Público de Menores e Incapaces resulta ineludible en los trámites de arresto domiciliario, por ser el órgano que debe alegar objetivamente y no condicionado por ningún interés sobre el interés superior del niño.

Luego de sancionada la ley el Ministerio Público Fiscal de Ejecución Penal dictamina en términos coincidente con lo sostenido por la Casación Penal por lo que requiere como medida previa a la resolución del arresto la intervención de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces a fin de que alegue sobre el interés superior del menor⁴¹. A nuestro entender requerir en la etapa de ejecución de la condena, específicamente en el momento de resolver la concesión de un arresto domiciliario a una madre, la realización de un dictamen del Defensor de Menores e Incapaces a fin de que se expida sobre la conveniencia o no de revincular al niño con su madre, constituye un obstáculo a la vigencia de los derechos enunciados y una vulneración al principio de legalidad por requerir algo que la propia ley no pide.

La regla general establece que siempre es mejor que los niños, en especial los pequeños, estén con sus madres y la legislación es consecuente con ello, presumir en contrario es vulnerar el sentido de la ley.

Por otro parte argumentar en esta instancia a favor del interés superior del niño, por parte del representante del Ministerio Público Fiscal, es una falacia pues no es usual que los Tribunales ni los acusadores al momento de dictar sentencia supediten la imposición de la pena a los resultados del mentado dictamen.

Las excepciones a la regla general deben quedar al margen de la concesión del arresto domiciliario, por ello se descarta que se conceda el beneficio en los supuestos en los cuales los padres han perdido el ejercicio de la patria potestad por la comisión de delitos que ha perjudicado a sus propios hijos. Salvo estos supuestos la regla general debe ser operativa para la modalidad del

³⁶ Art. 307 del Código Civil. "El padre o madre quedan privados de la patria potestad: 1° por ser condenados como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso, contra la persona o los bienes de alguno de sus hijos, o como coautor, instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo. 2° Por el abandono que hiciere de alguno de sus hijos, para el que los haya abandonado, aun cuando quede bajo guarda o sea recogido por el otro progenitor o un tercero. 3° Por poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, conducta notoria o delincuencia.

³⁷ Di Corletto, Julieta y Monclus, Marta, ob.cit.

³⁸ Acertadamente el Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires –ley 1472- en su art. 32 sobre arresto domiciliario dispuso: la sanción de arresto domiciliario puede cumplirse en el domicilio del contraventor /a cuando se trate de: 1- mujer en estado de gravidez o lactancia o personas que tengan hijos menores de dieciocho años (18) años a su exclusivo cargo.

³⁹ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los informes enviados por los estados partes en virtud del art. 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales: Tailandia, CRC/THA/CO/2, 17/3/2006, párr. 47 y 48.

⁴⁰ Sala IV, causa 9764 "Moro, Beatriz s/recurso de casación" rta. 17 de noviembre de 2008.

⁴¹ Legajos nro. 106.332 del registro del Juzgado de Ejecución Penal nro. 1; legajo 103.197 del registro del Juzgado de Ejecución Penal nro. 3, entre otros.

cumplimiento de la pena en arresto domiciliario. Lamentablemente en la República Argentina existen unidades penitenciarias⁴² que alojan a madres con sus hijos menores de cuatro años y mujeres embarazadas.

Consideramos que no es admisible el encierro de los niños en prisión y que la reforma legislativa a corto plazo posibilitará que estas madres que se encuentran encarceladas con sus hijos puedan cumplir su condena en arresto domiciliario. Sin perjuicio de lo dicho, nuestro ordenamiento jurídico ha avalado el permiso para que las mujeres condenadas a penas privativas de la libertad mantengan consigo a los niños menores de cuatro años prisionizados.

Puntualmente la ley 26.061⁴³ en su art. 17 prevé que la mujer privada de su libertad será especialmente asistida durante el embarazo y el parto, y se le proveerán los medios materiales para la crianza adecuada de su hijo mientras éste permanezca en el medio carcelario, facilitándose la comunicación con su familia a efectos de propiciar su integración a ella. Coincidentemente la ley 24.660⁴⁴ -arts. 193 al 196- autoriza la permanencia de los niños en prisión hasta los cuatro años, y establece un régimen especial para la madre interna en relación a la obligación trabajar y a las correcciones disciplinarias. Estas normativas y la permanencia de los niños en prisión vulneran las previsiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, y demás legislación tanto internacional como nacional a fin.

Concluimos que la reforma legislativa tratada debe ser aplicada como una herramienta para asegurar los derechos analizados. No debe desvirtuarse la modalidad de cumplimiento de pena fuera de prisión alegando que ello implica la desvirtuación del sistema penal. Por ello en el marco normativo tratado pueden conjugarse los derechos y garantías vigentes y el ejercicio de la facultad punitiva estatal. La ponderación de interés debe primar siempre como método jurídico en el momento de definir la modalidad de ejecución de una pena.

⁴² Centro de detención de mujeres "Nuestra Señora del Rosario de San Nicolás" –Unidad 31 del SPF – ubicada en la localidad de Ezeiza, de la provincia de Buenos Aires, Instituto Correccional de Mujeres de Santa Rosa "Nuestra Señora del Carmen" –Unidad 13 del SPF – ubicado en la provincia de La Pampa, Cárcel Federal de Jujuy – Unidad 22 del SPF – ubicada en la provincia de Jujuy

⁴³ Ley de Protección Integral de de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

⁴⁴ Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad.

Maquiavelo y su influencia en la estrategia de la defensa penal¹

Leonardo G. Brond

¹ El presente trabajo es una edición actualizada y ampliada del texto publicado en el sitio web: www.astrea.com.ar, en marzo de 2008. Agradezco a Gabriel I. ANITUA por la invitación a publicar una nueva edición de este ensayo en la revista del Ministerio Público de la Defensa.

² NAUCKE, Wolfgang - HARZER, Regina, Filosofía del derecho. Conceptos básicos, trad. de Leonardo G. Brond, revisada por Eugenio Raúl Zaffaroni, Astrea, Bs. As., 2008, p. 65; PIZZOLO, Calogero, Sociedad, Poder y Política, Ediar, Bs. As., 2004, p. 72.

³ D'AURIA, Anibal, El clientelismo político, los punteros y el éxito. Brevisimo manual de política criolla, Ediciones iniciales egepe, Bs. As., 1994, p. 25.

⁴ KENNEDY, Paul, Auge y Caída de las grandes potencias, trad. de J. Ferrer Aleu, Plaza & Janes, Barcelona, 1992, p. 170.

⁵ KENNEDY, Paul, Auge y Caída de las grandes potencias, p. 264.

⁶ CAMERON, Rondo, Historia económica mundial, trad. de M. Bengoecheny y Consuelo Gallego, Alianza, Madrid, 1990, p. 309.

⁷ SABINE, Historia de la Teoría política, Fondo de Cultura Económica, México, trad. de Vicente Herrero, p. 273. NOURRISSON, Maquiavelo, su vida, su obra y su época, en: MAQUIAVELO, Nicolás, El príncipe, comentado por Cristina de Suecia y Napoleón Bonaparte, trad. de G. Cabanellas de Torres, Heliasta, Bs. As., 1998, p. 99.

⁸ MAQUIAVELO, Nicolás, El príncipe, p. 169.

⁹ MAQUIAVELO, Nicolás, El príncipe, p. 176.

¹⁰ Maquiavelo nunca dijo "el fin justifica los medios" en términos abstractos. Por el contrario, lo que más ha llegado a sos-

1. El pensamiento de Maquiavelo

Maquiavelo vivió entre 1469 y 1527. Está considerado como el fundador de la moderna "ciencia política"². La caracterización de la ciencia política como "*cocktail de varias ciencias sociales con algo de estadística, filosofía y derecho constitucional*"³ es suficiente para el objetivo de este trabajo, cual es señalar la influencia de Maquiavelo en la estrategia de la defensa penal.

La obra fundamental de Maquiavelo es *El Príncipe*, dedicada a Lorenzo "El Magnífico", hijo de Pedro de Médicis. La obra es interesante porque parece haber sido escrita hoy. Con "maquiavelismo" se designa, en general, una teoría del derecho y del Estado estrictamente orientada a fines, oportunista, que únicamente aspira a obtener el poder y a conservarlo, sobre la base de la experiencia.

Maquiavelo juzga al ser humano con las costumbres, ideas y necesidades que había en Italia en el XVI. La principal necesidad en aquella época era la unificación nacional, pues mientras Inglaterra y Francia se comportaban "*como la ballena y el elefante*"⁴, la tardía unificación italiana —iniciada por el conde Camillo Benso di Cavour en 1861— determinó que esta sea incluida "marginamente" en la lista de las grandes potencias y esto por razones de cortesía internacional, pues "*encubría algunas grandes debilidades*"⁵ y "*contradicciones económicas entre las distintas regiones*"⁶.

Maquiavelo parte de una antropología pesimista⁷: todos los hombres son malos y siguen siempre sus malas tendencias, mientras tengan oportunidad de hacerlo. Además: "*... un hombre que quiere portarse en todo momento como bueno, necesariamente fracasa entre tantos que no lo son*"⁸; los hombres son "*ingratos, volubles, disimulados, huidores de peligros y ansiosos de ganancias*"⁹.

El ensayo sobre *El Príncipe* versa, básicamente, sólo acerca de cómo se puede obtener y conservar el poder. Aquí aparece la muy acalorada discusión acerca de cómo se relacionan el fin (obtener o conservar el poder) con los medios empleados para lograrlo. Si bien la frase "el fin justifica los medios" no fue escrita por Maquiavelo, se le ha atribuido no obstante el más crudo realismo jurídico¹⁰.

Sin embargo, un crudo realismo de esa naturaleza es difícil de conectar con el "*brusco cambio de estilo*"¹¹ del capítulo final de *El Príncipe*, en el que Maquiavelo formula un

tener es que si un príncipe conserva su Estado, "... los medios siempre serán juzgados honrosos y ensalzados por todos" (El Príncipe, p. 181).

¹¹ WOLIN, Sheldon S., Política y perspectiva. Continuidad y cambio en el pensamiento político occidental, trad. de Ariel Bignami, Amorrortu, Buenos Aires, 2001, p. 219.

¹² ver D'AURIA, Anibal, El pensamiento político, Depalma, Bs. As., 1999, p. 42, nota 56; observa Leo STRAUSS que se trata de un capítulo "altamente retórico" que "resulta una sorpresa", pues "guarda silencio en cuanto a las dificultades que se oponen a la liberación de Italia (Meditación sobre Maquiavelo, trad. de C. Gutiérrez de Gamba, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, p. 65, 73 y 74).

¹³ Interpretación de RUSSELL, Bertrand, Historia de la filosofía occidental, Bs. As., Espasa Calpe, 1947, p. 127.

¹⁴ Interpretación de NAUCKE, Wolfgang - HARZER, Regina, Filosofía del derecho, p. 68.

¹⁵ NAUCKE, Wolfgang - HARZER, Regina, Filosofía del derecho, p. 68 y 71. También WOLIN, Sheldon S., Política y perspectiva, p. 220 sostiene que Maquiavelo "adopta, de modo implícito y, aparentemente, sin intención consciente, el lenguaje de la religión".

¹⁶ Nos vemos obligados a saltar aquí todas las cuestiones que puedan versar acerca de los detractores y defensores de Maquiavelo. En general, los detractores de Maquiavelo surgen cuando El Príncipe es prohibido en 1559 por la Iglesia y el Concilio de Trento en 1564. Entre sus detractores se encuentran el cardenal Polus, Naigeon, Catarino Polito, Leo Strauss, Denis Diderot, Campanella, Pablo Paruta y

llamamiento para liberar a Italia de los "bárbaros". Aún considerando que este capítulo resulta de dudosa legitimidad¹², es posible interpretar el término "bárbaros" tanto en sentido relativo como en sentido absoluto. En sentido relativo, los "bárbaros" son los franceses y los españoles¹³. Pero en sentido absoluto, los bárbaros son gente mala, injusta, violenta, cruel¹⁴. Y, dado que luego de la liberación de los "bárbaros" aparece un lenguaje que sería apropiado para una teoría teológica o idealista del derecho justo (negocios lícitos, buenas leyes, empresa justa, derecho justo) se ha sostenido que el pensamiento de Maquiavelo contiene presupuestos metafísicos ocultos¹⁵.

No es objetivo de este trabajo pasar revista a todo lo que se ha dicho acerca de Maquiavelo, sino proyectar la influencia de su pensamiento en un ámbito hasta ahora aparentemente inexplorado: la defensa penal.

2. Influencia del pensamiento de Maquiavelo

El pensamiento de Maquiavelo, todo lo polémico que se quiera¹⁶, ha tenido influencias que no se pueden desconocer. Su influencia más conocida es Thomas Hobbes¹⁷, quien escribió en la época de guerra civil inglesa, contexto que, si bien no es igual al que escribió Maquiavelo, tampoco es significativamente distinto. También se ha dicho que Niklas Luhmann es "el Maquiavelo de la sociedad del capitalismo avanzado"¹⁸. Además, Maquiavelo ha sido desde su época "el escritor favorito de los diplomáticos"¹⁹.

Por otra parte, se ha pretendido aplicar las ideas de Maquiavelo en materia empresarial, marketing, compe-

Federico "El Grande". Entre sus defensores se encuentran, Francis Bacon, Baruch Spinoza, Juan Jacobo Rousseau, Thomas Carlyle y Wolfgang Naucke, entre otros.

¹⁷ HOBBS, Thomas, Leviatán, trad. de M. Sánchez Sarto, Fondo de Cultura Económica, México, 1980.

¹⁸ Cl. Offe, Lo Stato nel capitalismo maturo, Milano, Milán, Etas, 1977, p. 169, cit. por CARCOVA, Carlos María, La opacidad del derecho, Trotta, Madrid, 1998, p. 33; observan NAUCKE, Wolfgang - HARZER, Regina, Filosofía del derecho, p. 188, que la teoría de los sistemas es inimaginable sin algo de Maquiavelo, pues "la teoría de los sistemas del derecho únicamente modifica el problema que Maquiavelo había formulado con lisa y llana claridad: suponiendo que el orden -cualquier orden- sea bueno, ¿cómo se lo puede conservar mediante el derecho?".

¹⁹ SABINE, Historia de la Teoría política, p. 270.

²⁰ HARRIS, Phil, REES Harris y LOCK Andrew, Maquiavelo, Marketing & Management, trad. de Anibal Yuchak, Distal, Bs. As., 2006; SODERINI, Julio, Maquiavelo, Las técnicas del poder, Distal, Bs. As., 2005; ALISTAIR, Mc Alpine, El nuevo Maquiavelo, Celtia Editorial; FISCHER, Roger, Más allá de Maquiavelo, Granica, 2006; JAY, Anthony, Maquiavelo. Lecciones para directivos, Gestión, 2000; N'HOUX, Enrique, Maquiavelo no conoció a los argentinos, De los Cuatro Vientos, Bs. As.; RUBIN, Harriet, Maquiavelo para mujeres. Las mujeres que triunfan no respetan las normas: se burlan de ellas, Planeta; SOMOZA, Sandra, Maquiavelo light. Una crítica sobre el trabajo en la modernidad, Biblos, 2007;

tencia, sociología y política general²⁰. Ahora bien, Maquiavelo es uno de los pensadores más importantes de los últimos 500 años. ¿Es correcto que la influencia de su genio deba limitarse a la teoría política, a la teoría de los sistemas, al ámbito empresario y al marketing? De ninguna manera.

A continuación, el presente trabajo conduce a explorar la influencia del pensamiento de Maquiavelo en la estrategia de la defensa penal.

3. Maquiavelo y la estrategia de la defensa penal

Cada vez que un defensor es designado en una causa, sea en el estado de la instrucción penal, en la etapa crítica, en la etapa del juicio oral, en la etapa recursiva, o bien, en la etapa de la ejecución penal, surgen forzosamente dos preguntas que guían el estudio de todo el expediente: a) ¿Cuál es el mejor *fin* que se puede lograr en el proceso penal?; b) ¿Con qué *medios* se puede lograr el fin propuesto?²¹

Aquí se observa el núcleo de cada planteo defensorista. Este esquema hace a cada estrategia de defensa penal; tanto al iniciar un debate, como al interponer un recurso de casación, al plantar una nulidad o

inconstitucionalidad, al solicitar una excarcelación, etc. Es obvio que sin un *fin* claro y sin una cuidadosa selección de los *medios* para su obtención ningún defensor puede llegar a buen puerto.

Por ello, la influencia de Maquiavelo en la estrategia de la defensa penal es nítida *ab initio*. Es seguro que la lectura de toda la causa penal debe sugerir al defensor cuál es el mejor *fin* que puede pretenderse en el proceso. El mejor *fin* es, por antonomasia, la libertad, el sobreseimiento o la absolución. Sin embargo, en caso de condena segura, el mejor *fin* es lograr la pena más baja posible. Por supuesto, se puede teorizar mucho en relación a los *medios* con los cuales el penalista puede obtener un sobreseimiento o una absolución. También en otros ámbitos que requieren de estrategias suele aparecer el fin como algo claro, incluso hasta obvio, mientras que la cuestión espinosa es la referida a los medios para lograrlo. Observa Kasparov que en el fútbol, el “*objetivo obvio es marcar goles e impedir que tu adversario haga lo mismo. La mejor forma de conseguirlo, sin embargo, se puede discutir hasta el infinito*”²².

Largos tramos de *El Príncipe* contienen consejos acerca de cómo conservar el poder. Es muy conocido el capítulo XVIII, en el cual Maquiavelo afirma que “*es necesario, por consiguiente, ser zorro para conocer los lazos, y león, para espantar a los lobos*”²³. Uno sólo no basta, pues el león “*no sabe defenderse de las trampas*”²⁴ y el zorro “*no puede defenderse de los lobos*”²⁵. Estos consejos que Maquiavelo daba al príncipe son aplicables, con limitaciones²⁶, a la formulación de la estrategia penal y a la actuación del defensor penal en general. Desde la teoría del derecho penal y procesal penal, los medios que tiene el penalista a su disposición son los que establece el código procesal penal (recursos de reposición, de apelación, de rectificación, de casación, excepciones, nulidades, excarcelaciones, recusaciones, etc.). Un ejemplo del funcionamiento práctico de ello es el caso “*Ringeisen*”, en el cual el procesado “*había utilizado todos los medios disponibles a su alcance para resistir el enjuiciamiento*” y “*todos los instrumentos le-*

STANLEY, Bing, ¿Qué haría Maquiavelo?, El fin justifica la rudeza, Vergara, 2007.

²¹ BARTON, Stephan, Einführung in die Strafverteidigung, Beck, München, 2007, p. 168 y 169.

²² KASPAROV, Garry, Cómo la vida imita al ajedrez, trad. de Montse Roca, Debate, Uruguay, 2007, p. 39.

²³ MAQUIAVELO, Nicolás, El príncipe, comentado por Cristina de Suecia y Napoleón Bonaparte, trad. de G. Cabanellas de Torres, Heliasta, Buenos Aires, 1998, p. 179; WOLIN, Sheldon S., Política y perspectiva, p. 224; RUSSELL, Bertrand, Historia de la filosofía occidental, Bs. As., 1947, p. 127; STRAUSS, Leo, Meditación sobre Maquiavelo, p. 54; NOURRISSON, Maquiavelo, su vida, su obra y su época, en: MAQUIAVELO, Nicolás, El príncipe, Heliasta, Bs. As., 1998, p. 101.

²⁴ MAQUIAVELO, Nicolás, El príncipe, Malinca Pocket, Buenos Aires, 1963, p.115.

²⁵ MAQUIAVELO, Nicolás, El príncipe, p. 115.

²⁶ el Código penal le recuerda al penalista que hay ciertos medios de los cuales no debe hacer uso en su tarea (por ejemplo, el art. 258 Cód. Penal).

²⁷ texto completo en Tribunal Europeo de Derechos Humanos (25 años de jurisprudencia 1959-1983), ed., de las Cortes Generales, Madrid, s/f, p. 230 ss., cit. por PASTOR, Daniel R. El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho, Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones, Ad-Hoc, Bs. As., 2002, p. 133/137.

²⁸ NAUCKE, Wolfgang, Derecho Penal. Una introducción, trad. de Leonardo G. Brond, revisada por Edgardo A. Donna, Astrea, Bs.As., 2006, p. 7 y 13; BACIGALUPO, Enrique, Manual de Derecho Penal, Parte General, Temis, Bogotá, 1998, p. 4 y 20.

²⁹ MITTERMEIER, Karl J., Anleitung zur Vertheidigungskunst im deutschen Strafprozesse und in dem auf Mündlichkeit ud Öffentlichkeit gebauten Strafverfahren mit den Eigentümlichkeiten der Vertheidigung vor Geschwornengerichten mit Beispielen, 4^o ed., 1845. Esta obra fue traducida al italiano en 1858 (ver las palabras previas de Eugenio Raúl Zaffaroni al Tratado de la prueba en materia criminal de Karl Joseph A. MITTERMAIER, Hammurabi, Bs. As., 2006, p. 9).

³⁰ BARTON, Stephan, Einführung in die Strafverteidigung, p. 55; DAHS, Hans, Handbuch des Strafverteidigers, 7^o ed., Köln, 2005, p. 6; GÜNTHER, K., Strafverteidigung, 2^o ed., 1990, p.1. Esta idea tiene su origen en la famosa monografía de Rudolf von Ihering La lucha por el derecho, Valleta. Por otra parte, aquí reaparece Maquiavelo con su famosa obra “El arte de la guerra”.

³¹ DAHS, Hans, Handbuch des Strafverteidigers, 7^o ed., Köln, 2005, p. 6.

³² STRAUSS, Leo, Meditación sobre Ma-

gales permitidos para tratar de mejorar su situación²⁷. Estamos acostumbrados a ver, sobre todo en las películas norteamericanas, que el defensor hace intuitivamente lo correcto y salva al procesado de un castigo infundado, empleando creatividad, imaginación, idas súbitas y talentos artísticos. Sin embargo, y sobre todo en causas penales de gran complejidad, confiar sólo en la intuición puede llegar a ser erróneo y hasta peligroso. Por otra parte, la creatividad e imaginación no son incompatibles con una estrategia de *fines y medios* al estilo Maquiavelo, sin perjuicio de las limitaciones legales vigentes.

El esquema básico del juez penal (la pregunta referente a si el autor ha delinquirido y, en su caso, cómo se lo debe castigar²⁸) apunta a reconstruir un hecho histórico en un juicio oral. A este hecho histórico se le aplica la ley penal mediante un proceso que se denomina subsunción. De dicha reconstrucción surge la sentencia. El tribunal oral apunta a aplicar el derecho en forma objetiva e imparcial, aspira a la verdad y la justicia sobre la base de la lógica y la prueba valorada según la sana crítica (art. 398, 2^o párr. Cód. Proc. Penal de la Nación).

Nada de esto ocurre con el defensor penal, ya que él no resuelve el caso, sino que únicamente puede intentar influir en el contenido de la sentencia. Mientras el tribunal ve el caso en forma imparcial, objetiva y busca la justicia, el defensor observa el caso en forma unilateral, parcial y orientada a un fin. En otras palabras: *la observación del defensor es siempre una valoración maquiavélica*.

La estrategia del defensor no sólo debe abarcar los medios para influir en la decisión del juez, sino también los medios para hacer frente a los acusadores, sean públicos o privados (fiscal, querellante). Ellos tienen también una estrategia que, en principio, persigue un fin diverso al del defensor. Por estas razones, si bien la defensa ha sido caracterizada como “arte”²⁹, es, en definitiva, una “lucha”³⁰: lucha por los derechos del imputado en contraposición a los órganos del Estado, que tienen el deber de perseguir los delitos³¹.

quiavelo, trad. de C. Gutiérrez de Gamba, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, p. 10, 11, 13.

³³ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, Derecho Procesal Penal, t. II, 3^o ed. actualizada por Manuel N. Ayán y José I. Cafferata Nores, Marcos Lerner, Córdoba, 1986, p. 376 y 405.

³⁴ LÓPEZ PULEIO, María Fernanda, Justicia Penal y Defensa Pública. La deuda pendiente, en: Pena y Estado, n^o 5, I.N.E.C.I.P., Bs. As., 2002, p. 31.

³⁵ MAIER, Julio B. J., Derecho Procesal Penal, t. II, Ed. del Puerto, Bs.As., 2004, p. 267, ha considerado “un exceso” afirmar que el defensor es “órgano de la administración de justicia”, por más que los adeptos a esta teoría —entre ellos Roxin, Peters y Vélez Mariconde— aclaren que el defensor opera únicamente en sentido favorable al imputado. Esta afirmación —opina Maier— “no tiene fundamento alguno en el caso de la defensa técnica

Es frecuente que el defensor reciba calificaciones tan drásticas como las que recibió Maquiavelo. Así, mientras se ha dicho que Maquiavelo es “el maestro del mal”; “un hombre malo”; “un diablo” y un político de pensamiento “diabólico”³², históricamente se ha considerado al defensor como un “personaje nefasto”³³, particularmente en el sistema inquisitivo que prohibió su intervención³⁴. Desde la revolución francesa ya no se limita la intervención del defensor penal por considerarlo “nefasto”, pero sí se lo ha limitado –y más de una vez– cuando se consideró que su intervención era incompatible con su carácter de “órgano de la administración de justicia”³⁵. La calificación del defensor como “órgano de la administración de justicia” ha sido introducida con fines de disciplinarios³⁶ y es un resabio del sistema inquisitivo.

La cuestión clave en la lucha que implica la causa penal es saber si la persecución penal se dirige contra un inocente o contra un culpable. En el primer caso, el defensor aparece como el “protector del inocente perseguido”; en el segundo, como un “asistente del malo”³⁷, un “patrocinador de la delincuencia” y un “encubridor del delincuente”³⁸. Mientras la sentencia no tenga carácter de cosa juzgada, esta cuestión queda abierta por fuerza de la presunción de inocencia (art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 75 inc. 22 Const. Nac.). Así como Maquiavelo ha sido definido como el consejero de príncipes³⁹, el defensor penal ha sido caracterizado como el consejero del procesado, cuya tarea es garantizar una defensa técnica que remarque

todas las circunstancias de descargo y la legalidad del procedimiento.

El defensor tiene una importante tarea en relación con la búsqueda de la verdad en el proceso penal. El defensor fortalece la convicción del juez, pues lo obliga a considerar todas las circunstancias de descargo. Si el defensor obtiene una absolución para su ahijado procesal, el juez se lo agradecerá por haberlo motivado a evitar una condena errónea. Si el defensor obtiene un resultado adverso a su solicitud, también la conciencia del juez queda tranquila, porque fue llevado a considerar todos los descargos planteados. Históricamente ha ocurrido, y más de una vez, que la persecución de los órganos estatales era errónea y conducía, lisa y llanamente, al castigo de un inocente. En tales casos el defensor es el único que puede evitar que ello ocurra. De esta manera, el defensor no sólo le resuelve la situación a su asistido, sino que además dignifica su profesión, pues evita que el mismo Estado cometa un ilícito (mate a un ciudadano, lo haga sufrir en prisión o lo prive de su patrimonio)⁴⁰.

4. El fin y los medios en la defensa penal de un caso real

Para someter a examen la tesis sostenida en este trabajo, esto es, que el pensamiento de Maquiavelo es extensible a la estrategia de la defensa penal, analizaremos la relación entre el *fin* y los *medios* en la defensa penal de un caso real. Se trata del caso “Schmitt”, resuelto en Alemania en el año 2006. La estrategia defensiva entra en juego en la oportunidad de preparar el juicio oral.

Al momento de requerir la elevación a juicio, la fiscal acusó a Bernd Schmitt, desocupado, nacido el 19/06/74 en Ravensberg, soltero, alemán, de haberse apoderado de una cosa mueble ajena (un estéreo de automóvil) y de haber dañado una cosa mueble ajena (la cerradura de un Mercedes Benz). El hecho ocurrió el 28/02/06 aproximadamente a las 17:25 hs. La calificación legal es de robo y daño en concurso ideal. La acusación se basó en la siguiente prueba: *a)* la declaración de Steffi Müller (testigo) y de Sven Meyer (denunciante y propietaria del Mercedes Benz); *b)* informe de dominio automotor

a elección del imputado”, y también es incorrecta y “producto de una exageración mayúscula” en el caso de la defensa oficial.

³⁶ LÜDERSSEN, Klaus Vor § 137, Rn 91 en Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 25ª ed., De Gruyter, Berlín, 2004.

³⁷ DAHS, Hans, Handbuch des Strafverteidigers, p. 6.

³⁸ Cfr. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, Derecho Procesal Penal, t. II, p. 405, con cita de Manzini.

³⁹ BERMUDO AVILA, José Manuel, Maquiavelo, Consejero de príncipes, Universidad de Barcelona, 1994.

⁴⁰ DAHS, Hans, Handbuch des Strafverteidigers, p. 10-11.

proveniente del Registro Central Federal; c) reconocimiento por fotografías⁴¹.

El resultado esencial de la instrucción fue el siguiente: Schmitt fue observado el día del hecho por el testigo Müller desde una ventana de la vivienda sita en calle Lerchengasse 5, quien lo vio abriendo la puerta delantera del conductor del Mercedes Benz –titularidad dominial de Meyer- con un instrumento desconocido y luego abandonó el vehículo con un estéreo en su mano. La rotura de la cerradura y el estéreo alcanzan un valor total de 500 euros. Según la declaración testimonial de Müller, el acusado subió luego a un automóvil Volkswagen Polo blanco, patente RV-S 125. Surge del informe dominial que el vehículo Volkswagen es propiedad del imputado. La testigo Müller reconoció al acusado -sobre la base de una muestra de fotografías- como autor. En estas condiciones, el acusado Schmitt es notificado del auto de elevación a juicio y designa a un reconocido defensor penal.

a) La preparación del juicio oral

Aquí entra en juego la tesis sostenida en este trabajo. Durante la preparación del debate, el defensor genera un clima de confianza y luego, poco a poco, va obteniendo las primeras informaciones del imputado. Así, nos enteramos que de joven, Schmitt tuvo varios disgustos por participar en protestas prohibidas y hurtos en autoservicios. De adulto, le impusieron una pena de ejecución condicional por lesiones en riña. Respecto del caso concreto, Schmitt efectúa por el momento vagas declaraciones y le dice al defensor que hay un conocido suyo involucrado al que no quiere delatar. Hasta aquí sabemos que el procesado no era ningún santo y que, con alta probabilidad, es autor del hecho que fue materia de acusación.

El defensor toma nota de lo conversado y luego realiza un estudio intensivo de la causa, en la cual surge un elemento de cargo importante: la declaración testimonial de Müller y el reconocimiento fotográfico realizado también por ella.

La testigo Müller declaró ver desde la cocina de su vivienda el Mercedes Benz que se encontraba estacionado en la vía pública. Declara haber observado a las 17:25 hs. que un automóvil Volkswagen Polo llegó y se detuvo. Que el conductor estacionó y observó el automóvil Mercedes Benz. Que el conductor del Volkswagen Polo era una persona de sexo masculino. Que tenía en su mano un elemento contundente, con el cual empezó hacer fuerza en la cerradura de la puerta del conductor del Mercedes hasta abrirla. Luego se sentó en el vehículo. Que no ha visto con precisión qué hizo él dentro del automóvil. Que en ese momento llamó a la policía porque todo le pareció bastante sospechoso. Cuando el hombre descendió del Mercedes Benz, tenía un estéreo en su mano. Luego el hombre se sube nuevamente al Volkswagen Polo y

⁴¹ Hemos tomado contacto directo con las principales piezas procesales de la causa, las que se encuentran escaneadas en la obra de BARTON, Stephan, Einführung in die Strafverteidigung, p. 177 ss.

se va por la vía legal de circulación. Y que en ese momento, pasó por la vivienda de la testigo y ella tomó nota de la patente: RV-S 125. La testigo describe al conductor así: delgado, pelo rubio corto, campera oscura, pantalón de jeans oscuro, 25-30 años de edad.

De las 4 fotografías que le fueron exhibidas a la testigo Müller, todas contenían imágenes de similar tamaño, y además, mostraban el rostro de hombres morochos, salvo la foto n° 3, que tenía un tamaño considerablemente mayor y mostraba el rostro de un hombre rubio. El defensor advierte que el reconocimiento sobre fotografías fue realizado en violación a las normas de reconocimiento y rápidamente se le viene a la cabeza un planteo de nulidad.

El aspecto de “zorro”⁴², que según Maquiavelo debe tener todo príncipe, se manifiesta en que el defensor concurre personalmente al lugar del hecho. En otras palabras: el defensor no se satisface con la información que le brinda el acusado y el expediente. En la recorrida, el defensor advierte que el lugar donde se encontraba estacionado el Mercedes Benz se ubica aproximadamente a 80 metros de la vivienda de la testigo Müller sobre el lado de enfrente. El defensor toma nota de esta distancia no considerada en el expediente. También toma una fotografía del segmento de la calle, del cual surge la distancia.

En una nueva entrevista, el acusado Schmitt le comenta a su defensor haber encontrado un puesto de trabajo en un supermercado y que teme perderlo en caso de ir a prisión. Nuevamente, el defensor lo tran-

quiliza, y le explica cómo funciona un juicio oral. Schmitt lo comprende sin dificultad porque se acuerda de sus juicios anteriores, a pesar del tiempo transcurrido. Además, el defensor le comenta cómo procederán en el debate que se encuentra en vísperas. El defensor le recomienda a Schmitt negarse a declarar y le dice que su silencio no podrá ser utilizado en su contra. Schmitt está de acuerdo. Al final de la entrevista, el defensor le pronostica a Schmitt que las chances de una absolución son bastante altas.

A esta altura de la preparación del juicio oral, el abogado ya tenía diseñada la estrategia defensiva. Luego de la búsqueda de la información, cuya fuente es, por lo general, el imputado y el expediente, aunque aquí también el letrado investigó personalmente el lugar del hecho, el defensor se propuso un *fin*, esto es, lograr la absolución de Schmitt. Esta es la primera parte de la estrategia.

Más tarde, el defensor seleccionó los *medios* para obtener el fin que se había propuesto. Los medios elegidos fueron los siguientes: a) cuestionar la declaración testimonial de Müller; b) plantear la nulidad del reconocimiento. Esta es la segunda parte de la estrategia.

El defensor copia la frase textual empleada por la testigo Müller en el reconocimiento fotográfico: “con alta probabilidad puede ser el autor respecto del vehículo” cuya cerradura fue abierta el 28/2/06. También confecciona una lista de preguntas para la testigo vinculadas al sentido de esta afirmación, a las circunstancias de la exhibición de las fotografías y a las condiciones de visibilidad al momento del hecho.

Nuevamente aparece aquí la astucia de “zorro”⁴³ a la que alude Maquiavelo, pues el defensor habla por teléfono con una colega, profesora de la Facultad de Derecho, para que lleve sus alumnos de derecho penal al juicio oral, con miras a que los bancos del público estén bien completos en la audiencia de debate contra Schmitt.

Del “zorro” pasamos al “león”⁴⁴. Una semana antes del juicio oral, el defensor presenta un escrito dinamitero ante el tribunal oral, manifestando que su asistido Schmitt ha encontrado trabajo y que esa circunstan-

⁴² MAQUIAVELO, Nicolás, El príncipe, p. 179; WOLIN, Sheldon S., Política y perspectiva, p. 224; STRAUSS, Leo, Meditación sobre Maquiavelo, p. 54; NOURRISSON, Maquiavelo, su vida, su obra y su época, en: MAQUIAVELO, Nicolás, El príncipe, p. 101.

⁴³ MAQUIAVELO, Nicolás, El príncipe, p. 179; WOLIN, Sheldon S., Política y perspectiva, p. 224; RUSSELL, Bertrand, Historia de la filosofía occidental, p. 127; STRAUSS, Leo, Meditación sobre Maquiavelo, p. 54.

⁴⁴ MAQUIAVELO, Nicolás, El príncipe, p. 179; RUSSELL, Bertrand, Historia de la filosofía occidental, p. 127; STRAUSS, Leo, Meditación sobre Maquiavelo, p. 54; NOURRISSON, Maquiavelo, su vida, su obra y su época, en: MAQUIAVELO, Nicolás, El príncipe, p. 101.

cia no estaba reflejada en el expediente. Asimismo, anticipa que Schmitt hará uso de su derecho a negarse a declarar. Y finalmente, solicita ubicar al acusado entre el público durante el juicio oral, antes de que ingrese la testigo Müller y hasta finalizar su declaración. Para fundamentar el cambio de ubicación, el defensor sostuvo que la acusación se basa exclusivamente en la declaración de Müller. Que no hubo un reconocimiento legal, sino que a Müller le fueron exhibidas fotografías de cuatro personas, y que una de ellas “*con alta probabilidad podría ser el autor en relación al daño del automóvil del 28/02/06*”. Que este cuadro probatorio no era suficiente ni siquiera para elevar la causa a juicio. Que es muy probable que el reconocimiento testimonial esté afectado inconscientemente debido a errores de interrogatorio y de recuerdo.

Que la ventana -desde la cual la testigo percibió el hecho- se encontraba a 80 metros del vehículo cuyo estéreo fue robado. Las condiciones de visibilidad no eran las mejores, puesto que según el calendario, a las 17:25⁴⁵, ya se había puesto el sol. Insiste en que es dudoso que la testigo haya podido hacer observaciones concretas. Mas bien, la testigo reconoció a Schmitt como autor en el contexto de una exhibición de fotografías, y con muchas imprecisiones. Remarcó también que existe el peligro de que el recuerdo de la testigo esté influenciado por la ilegal exhibición de fotografías. Pues, la testigo declaró en sede policial haber observado una persona rubia de sexo masculino. Luego le fueron exhibidas 4 fotografías, pero de las cuales sólo una muestra un hombre de cabello rubio. Ello va contra la norma, según la cual, en una exhibición legal de fotografías tienen que aparecer todos los elementos que el testigo ha nombrado para la elección de la imagen⁴⁶. Todo ello con cita de jurisprudencia. Así, por ejemplo, luego de caracterizar al autor como un hombre “rubio”, la exhibición de fotografías debería contener imágenes de hombres rubios.

También insiste el defensor en que el efecto influyente de la exhibición de fotografías se incrementa aún más, debido a que la foto del hombre rubio era mucho más grande y que, por las medidas externas, “se destaca” formalmente del grupo de imágenes exhibidas. Agrega que este vicio de procedimiento no es subsanable. Pues, aunque la testigo reconozca a Schmitt en el debate, subsiste el peligro de que su recuerdo esté afectado por la imagen que muestra al hombre rubio. La imagen fotográfica se superpone a lo que ella observó o pudo observar en el hecho histórico. De este modo, subsiste el peligro de que la testigo no reconozca en el juicio oral a la persona que observó durante el hecho sino a la persona que vio en la fotografía. Concluye el defensor, que el reconocimiento realizado en esas condiciones no tiene valor probatorio alguno. Cita bibliografía y una sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán en causas penales. En

⁴⁵ Téngase presente que en Alemania es invierno.

⁴⁶ Cabe observar que el art. 274 del Cód. Proc. Penal de la Nación exige que el reconocimiento por fotografías se realice “con otras semejantes de distintas personas”; también el art. 272 CPPN alude a “personas de condiciones exteriores semejantes”. Es idea comúnmente aceptada que la falta de semejanza de las personas que integran la rueda o, en su caso, que aparecen en las fotografías, compromete sensiblemente el valor del acto a los fines de una identificación verdadera. Por esa sola razón el reconocimiento practicado en aquellas condiciones es un supuesto de nulidad virtual o implícita. Ver CAFFERATA NORES, José I., Reconocimiento de personas, 3º ed., Mediterránea, Córdoba, 2005, p. 90.

este sentido, señala que el referido tribunal admite que la imagen del recuerdo de testigos está normalmente falseada.

Es más: si el tribunal oral pretende fundar una condena en un reconocimiento realizado en esas condiciones, la jurisprudencia de casación exige al tribunal oral que se las arregle con la problemática de su valor probatorio. Casación exige que el tribunal oral explicité las circunstancias concretas bajo las cuales el recuerdo del testigo que reconoce no estaría influenciado por la exhibición de las fotografías.

Hasta aquí se observa que el defensor agregó a su estrategia nuevos medios: a) llenar la sala de público; b) informar circunstancias favorables del imputado; c) ubicar al acusado entre el público mientras declaraba la testigo Müller. Se observa también, que el defensor ha exteriorizado las dos cualidades que le atribuye Maquiavelo al príncipe: ser “zorro” para defenderse de las trampas⁴⁷ y “león” para defenderse de los lobos⁴⁸.

b) La audiencia de debate

El “zorro”⁴⁹ entra una vez más en escena, puesto que el día anterior al juicio oral el ágil defensor habla por teléfono con el juez y lo convence de ubicar a Schmitt entre el público. Este no es un detalle menor, pues muestra que el cambio de ubicación del acusado solicitado por escrito -y con abundantes argumentos y citas de doctrina y jurisprudencia- tiene exactamente el mismo valor que una llamada telefónica. Esto significa, una vez más, que las cualidades de “zorro” y “león” tienen que estar reuni-

das en la misma proporción en el defensor. Comienza el juicio oral. Luego de verificada la presencia de las partes, el fiscal, acompañado por un joven abogado, lee la frase acusatoria atinente a los hechos y su calificación legal. El presidente del tribunal hace conocer al acusado su derecho de negarse a declarar. Schmitt -de acuerdo a lo conversado con su defensor- se niega a declarar.

Luego, el presidente del tribunal hace pasar a la testigo Müller. Ella es interrogada por las generales de la ley y se le toma juramento. El presidente le pregunta, primero en general, qué es lo que ella observó al atardecer del 28/2/06. La testigo declara haber visto desde la ventana que un Mercedes Benz era dañado. Que luego el autor se fue con un estéreo en la mano a otro vehículo, un Volkswagen Polo, y se retiró. Que ha anotado la patente del Polo: RV -S 125.

Lo que ocurrirá desde aquí hasta finalizar la declaración testimonial es consecuencia del obrar de “zorro” y de “león”⁵⁰ del defensor. Pues, según se observará, la forma en que el presidente del tribunal oral interrogará a la testigo únicamente se explica sobre la base del escrito presentado y potenciado con la llamada telefónica. Está muy claro, que el cambio de ubicación solicitado al juez sirvió al mismo tiempo para generarle interrogantes.

Luego de las generales de la ley y de la pregunta genérica referido a los hechos, el presidente del tribunal toma la palabra y le pregunta a la testigo si ella puede reconocer en la sala de audiencias a la persona que abrió el automóvil. La testigo observa primero, brevemente, el lugar habitual del acusado, es decir, lo que vulgarmente se conoce como “banquillo de los acusados” pero ve que se encuentra vacío. Luego la testigo mira alrededor de la sala y se va poniendo nerviosa. El juez le dice en tono tranquilizante que se tome su tiempo; que es importante que mire bien a todos los presentes. La testigo se relaja. Su mirada recorre lentamente las filas del público. Luego fija la mirada en la mesa de la fiscalía. Allí concentra su mirada un largo tiempo. Finalmente, la testigo dice: “*el que está allí pudo haber sido*”⁵¹ y señala

⁴⁷ MAQUIAVELO, Nicolás, *El príncipe*, Malinca Pocket, p.115.

⁴⁸ MAQUIAVELO, Nicolás, *El príncipe*, p.115.

⁴⁹ MAQUIAVELO, Nicolás, *El príncipe*, Heliasta, p. 179; WOLIN, Sheldon S., *Política y perspectiva*, p. 224; RUSSELL, Bertrand, *Historia de la filosofía occidental*, p. 127; STRAUSS, Leo, *Meditación sobre Maquiavelo*, p. 54.

⁵⁰ MAQUIAVELO, Nicolás, *El príncipe*, Heliasta, p. 179; WOLIN, Sheldon S., *Política y perspectiva*, p. 224; RUSSELL, Bertrand, *Historia de la filosofía occidental*, p. 127; NOURRISSON, Maquiavelo, su vida, su obra y su época, en: MAQUIAVELO, Nicolás, *El príncipe*, p. 101.

⁵¹ de la causa, ver BARTON, Stephan, *Einführung in die Strafverteidigung*, p. 187.

la al joven abogado colaborador del fiscal. El presidente le pregunta, con voz firme, si está totalmente segura. La testigo responde: *“no estoy segura, pero de cualquier manera, el joven que está ubicado junto al fiscal se ve parecido. El pelo y eso... Y si él no fue, ¿no puedo reconocer aquí en la sala al que aquella vez he observado! Ya no puedo reconocerlo tan bien como lo hice en la comisaría sobre la base de imágenes provenientes del “fichero de delincuentes”. Sabe Ud., fue al atardecer, cuando el vehículo fue dañado, ya estaba muy oscuro y todo hace bastante tiempo”*⁵².

El presidente –asombrado- le dice enérgicamente que ella, en la comisaría, había reconocido al autor sobre la base de las fotografías que le fueron exhibidas. Él le muestra las fotografías una vez más, y le pregunta: *¿Cómo puede explicarse esta contradicción?*⁵³. La testigo dice: *“No, en la comisaría no he reconocido a nadie”*. Según las fotografías el autor no está aquí⁵⁴.

El presidente toma la palabra enérgicamente y cita textualmente el acta policial: *“de las fotos exhibidas he reconocido una persona que con alta probabilidad puede ser el autor respecto del daño del automóvil al 28/2/06. Se trata de la fotografía número tres”*⁵⁵. El presidente le pregunta cómo es que aquella frase fue incorporada al acta. La testigo dice: *“El policía estaba muy impaciente”*⁵⁶. Dice también que ella le había manifestado al policía no poder reconocer inequívocamente al autor en las fotos; pero que en todo caso sería lo más parecido al de la foto más grande.

El presidente le pregunta por qué motivo firmó el acta. La testigo responde con una pregunta retórica *“¿Qué otra cosa podía hacer?”*⁵⁷. Dice que no tenía ninguna alternativa y que, tomando en serio lo firmado, tampoco surge del acta que haya reconocido al hombre de la foto n° 3 como autor. El presidente toma la palabra y pregunta si hay más preguntas para formular a la testigo.

Dado que el resultado probatorio era inequívoco y que en ningún caso podía empeorar, el defensor desiste de formular preguntas acerca de la distancia de 80 metros y las condiciones de visibilidad. La incorporación de pruebas queda cerrada y vienen los alegatos. El fiscal, sobre la base de la impresión del juicio oral, solicita la absolución conforme al principio *in dubio pro reo*, aún considerando los antecedentes penales de Schmitt.

Luego del alegato de la fiscalía, el defensor se alegra de que el juicio oral haya tomado un giro tan favorable. Sostiene la defensa que la autoría del acusado no está acreditada. Y, aunque el automóvil de Schmitt se haya encontrado en el lugar del hecho, el vehículo pudo haber sido conducido por otra persona. Por lo demás, han surgido dudas acerca de si la testigo Müller pudo identificar realmente la patente desde su distancia del lugar del hecho. El juicio oral terminó con la absolución del acusado Schmitt.

⁵² BARTON, Stephan, Einführung in die Strafverteidigung, p. 187.

⁵³ BARTON, Stephan, Einführung in die Strafverteidigung, p. 187.

⁵⁴ BARTON, Stephan, Einführung in die Strafverteidigung, p. 188.

⁵⁵ BARTON, Stephan, Einführung in die Strafverteidigung, p. 188.

⁵⁶ BARTON, Stephan, Einführung in die Strafverteidigung, p. 188.

⁵⁷ BARTON, Stephan, Einführung in die Strafverteidigung, p. 188.

5. Conclusiones

Surge de lo expuesto que la influencia de Maquiavelo no tiene por qué limitarse a los ámbitos que tradicionalmente le fueron reconocidos en la ciencia política. Ha quedado demostrado que la defensa penal contiene una estrategia basada en la relación de un fin y medios seleccionados para su obtención, para lo cual, algunos consejos que Maquiavelo da en *El Príncipe* son de extraordinaria utilidad para el defensor, sin perjuicio de las limitaciones legales vigentes. La estrategia del defensor en el caso “Schmitt” consistió, dicho en términos de derecho procesal penal, en yuxtaponer el reconocimiento fotográfico a un reconocimiento impropio. El reconocimiento impropio es la identificación que realiza un testigo al declarar en la audiencia de debate⁵⁸.

⁵⁸ Cám.Nac.Cas.Pen, Sala III, expediente 184/95 bis, causa 398, “Guardia, Hugo Carlos y otros s/ recurso de casación, 15/09/95. Otro supuesto de reconocimiento impropio es el que realiza el testigo del hecho ante una aparición del imputado en la televisión.

⁵⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio, Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales, Editores del Puerto, Bs.As., 2003, p. 103.

⁶⁰ KLEMKE, Olaf – ELBS, Hansjörg, Einführung in die Praxis der Strafverteidigung, Müller, Heidelberg, 2007, p. 255.

⁶¹ OLG Köln Neue Juristische Wochenschrift, 1980, p. 302.

⁶² Bay OLG Strafverteidigerforum 1996, p. 47.

⁶³ KLEMKE y ELBS, consideran que el incumplimiento de estos recaudos es recurrible en casación conforme al § 338, núm. 8 de la Ordenanza Procesal Penal alemana (Einführung in die Praxis der Strafverteidigung, p. 255). El § 338, núm. 8, StPO –referido a los motivos absolutos de casación- dispone que se debe considerar siempre que una sentencia se basa en una violación de la ley, si la defensa ha sido limitada de modo inadmisibles por una resolución del tribunal en un momento esencial para la decisión. ROXIN también considera que el incumplimiento de los referidos recaudos es recurrible en casación, pero conforme el § 337 (ROXIN, Claus, Derecho Procesal Penal, trad. de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Ed. del Puerto, Bs. As., 2000, p. 477). El § 337 StPO –referido a los motivos de casación- dispone que la casación sólo puede fundarse en el hecho de que la sentencia ha violado la ley, y que se considera violada la ley cuando una norma jurídica no ha sido aplicada o fue aplicada erróneamente.

⁶⁴ MAQUIAVELO, Nicolás, El príncipe, Malinca Pocket, Buenos Aires, 1963, p.115.

⁶⁵ MAQUIAVELO, Nicolás, El príncipe, Malinca Pocket, p.115.

Esta yuxtaposición se vio facilitada porque el defensor evitó que el imputado se ubique en lo que vulgarmente se denomina “banquillo de los acusados”. El modelo del banquillo (consistente en una ubicación del acusado en el medio de la sala de audiencia en donde los jueces lo ven como mero objeto del proceso), modelo proveniente de Bentham –a quien se lo considera el primer gran teórico defensor del principio de la publicidad de los juicios⁵⁹-, no rige en Alemania, pues se lo considera “degradante”⁶⁰.

El Tribunal Superior Estadual de Colonia dijo que el acusado, como sujeto del proceso, tiene derecho a un asiento que corresponda a su dignidad y a su derecho a un trato igual frente a los demás intervinientes del proceso⁶¹. El Tribunal Superior de Baviera le reconoció al imputado el derecho a tener una mesa en la cual pueda desplegar sus documentos de descargo y tomar nota de lo que ocurre en la audiencia⁶². El incumplimiento de estos recaudos implica coartar el derecho de defensa y, por ende, configura un motivo de recurso de casación (art. 456, inc. 2, en función de los arts. 363, 375 167, inc. 3° y 168, párr. 2°, Cód. Proc. Penal en conexión con los arts. 5.2 y 11.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los arts. 7 y 10.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos)⁶³.

Hemos intentado demostrar que el defensor penal debe tener la astucia del zorro –para defenderse de las trampas⁶⁴- y la fuerza de un león –para enfrentar a los lobos⁶⁵. En esto quedan, sin embargo, muchas cosas por aclarar. Las cualidades especiales que Maquiavelo pretende para el príncipe –y que aquí fueron trasladadas al defensor penal- no son fáciles de adquirir. Para ello, el penalista tiene que volver a leer *El Príncipe* y reinterpretar el rico pensamiento ingenioso de Nicolás Maquiavelo.

Plantea Inconstitucionalidad – Solicita sobreseimiento.
 Se Presenta – Plantea Inconstitucionalidad
 Solicita Sobreseimiento – Reserva Del Caso Federal.

Señor Juez Federal:

Juan Ignacio Pérez Curci, Defensor *ad hoc* designado para cumplir funciones y a cargo de la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de esta ciudad de Mendoza (conf. Res. DGN n° 87/10), en relación a la causa n° 57.168-B, a favor de **Maximiliano Antonio Martínez Ghilardi** me presento y digo:

I) Vengo por el presente a postular se declare en el caso de la persona que represento la inconstitucionalidad de los artículos 5°, inciso ‘a’, en las circunstancias contempladas por su anteuúltimo párrafo, y 14, segundo párrafo, de la ley n° 23.737, que en su conjunto receptan la guarda, siembra y cultivo de semillas utilizables para producir estupefacientes así como la tenencia de ese material con destino a satisfacer el consumo personal del agente.

Ello obedece a que las condiciones en las que se imputa al señor Martínez Ghilardi haber cometido algunas de esas conductas tornan su punición violatoria de la garantía consagrada en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

En efecto, conforme surge de las constancias de autos se reprocha al nombrado el haber tenido en su poder y para satisfacer su consumo personal semillas, una planta y un cigarrillo de marihuana, elementos éstos que fueron habido en ocasión de procederse al allanamiento de su domicilio por orden del titular del 4° Juzgado de Garantías de esta ciudad (ver fs. 17).

Es decir, estamos ante conductas desarrolladas en un ámbito –residencia del causante- y de un modo -sin difusión ni daño a terceras personas- que tornan indiscutible su privacidad y las inscriben en el ámbito de reserva reconocido por nuestra Ley Fundamental donde quedan a resguardo del poder punitivo estatal.

Con esa inteligencia nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó como doctrina que “... *el artículo 14, segundo párrafo de la ley 23.737 debe ser invalidado pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales... en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros...*” (cf. “ARRIOLA,

Sebastián y otros s/ recurso de hecho - causa n° 9080” del 25 de agosto de 2009). Si bien es cierto que el pronunciamiento parece limitado al supuesto de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, no lo es menos que ello no puede ser entendido como una manifestación de voluntad en el sentido de limitar sus alcances a tales casos.

Es que, por un lado, la extensión acordada al fallo se explica perfectamente por el deber de ceñirse a los casos concretos bajo juzgamiento y, por el otro, los argumentos vertidos por nuestro Máximo Tribunal resultan en todo aplicables a otros supuestos en los cuales, como aquellos, pueda predicarse que las conductas involucradas tiene por fin satisfacer el consumo personal de su autor y “... *no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros...*”, como cabe hacerlo con las imputadas al señor Martínez Ghalardi.

Además, no se puede soslayar que la picadura de marihuana –estupefaciente que aquí nos ocupa- tiene su origen en la semilla de *cannabis sativa*, es decir, en la guarda, siembra y cultivo de ésta para arribar a la planta que luego será cosechada y procesada a tal fin.

La tenencia de picadura de marihuana es, entonces, el resultado de un proceso y una correcta hermenéutica judicial no puede conducir a una conclusión distinta a que se encuentra comprendido en todas sus etapas dentro del ámbito de reserva constitucional, cuando persiguen la finalidad de servir al consumo personal del agente.

Debe tenerse presente que “...*la incorporación al ordenamiento jurídico argentino de todo un nuevo cuerpo normativo, presenta una serie de desafíos diversos que hacen a su aplicación por los tribunales...El desafío de la compatibilización de la totalidad de las normas que hoy forman parte del ordenamiento jurídico argentino, entonces, obliga a agudizar los mecanismos de interpretación, con el fin de asegurar la vigencia armónica de toda normativa...*” (Martín ABREGÚ, “*La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales, en la aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 18/19).

Esa agudización ha llevado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación al dictado del precedente “*Arriola*” y demanda de Usía. que proceda de igual forma declarando la inconstitucionalidad en el supuesto de la persona que represento de los artículos 5°, inciso ‘a’, en las circunstancias contempladas por su anteúltimo párrafo, y 14, segundo párrafo, de la ley n° 23.737, así como su sobreseimiento en los términos del artículo 336, inciso 3°, del C.P.N.

Finalmente, corresponde mencionar que la solución propuesta no es novedosa pues ha sido adoptada por otras instancias judiciales incluso antes de emitido aquel precedente como ser la Excm. Cámara de Apelaciones en

lo Criminal y Correccional Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en los autos caratulados “B.R., R. s/procesamiento” (c. 41.025, rta. el 03/06/08), ocasión en la que los integrantes de su Sala I afirmaron que “Cabe señalar que la atenuante se incorporó al cuerpo de la ley 23.737 en orden a la ley de reformas N° 24.424 -sancionada el 7 de diciembre de 1994-. En el informe del Proyecto elevado a la Cámara de Diputados por las Comisiones de Legislación Penal y de Drogadicción se dijo respecto de esta modificación que: ‘...Además de todo ello, se aclara el artículo 5 de la ley 23.737 para equiparar casos menores de siembra y cultivo de estupefacientes con la simple tenencia de ellos...’ (‘Antecedentes Parlamentarios’, LL-1996-A, p. 1082), mientras que en el ámbito de la Cámara revisora la atenuante propuesta dio lugar a resabios de la discusión acerca de si corresponde prohibir penalmente el consumo de estupefacientes (ibid., p. 1117/1118).

De acuerdo con lo expuesto, la norma analizada presenta, en principio -dada su similitud en lo que atañe a la conducta prohibida- problemas equivalentes a aquellos que hemos detectado respecto de la figura que reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal, cuya inconstitucionalidad hemos declarado en diversas oportunidades.”

Asimismo, entendieron que las razones que llevan a cuestionar la legitimidad constitucional de la represión de la tenencia de estupefacientes para consumo personal “... son enteramente aplicables a la figura que reprime el cultivo, la siembra, la guarda de semillas, de materias primas o de elementos destinados a la producción o fabricación de estupefacientes, cuando tales actividades, por la escasa cantidad sembrada o cultivada y demás circunstancias, estuvieran destinadas a obtener estupefacientes para consumo personal.”

También indicaron que “En todo el abanico de casos abarcados por la norma ni siquiera es posible aplicar algunos de los argumentos legitimantes sostenidos por la Corte Suprema de Justicia in re: ‘Montalvo’, por ejemplo, el problema relativo al llamado ‘traficante hormiga’, la generación de comportamientos imitativos, o, en su caso, la lesión

por la publicidad de la conducta entendida en términos de intimidad, según la lógica de los precedentes ‘Colavini’ o ‘Montalvo’.

En virtud de ello resolvieron descartar la validez constitucional del artículo 5°, inc. a, anteúltimo párrafo, de la ley n° 23.737 y declarar la atipicidad de la conducta enrostrada al imputado, con el consecuente sobreseimiento en la causa, solución ésta que, insisto, propugno para la causa de marras.

II) RESERVA DEL CASO FEDERAL.

En el hipotético supuesto de que el señor Juez Federal rechace la pretensión de esta Defensa, hago formal reserva del Caso Federal para ocurrir por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, toda vez que vulneraría el principio de privacidad citado de consagración constitucional.

III) PETITORIO.

Por las razones expuestas, normas y jurisprudencia citadas, al señor Juez Federal solicito:

1. Declare la inconstitucionalidad de los artículos 5°, inciso ‘a’, en las circunstancias contempladas por su anteúltimo párrafo, y 14, segundo párrafo, de la ley n° 23.737.

2. En consecuencia, disponga el sobreseimiento en la causa y respecto de Maximiliano Antonio Martínez Ghilardi.

3. Tenga presente la reserva del Caso Federal.

Proveer conforme lo solicito,

SERÁ JUSTICIA.

Insta Sobreseimiento. Juzgado Nacional en lo Penal Económico
N° 2 – Causa N° 5822 .

Insta Sobreseimiento (Art. 34 Inc. 1° Del C.P. Y Art. 334, 336
Inc. 5° Y Ccs. Del C.P.P.N.) – Aporta Documentación - Formula
Reservas.-

Señor Juez:

Juan Manuel Nicolosi López, Defensor Público Oficial, titular de la Defensoría Pública Oficial en lo Penal Económico N° 2, a cargo de la asistencia técnica de **PATRICIA PICKETT RENAE**, en la **causa n° 5822** s/ contrabando de estupefacientes, en trámite por ante este Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 1, a vuestro digno cargo; Secretaría N° 1; con domicilio constituido en Av. de Los Inmigrantes 1950, 4° piso, oficina “424”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a V.S. respetuosamente me presento y digo que:

-I-

Que vengo por la presente, conforme lo previsto en el art. 34 inc. 1° del Código Penal y en los artículos 334 y 336 inc. 5°, del Código Procesal Penal de la Nación, a solicitar el sobreseimiento definitivo en autos y respecto de mi asistida, toda vez que media una causa de inimputabilidad en cabeza de aquella la cual hace que sea imposible continuar la persecución penal de autos, por los motivos de hecho y derecho que a continuación expondré.

Asimismo encontrándose en pugna la interpretación de nuestro Código Penal (art. 34) –ley de fondo- formulo la expresa reserva de recurrir, eventualmente, ante la Cámara de Casación Penal y también pudiendo ser cualquier resolución contraria a lo pretendido por esta parte violatorio del derecho de defensa y la razonabilidad de los actos de gobierno, formulo reserva del Caso Federal (art. 14, ley 48 y arts. 1, 18 y 28 de la C.N).

-II-

El objeto procesal de la presente causa viene dado por el presunto intento por parte de Patricia Pickett de extraer del país sustancia estupefacientes vía el aeropuerto internacional de Ezeiza, el día 19 de agosto ultimo, intento el cual fue frustrado por personal anti-narcóticos de la Dirección General de Aduanas. En consecuencia, V.S. al momento de recibirle declaración indagatoria, (26/08/2010) le imputó el delito de tentativa de contrabando de estupefacientes. Sin perjuicio de ello, y al resultar evidente el día que mi asistida fue trasladada por primera vez a los estrados del Tribunal (20/08/2010), se ordenó una serie de pericias forense en el orden medico y psiquiátrico a los fines de deter-

minar con certeza si Pickett estaba en condiciones de ser sometida a un proceso penal y de comprender la criminalidad de acto que se le atribuye.

De las conclusiones periciales obrantes en autos, sumadas a las que esta defensa acompaña en esta presentación, entiendo que mi asistida se encuentra abarcada por inc. 1° del art. 34 del Código Penal, resultando aquella inimputable en los términos de nuestra legislación, toda vez que no hay manera de afirmar que la Sra. Pickett pueda comprender la criminalidad de sus acciones. Así, recuerdo que la norma citada expresa que: “No son punibles: 1° El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia en sus facultades, por alteraciones morbosas de las misma o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”.

El precepto legal indicado incluye varios supuestos no punibilidad, entendiendo quien suscribe que el caso traído a estudio enmarca en el cual indica que una persona no será punible por “insuficiencia en sus facultades” ya que a fs. 4/7 del Inc. de Salud formado en autos obra otro informe del CMF en cual se indica que mi pupila evidencia “manifestaciones semiologicas que implican un grado de **insuficiencia leve a moderado de sus facultades mentales, desde la perspectiva medico-legal**”.

“En este sentido, el enunciado de insuficiencia y alteración morbosa del inc. 1° del art. 34 tiene, sin embargo, amplitud suficiente para abarcar todos los supuestos que es menester considerar (...) La insuficiencia de las facultades es un supuesto e que las misma no alcanzan el nivel exigido para que la consciencia como función sintetizadora opere en condiciones normales, es decir, cuando la personalidad no el nivel de integración requerido para que la consciencia se desarrolle en forma relativamente adecuada a los requerimientos del medio” (Zaffaroni, Plagia y Slokar, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Ediar, 2002, p. 701).

Ahora bien, habiendo tomado vista de las pericias medicas llevadas a cabo en autos, quien suscribe no desconoce que

no todas contienen similares conclusiones y que algunas se pueden incluso presentar contradictorias, no obstante todas coinciden en que mi asistida padece algún tipo de insuficiencia mental. Así en el informe del Cuerpo Medico Forense (CMF) de fecha 24/08/2010, suscripto por la Dra. Martínez Álvarez, se indica que “durante la evolución neurocognitiva se evidencia dificultad en la ejecución de cálculos mentales”.

En el informe de similar fecha, elaborado por Dr. Carini, el facultativo afirma que la nombrada presenta “un trastorno esquizoide de la personalidad, caracterizado por pobreza ideativa e intelectual y aplanamiento de los afectos”.

El 16 de septiembre, se produjo otro informe por parte de la Lic. Miotto, el cual afirma que mi asistida presenta “aspectos inmaduros y regresivos a nivel emocional”. La Lic. Cabanillas en su informe (que se adjunta a la presente) afirma que “se destaca su puerilidad que la coloca en situación de riesgo, indefensión y vulnerabilidad”.

Finalmente, del informe medico de la clínica “Centerstone” (Indiana, EEUU) que también aquí se acompaña, se indica (conforme la traducción realizada por personal de esta Dependencia) que la nombrada tiene una “función intelectual límite” (*borderline*) y que sufre un “desorden depresivo mayor”.

Todo lo citado anteriormente demuestra claramente que en el caso de mi asistida se advierten síntomas de algún padecimiento de índole psicológico, ahora resta analizar si dicho padecimiento es suficiente para afirmar que ella no haya podido comprender la criminalidad del hecho que se le imputa.

Analizando el hecho delictivo investigado, entiendo que se trata de una maniobra de cierta complejidad, la cual incluye varios viajes internacionales así como el ocultamiento de sustancia estupefaciente dentro de la valija que cargaba, en otro maleta diferente, debiendo demás incluir el conocimiento de la ilicitud de la sustancia como la de violar controles aduaneros.

Al momento de prestar declaración mi asistida sostuvo “Que ella es inocente. Que nunca vio y nunca supo de la existencia

del maletín en la valija. Que vino a Argentina, porque Carlos la amenazó en Japón de que si no venía la iba a matar”.

Contrastemos entonces el tipo de maniobra analizada con el nivel de comprensión al cual podría haber tener mi asistida al momento del hecho.

En este sentido resulta ilustrador el testimonio brindado por el Dr. Carini –ver inc. de salud- quien afirmó “*Que por haber dicho Pickett que fue amenazada de muerte tanto como su hijo por una persona en Japón, este hecho en una persona que padece un trastorno de personalidad con una restricción intelectual, pudo llevarla a un bloqueo emocional y falla en la elaboración del pensamiento. Que a mi criterio Pickett entiende y comprende ciertas cosas simples y concretas, pero no puede dirigir sus acciones en forma autónoma en aquellas que impliquen complejidad y/o excesiva carga emocional”*

Dicho facultativo manifestó también que mi asistida tendría un coeficiente intelectual de una niña de 8 años aproximadamente. En similar sentido se ha pronunciado la Lic. Cabanillas, quien sostuvo que “*Se trata en el presente caso de una persona infantil y pueril susceptible de ser influenciada por otras personas de acuerdo su perfil de indefensión y vulnerabilidad. Su capacidad de rendimiento es precaria en el límite bajo inferior con un CI de 60 que la ubica entre la debilidad mental leve a moderada más sobre el límite de incapacidad moderada. Los gráficos realizados evidencia falta de integración y total pobreza creativa con desestabilización emocional. El perfil gráfico observado se corresponde con el de un niño de 8 años y menos (...) Su pensamiento es básicamente concreto con déficit claro en la posibilidad de realizar abstracciones”.*

Dicho informe tomó en cuenta “*1- el déficit madurativo intelectual. 2- los antecedentes del cuadro de bipolaridad”* y concluyó que “*Sobre estos dos ejes diagnósticos se centran sus dificultades para alcanzar el disvalor de la conducta imputada, puede conocer y entender sin comprender porque es absolutamente concreta. En este punto se destaca su puerilidad que la coloca en situación de riesgo, indefensión y vulnerabilidad, no se encuentra en condición de prever el riesgo al que está expuesta”.*

Del análisis conjunto de los informes citados y el tipo de delito que se imputa a mi asistida, entiendo que aquella, por un insuficiencia en sus facultades, no pudo comprender la criminalidad del hecho que se le imputa. En este sentido, debe evaluarse todo en un conjunto y no esperar que a mi asistida se le diagnostique una “enfermedad” determinante en los términos del art. 34 del CP.

“La tesis “alienista” contraviene con el sistema mixto, biológico-jurídico-psicológico, adoptado por nuestra legislación penal, según el cual el alcance y significado, de la insuficiencia de las facultades, como quiere que se las califique,

habiendo producido el efecto psicopatológico de no poder comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones, la inimputabilidad será la consecuencia obligada, sea el agente considerado alienado o no (Cabello, Vicente; *Psiquiatría Forense en el Derecho Penal*, Tomo 2; Hammurabi, 2005, p. 200/201).

La debilidad mental de mi asistida es evidente de todos los informes citados, siendo aquella, en consecuencia, una persona altamente influenciada debido a sus características pueriles, por lo cual es dable pensar que pudo ser influenciada o engañada para realizar el viaje a la Argentina con total desconocimiento del motivo real del mismo.

Llama la atención a esta Defensa Oficial el último informe producido por la Lic. Miotto en cual trata a mi asistida como de *“propensa al enmascaramiento y a la desvirtuación intencional de lo vivenciado como potencialmente involucrante”*. Esto no se condice con ninguno de los varios diagnósticos presentados en autos, desconociendo –por no ser experto en la materia– que había llevado a la profesional a opinar de esa manera. Con lo expuesto en la presente, sumado a las diligencias realizadas en autos y a la documentación que se aporta, considero que V.S. se encuentra en condiciones de resolver la situación de Patricia Pickett de manera definitiva. Cabe observar que V.S. deberá considerar las opiniones profesionales, pero las mismas no deben ser determinantes, toda vez que esta Parte esta pretendiendo un resolución jurisdiccional, mediante la cual se evalúe si mi asistida pudo comprender al momento del hecho, la criminalidad del mismo.

“...no interesa tanto el diagnostico médico, dentro del catálogo de enfermedades mentales, sino que lo realmente significativo es el aporte de las cualidades psíquicas del individuo, para que conjuntamente con el resto de las probanzas incorporadas, los jueces puedan determinar si el sujeto, en el momento de ocurrir el suceso tenía una perturbación de la conciencia que le haya impedido comprender y dirigir, de acuerdo a la norma citada...” (CNCP, Sala III, rta: 27/04/2010, causa n° 11436; “Ríos, Martín s/ rec. de casación”). Sin perjuicio de ello, creo que los informes

médicos apoyan la tesis sostenida por quien suscribe, debiendo dictarse sin dilaciones el sobreseimiento total de mi pupila, no obstante en caso de duda, dado lo sensible de la cuestión, se debe fallar a favor del imputado. *Por mínima que sea la duda se impone la aplicación del art. 13 CPMP (Cf. CCC autos “CROSS” LL-131, p. 230); dicho principio alcanza también a las situaciones dudosas en materia de inimputabilidad (Cf. Rubianes, Carlos J., Código Penal y su interpretación..., tomo IV, p. 34 punto 42 “b”).* (del voto del Dr. Eduardo García Quiroga).

“...requiriendo una condena la certeza, caracterizada por una clara, segura y firme convicción de la responsabilidad que se le reprocha, concurriendo en el caso duda en cuanto a la suficiente capacidad del imputado respecto a la criminalidad del acto (art. 34, inc. 1° del Código Penal) al momento del hecho, debe hacerse primar el principio de inocencia y estar en consecuencia a su favor (art. 13 Código de Procedimientos en Materia Penal; CCC Sala II “GASPARINI P.” 22-11-63 – JPBA, Revista 5, N 540) (CS “BORTHAGARAY Carlos R.” 24-Xi-88).” (del voto del Dr. Guillermo Sustaita) (CPECON. Sala “2”, Reg. 336/89, rta. el 07/12/1989; “Divito, Ruben Antonio s/ cheques sin fondos”).

-III-

Asimismo se acompaña a la presente un informe realizado por el Cuerpo de Peritos de la Defensoría General de la Nación, suscripto por la licenciada Cabanillas, el cual ha sido citado a lo largo de esta presentación y da cuenta de los argumentos sostenidos por esta Parte y cuya producción consta en autos.

A su vez, hago saber que se adjunta copia de la historia clínica de la nombrada, la cual obra en la Clínica Centerstone (ciudad de Richmond, Indiana, Estados Unidos), el que se encuentra en idioma inglés y eventualmente, de ser necesario para la resolución del caso, podría ser traducido y analizado por los peritos que correspondan. Dicho informe médico fue obtenido gracias a las gestiones realizadas por el Consulado de los Estados Unidos en el país, representación consular la cual ha manifestado a esta

Defensa Oficial suma preocupación por la nombrada y su situación, toda vez que a raíz de sus problemas de salud la misma resulta aún incierta, preocupación compartida por quien suscribe.

-IV-

Por lo expuesto solicito de V.S. que:

1) Se tenga presente la solicitud de sobreseimiento al momento de resolver la situación procesal de mi asistida. 2) Se resuelva conforme a lo aquí expuesto. 3) Se tenga por incorporada al proceso la documentación que por este acto se acompaña. 4) Se tengan presentes, para su oportunidad, las reservas formuladas.

Proveer de conformidad,

SERÁ JUSTICIA.

Expediente CSJN Letra “G”, N° 662, Libro XLIV, Año 2008, caratulado: “Recurso de hecho deducido por Jorge Alberto Guzmán en los autos Guzmán, Jorge Alberto s/ causa N° 40/06”

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

JULIAN HORACIO LANGEVIN, Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el Expediente CSJN Letra “G”, N° 662, Libro XLIV, Año 2008, caratulado: “Recurso de hecho deducido por Jorge Alberto Guzmán en los autos Guzmán, Jorge Alberto s/ causa N° 40/06”, ante V.E. me presento y respetuosamente digo:

I.- Objeto

Que vengo a fundar el recurso de hecho por extraordinario denegado interpuesto *in forma pauperis* por Jorge Alberto Guzmán (fojas 1/3 vuelta del expediente labrado en esta instancia) contra la decisión del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba que declaró formalmente inadmisibile el recurso extraordinario interpuesto (fojas 35/43 del expediente Letra “G”, N° 40). En cumplimiento de las Acordadas N° 13/90 y 35/90, inc. “c”, dejo constancia que Jorge Alberto Guzmán, es argentino, nacido el 1 de julio de 1973, en la ciudad de Córdoba, provincia homónima, hijo de Juan Carlos Guzmán y de Teresita del Valle Flores, D.N.I. 23.459.212., con último domicilio en calle Berlín N° 3668 Barrio Estación Flores, actualmente alojado en el Establecimiento Penitenciario Padre Luchesse, Bower, del Servicio Penitenciario de la provincia de Córdoba.

II.- Antecedentes

1. El Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba declaró inadmisibile el recurso de casación interpuesto por la defensa de Jorge Alberto Guzmán contra la sentencia de la Cámara en lo Criminal Económico de la ciudad de Córdoba que había condenado al nombrado a la pena de ocho años y seis meses de prisión como partícipe secundario del delito de homicidio (fojas 277/285 vuelta, 291/296, 311/317 vuelta, 320/326 vuelta en orden inverso a lo citado). Contra lo así resuelto, la asistencia técnica dedujo recurso extraordinario cuyo rechazo originó esta queja (fojas 2/5 vuelta, 10/16 y 35/43 del expediente Letra “G” N° 40 y fojas 1/3 vuelta del labrado en esta instancia).

2. Corresponde señalar que las presentes actuaciones se originaron a raíz del episodio en el cual perdió su vida Orlando Guzmán. A este respecto vale destacar que –segùn

se tuvo por acreditado- Juan Carlos Guzmán conjuntamente con sus hijos César y el aquí apelante – Jorge Alberto- se habrían apersonado en el domicilio de Orlando Alberto Guzmán –hermano de Juan Carlos-. En ese contexto tanto Juan Carlos cuanto César habrían acudido a ese sitio munidos de dos escopetas con las cuales y tras dispararlas le dieron muerte a Orlando Guzmán. Cabe aclarar en este sentido que, de conformidad con las palabras expuestas por todos los testigos presenciales, el aporte que habría efectuado Jorge Alberto a dicha empresa delictiva sólo se había limitado a solicitarle a la víctima que bajara la radio de modo que aquél y su padre pudieran “dialogar” y a pararse detrás del sujeto pasivo con las manos abiertas.

3. Celebrada la audiencia, los tres imputados solicitaron acogerse al trámite de “juicio abreviado” razón por la cual prescindieron de la producción de prueba en esa instancia específica y, de consuno, “confesaron” su participación y responsabilidad en el hecho *sub lite*. (fojas 273 vuelta). Corresponde aclarar que al momento de dictar la sentencia y tras sistematizar los diversos testimonios colectados, el tribunal de debate concluyó que el día del hecho “...*los justicias Guzmán ingresaron por el frente del domicilio y se condujeron al lugar de reunión familiar, Juan Carlos Guzmán alias ‘Cusa’, ingresó portando una escopeta, el prevenido César un revólver calibre 22 o 32 semiescondido en su cintura y, por su parte, el incoado Jorge quién no tenía armas se dirigió a los presentes manifestándoles que ‘corten la música así estos hablan’ y se ubicó detrás de la víctima que estaba sentada en una silla...*” (fojas 282 vuelta). Todo ello condujo al órgano de juicio a calificar el “aporte” de Jorge Alberto Guzmán como constitutivo de una participación no necesaria en el delito de homicidio perpetrado por su padre y su hermano, a quienes consideró coautores.

4. En su recurso de casación *in pauperis*, el imputado cuestionó la sentencia en el entendimiento de que se lo había condenado como partícipe necesario cuando su aporte no había existido o cuanto menos no quiso cooperar sino en un hecho más leve que nada tenía que ver con el homicidio finalmente perpetrado.

Al momento de fundar esa manifestación de voluntad el señor asesor letrado sólo se limitó a transcribir las expresiones introducidas por el imputado en su escrito *in pauperis*, ocasión en la cual –y al igual que otros casos tramitados en dicha provincia- expresó “...*sin que ello implique adhesión a la postura del condenado, ensayando su justificación jurídica*” (fojas 314).

Así las cosas y tras transcribir las expresiones insertas por Guzmán en su presentación, el asistente técnico afirmó que el nombrado sólo había hecho acto de presencia en un hecho ajeno y que en función de no haber consentido o aceptado la acción luego desplegada por sus “acompañan-

tes” debía ser acreedor a la reducción punitiva establecida en el artículo 47 del Código Penal “...ya que el mismo, no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor y por ello debe responder” (fojas 316).

De la mano del principio *in dubio pro reo* expresó que Guzmán debía ser condenado como coautor de amenazas calificadas.

Así pues y de cara a “reforzar” lo antes dicho apuntó que Guzmán no había realizado acto objetivo alguno tendiente a dar muerte a Orlando Guzmán y que su mera presencia en el espacio situacional de ningún modo podía ser constitutiva de una participación punible en los términos del artículo 46 del Código Penal. Por último sindicó que “...el penado de marras, fue hasta ese lugar pero no con la intencionalidad de cometer el hecho criminoso, sino a los fines de dialogar con la desafortunada víctima, ya que habían tenido un problema por cuestiones del campo que explotaban, por ello a criterio del suscripto estas circunstancias objetivas son las que debieron tener en cuenta VV.EE al momento de evaluar la calificación legal y por ende la misma debe encuadrarse en la figura de Amenazas calificadas” (fojas 316 vuelta y 317).

5. En el fallo apelado el *a quo* declaró inadmisibles el recurso articulado sobre la base de las siguientes consideraciones. Así pues y en primer lugar entendió que el impugnante había omitido exponer cuáles fueron los fundamentos jurídicos “...dados por el tribunal de juicio, para exponer en base a ellos cuál es su error jurídico, en relación a la norma sustantiva que se acusa mal aplicada” (fojas 321 vuelta). Tras ello transcribió los diversos “fundamentos” allegados por el tribunal de debate en orden a justificar la imputación a Guzmán en carácter de partícipe no necesario, entre los cuales cabe mencionar: a) que el encartado se hizo presente en la vivienda de la víctima; b) que se colocó detrás de Orlando Guzmán; c) que los actos llevados a cabo por Guzmán obedecieron a una división previa de tareas; d) que la cooperación prestada por el imputado posibilitó que el hecho tuviera lugar, etc. Por otra parte, afirmó que de conformidad con lo di-

cho por uno de los testigos, si bien Guzmán se había colocado detrás de la víctima, “...estuvo más delante de la línea donde estaba situado Orlando” (fojas 323). Al haber prescindido de esos elementos –dijo el *a quo*– el impugnante pretendió alterar la plataforma fáctica, actividad que –según su opinión– se encontraba vedada.

Por último y tras transcribir nuevamente en forma acrítica los elementos sintetizados en la decisión del tribunal de debate, el apelado concluyó –invocando un supuesto apoyo mutuo– que el “aporte” de Jorge Alberto Guzmán en la empresa delictiva había existido y por ello cabía convalidar la condena.

6. En el recurso federal, la asistencia técnica tachó de arbitrario lo resuelto y destacó que el pronunciamiento apelado había resultado violatorio del derecho de defensa y de aquél otro que garantiza el llamado doble conforme. En el sentido indicado expresó que el agravio introducido por Guzmán no había sido respondido por el tribunal dado que sólo se limitó a refrendar acríticamente lo antes sostenido por el órgano de juicio y a descartar dogmáticamente la posición de la defensa. Así las cosas barruntó que resultaba inaceptable afirmar que Guzmán se haya colocado detrás de la víctima del hecho por cuanto hacerlo hubiera implicado un severo riesgo de resultar herido por obra del disparo. En ese contexto y con citas de jurisprudencia de esa Corte expresó que el “exceso” en el cual habían incurrido los coautores en forma alguna podía comunicársele al aquí apelante.

Para concluir destacó que su postura en modo alguno trasuntaba una revalorización de la prueba sino que, antes bien, se dirigía a cuestionar el modo en que se la había valorado de la mano de las reglas que regimentan la llamada sana crítica racional.

7. Al momento de resolver –y tras transcribir en forma íntegra el texto del fallo apelado– el *a quo* declaró inadmisibles la presentación federal sobre la base de las siguientes consideraciones. En primer término entendió que los pronunciamientos de los superiores tribunales de provincia que rechacen recursos de orden local sólo son susceptibles de ser

recurridos por ante esa Corte cuando lo resuelto importe un exceso de rigor formal, circunstancia que –a su criterio– no se observaba en el caso. En la senda expuesta también sostuvo que la doctrina de la arbitrariedad es de aplicación restrictiva y que en el *sub lite* no se habían demostrado unas tachas semejantes.

Así las cosas, expuso que el recurso extraordinario no satisfacía el recaudo de fundamentación autónoma rubricado en el artículo 15 de la ley 48 por cuanto la decisión apelada contaba con argumentos serios que la resguardaban de cualquier tacha que importara su descalificación como acto judicial válido.

Por último, sindicó que el pronunciamiento impugnado había respetado el principio de razón suficiente y que los planteos del apelante sólo trasuntaban una reedición de los planteos otrora articulados al momento de deducir el recurso de casación.

III. Crítica a la decisión que denegó el recurso extraordinario federal.

1. Contra lo afirmado en el auto denegatorio, entiendo que el recurso extraordinario debió ser concedido. Si bien las decisiones de los tribunales superiores de provincia que declaran improcedentes los recursos locales por ante ellos deducidos no dan lugar a la apelación prevista en el artículo 14 de la ley 48 en la medida en que remiten al análisis de cuestiones de derecho procesal local (Fallos, 327:1688, entre muchos otros), esa Corte ha hecho excepción a tal principio cuando el recurso es rechazado sobre la base de argumentaciones insuficientes que frustran el derecho de defensa en juicio y el debido proceso (Fallos, 329:1436, entre muchos otros recientes).

Por otro lado y no obstante que lo vinculado con la determinación del grado de participación del imputado en el hecho ilícito remite a problemas fácticos y de derecho común que, por regla general, no habilitan la instancia extraordinaria, ello no es óbice para invalidar lo resuelto cuando –como a mi modo de ver ocurrió en el caso– el fallo apelado se sustenta en una interpretación arbitraria o dogmática de los requisitos normativos de la disposición de derecho común aplicable (Fallos, 327:3087; 329:2450; 329:4907; 329:5628; y, últimamente, D. 1743.XLI, “De lo Santos, Martín Salvador s/robo calificado -causa N° 6006” del 6/5/2008).

2. Entiendo que ambas doctrinas resultan de clara aplicación a este caso. En lo que a la primera de ellas se refiere es claro que el fallo apelado se ha sustentado en meros dogmatismos conceptuales o en reediciones de aquello que fue expresado por el tribunal de juicio y, a partir de ello, ha dejado sin respuesta los dos agravios sustanciales que habían sido introducidos por el recurrente en su impugnación *in pauperis*. Así pues y lejos de analizar, en primer lugar,

si la conclusión de la sentencia vinculada con el modo en que se sucedieron los hechos encontraba apoyo en las probanzas arrimadas al legajo, el fallo apelado sólo se limitó a sistematizar de manera más o menos arbitraria o antojadiza esos elementos sin explicar porqué resultaban materialmente correctos como para sustentar la conclusión a la que arribó el tribunal de debate. Por otra parte, el pronunciamiento tampoco ha dado respuesta satisfactoria a la cuestión vinculada con si a partir de esa plataforma fáctica resultaba jurídicamente posible calificar el pretendido aporte de Guzmán como “participación no necesaria” en los términos del artículo 46 del Código Penal.

3. En lo que respecta a la segunda de esas doctrinas, entiendo que la sentencia impugnada se ha sustentado en una interpretación inaceptable de las reglas normativas contenidas en el ya citado artículo 46 del Código Penal lo cual, lejos de trasuntar una mera cuestión de derecho común insusceptible de ser abordada por la vía prevista en el artículo 14 de la ley 48, autoriza su tratamiento sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad, construcción que, lo recuerdo, exige que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada de las normas vigentes con arreglo a las circunstancias efectivamente comprobadas en la causa (Fallos, 330:4033; 4476, entre muchísimos otros).

Tal como lo apunté anteriormente entiendo que este es uno de aquellos casos por cuanto la atribución a Guzmán de la calidad de partícipe no necesario fue posible a merced de una interpretación inaceptable de las reglas normativas que regulan la cuestión.

En efecto, no parece racional ni jurídicamente posible convalidar la interpretación elastizada que tanto el tribunal apelado como el de debate formularon en punto al concepto de marras por cuanto, de lo contrario, se llegaría al absurdo de afirmar que cualquier “observador” o “sujeto presente” en un contexto situacional pueda adquirir la calidad de partícipe. Así pues y en lo que al *sub lite* importa, nos encontramos con que el apelante acudió junto a su padre y su

hermano al domicilio de Orlando Guzmán, lugar en el cual estos ultimaron a la víctima mediante armas de fuego. Todos los testigos coincidieron en afirmar que el aquí encarado sólo se limitó a quedarse parado y a solicitar que se bajara la música con el fin de que su padre y Orlando pudieran mantener una charla. A partir de allí y ante la imposibilidad de fundar con semejantes datos una pretendida participación se acudió a la afirmación –huérfana de toda constancia probatoria que la sustentara- de conformidad con la cual Guzmán conoció y aceptó ese resultado.

Dado que este último elemento en modo alguno pudo ser probado, sólo quedó subsistente su “estancia” en el lugar del hecho cuanto la solicitud vinculada con la baja de la música, circunstancias que pretendidamente aunadas permitieron justificar una “participación secundaria” que fue posible a merced de una extensión inaceptable de ese concepto. Las circunstancias señaladas permiten vislumbrar que el concepto de participación secundaria refrendada en el pronunciamiento apelado resulta francamente insostenible en la medida en que presupone una elastización que claramente riñe con el principio de estricta legalidad que debe gobernar la interpretación de todos y cada uno de los conceptos que habilitan poder punitivo (A. 2186. XL, “Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, primer párrafo de la ley 23.737 – causa N° 28/05” del 23 de abril de 2008 y sus múltiples citas).

Y así, sostener que la mera presencia física o el requerimiento tendiente a que se bajara la música autoriza al estado a imputar pretendidas “participaciones secundarias” importa, en los hechos, legitimar supuestos de responsabilidad objetiva que han sido claramente censurados por la Corte en pronunciamientos importantes de reciente data (Fallos, 327:3087; 329:2367), a la par de desconocer la doctrina según la cual la aplicación inadecuada de una norma de derecho común, que la desvirtúa y a vuelve inoperante, equivale a decidir en contra o con prescindencia de sus términos y constituye una causa definida e arbitrariedad (“Acosta, Alejandro Esteban”, cit., considerando 2, *in fine*).

“Esta forma de imputación domina típicamente en sociedades arcaicas primitivas que fundan la responsabilidad en la simple causación o pertenencia a un grupo o clan.”... “En sociedades mágico primitivas es suficiente con cualquier nexo mágico entre persona y suceso, razón por la cual puede ser invertida la secuencia temporal entre suceso y sanción.”. (Schünemann Bernd, “¡El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho.”, Editorial, Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, 2007, pág 7.).

Por último y en la medida en que el pretendido plan previo que tuvo a Jorge Alberto Guzmán como supuesto participante y que, luego, desembocó en la muerte de Orlando Guzmán no pudo sostenerse sino en base a afirmaciones dogmáticas que a la par de ello importaron lisa y llanamente una inversión de la carga de la prueba vedada por el principio in dubio pro reo.

Sobre el particular, esa Corte –por remisión al dictamen del señor Procurador Fiscal- sostuvo que “*También en estos aspectos, y teniendo presente las excusas del acusado, conviene recordar que éste ‘no tiene la carga de probar la disculpa aunque no aparezca probable o sincera’ (...), pues ‘no destruida con certeza la probabilidad de un hecho impeditivo de la condena o de la pena, se impone la absolución’ (...)* Y Ricardo C. Núñez afirma sin retaceos que ‘*la falta de certeza sobre la inexistencia de los presupuestos de una causa de justificación, e inculpabilidad o de impunidad posible, según el caso, conduce a su afirmación...*’ (Fallos, 324:4039, punto III *in fine*). En razón de lo expuesto, las alegaciones de los sentenciantes importaron “...*ni más ni menos que echar por tierra un bien que la humanidad ha alcanzado y mantenido a costa de no pocas penurias: el principio de inocencia...*” (Fallos, 314:1091, voto en disidencia del juez Petracchi, considerando 13).

4. Por ello, entiendo que esa Corte debe hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada para que, por intermedio de quien corresponda, se dicte una nueva con arreglo a derecho.

V.- Petitorio

Por las consideraciones apuntadas, 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 Jorge Alberto Guzmán.

2.- Se tenga presente 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. con-

juntamente con los autos principales que corren por cuerda.

3.- Se haga lugar a la queja, se declare procedente el recurso extraordinario y se deje sin efecto el pronunciamiento apelado para que, por intermedio de quien corresponda, se dicte uno nuevo con arreglo a derecho.

**Proveer de Conformidad,
SERÁ JUSTICIA.**

Expediente Letra “R”, N° 390, Libro XLVI, Año 2010, caratulado “R., M. c/ F., M. B. s/ reintegro de hijo”

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

JULIÁN HORACIO LANGEVIN, Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, constituyendo domicilio en la calle Paraguay 1855, 1° piso (contrafrente), Capital Federal, vengo a contestar la vista conferida a fs. 705.

I.- En atención a lo que surge de estos obrados, asumo la representación que por ley me corresponde (cf. arts. 59 del Código Civil y 54, incisos “a”, “b”, “c”, “d”, “e”, “f” e “i”, de la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946) respecto del menor **M.A.R.**, nacido el día 2 de abril de 2008, en Miami Dade, Estados Unidos de Norteamérica (cf. *Certification of birth* obrante a fs. 133).

II.- En tal carácter, vengo a contestar la vista conferida respecto del recurso extraordinario concedido (cf. fs.697) que fuera planteado por la Señora Francesconi (v. fs. 657/677), progenitora de mi defendido, contra la sentencia dictada el 27 de mayo de 2010 por la Sala “E” de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (cf. fs.646/649). Tal resolución confirmó la sentencia de grado (v. fs.465/468vta.) en cuanto dispuso la inmediata restitución del niño a su país de origen.

III.- En relación al recurso interpuesto, considero que ha sido correctamente concedido, porque se encuentra en juego el alcance e interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño -Ley N° 23.849- y el decisorio impugnado ha sido contrario a las pretensiones que la recurrente fundara en ellas. (cf. art. 14, inc. 3°, de la ley 48; Fallos: 323:3804; 324:1648, 2193, entre otros).

IV.- En cuanto al fondo de la cuestión, en primer lugar me referiré a los hechos en que se funda la presente acción. Se inician las actuaciones en el mes de junio de 2009, a raíz de la presentación efectuada por la apoderada del Señor Miguel Ángel Reyes, quien solicitó en su nombre la restitución internacional de su hijo M.A.R. a su último domicilio en Estados Unidos en los términos del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de

Menores (v. fs. 238/241/vta.). Refiere que la progenitora del niño recibió de su abuelo, como regalo de cumpleaños, un pasaje para viajar a la Argentina y que por ello, le extendió permiso de viaje para que la accionada viajara con el niño a este país en el período comprendido entre el 31 de agosto de 2008 y el 31 de enero de 2009.

Alude que vencido el plazo de tal autorización la Sra. Francesconi perdió todo contacto con el progenitor, de ahí que siendo su hijo ciudadano norteamericano peticiona su restitución internacional.

Corrido el pertinente traslado, la Sra. Francesconi, solicitó su rechazo (v. fs. 376/390). A fs. 465/468vta. obra glosada la sentencia de grado que ordena la inmediata restitución del niño a su país de origen. Dicho decisorio es recurrido por la progenitora de mi defendido (v. fs. 488, 492/511vta.). A fs. 646/649 la Sala E de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resolvió confirmar la decisión de grado. A fs. 657/677, la demandada interpuso recurso extraordinario federal, que fue concedido a fs.697; motivando la elevación de la causa a V.E. y la presente vista.

V.- Luego de haber circunscripto los hechos en que se funda esta causa, me avocaré específicamente a la cuestión traída a estudio.

V. a).- En tal sentido hago saber *ab initio* a V.E., que el día 17 de agosto me constituí personalmente en el domicilio de mi defendido, a fin de poder mantener una entrevista con aquel, conocer su situación actual, sus necesidades (cf. Art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y arts. 19, 24 y 27 de la Ley N° 26.061) y establecer en base a ello, cuál es la solución que al presente contempla mejor su interés superior, que -como tiene dicho V.E.- **no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso** (cf. Fallos: 330:642). Máxime teniendo en cuenta la doctrina sentada por ese Alto Tribunal de que sus sentencias deben adecuarse a las circunstancias existentes al momento en que se dictan (cf. Fa-

llos: 269:31; 308:1087; 316:1824; 317:704; 321:865 y 330:642).

V.b).- Sentado ello, cabe precisar, que como principio general el Ministerio Pupilar debe mantener una postura de coherencia entre lo que se sostiene en las anteriores instancias, en mérito a la indivisibilidad del mismo y para asegurar el derecho de los menores; salvo situaciones excepcionales, que justifiquen algún cambio de postura, cuando las actuaciones llegaran a una instancia superior.

En este orden, desde ya adelanto, que tal es el caso de autos, donde advierto serias razones para apartarme del criterio de los titulares de este ministerio en las instancias anteriores, en cuanto propugnaron la restitución de **M.A.R.** Ello es así, en mérito: 1) al tiempo que transcurrió desde que el niño reside en la República Argentina, 2) **a la situación fáctica que rodea al caso -y que hasta el momento aparenta pasar por inadvertida-** y 3) mi impresión tras la entrevista que mantuve en los términos del art. 12 de la Convención sobre los Derechos de Niño, y arts. 19, 24 y 27 de la ley 26.061), conforme será demostrado seguidamente.

V. c).- En ese entendimiento, agravia centralmente a mi defendido, que no se hayan evaluado las circunstancias concretas que circundan a la causa, la situación fáctica existente y lo que es más grave, que en base a tal desapego por la realidad concreta del niño y, minimizando el transcurso del tiempo que el menor residió en uno u otro país, se haya desatendido su interés superior, se optó en cambio por la aplicación meramente formal del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores, sin contemplar en rigor de verdad sus reales pilares jurídicos que son: a) La defensa de los derechos humanos desde la niñez; b) El velar por los intereses supremos de los menores; y c) Revalorizar el concepto de "arraigo" a un territorio, a un grupo familiar y social, por encima de los conceptos de domicilio o nacionalidad.

Así las cosas, se plantean en el *sub lite* algunos interrogantes que intentaré

despejar ¿Era ilícita la retención?. ¿Fue consentida la residencia en nuestro país por el padre solicitante?.

Retención lícita: Entiendo, todos coincidimos en que los menores ya no deben ser considerados propiedad de sus padres; sino que, deben ser reconocidos como individuos con derechos y necesidades propias (cf. Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. 31 Sesión Ordinaria. Recomendación relativa a una Carta Europea de los derechos del Niño. Texto adoptado el 4 de octubre de 1979). Pero lo cierto es, que en el supuesto de autos se han dado algunas particularidades que permiten sostener que no hubo traslado ilícito; como así tampoco, una retención que pueda catalogarse de “ilícita”, que justifiquen que se ordene una restitución inmediata, ya que cuanto menos **hay varios actos desplegados por el requirente que permiten sostener que sus conductas condujeron a que las cosas se hayan dado del modo en que se fueron desencadenando y que hacen que el niño A., haya vivido tan solo cuatro meses en su lugar de origen y dos años en territorio Argentino.** Ello emerge con meridiana claridad del análisis de los elementos extrínsecos que envuelven al caso.

Nótese que **A.** residió en los Estados Unidos de América solamente durante sus **cuatro primeros meses de vida**, oportunidad en la que su padre autorizó su traslado junto a su madre a la Argentina **por cinco meses** del 31 de agosto de 2008 al 31 de enero de 2009,(v. fs. 9) **-período mucho más extenso del que el pequeño vivió en suelo norteamericano, y que si bien el a -quo intenta menguar este hecho puntual, no es algo poco trascendente cuando se encuentra involucrado el desarrollo psicofísico de un niño de tan corta edad, período en el que el crecimiento día a día es sorprendente-** lo llamativo es que, transcurridos dos meses desde que el niño se encontraba habitando **temporariamente** en Argentina (por el lapso de tiempo autorizado por el requirente) aquel autorizó a la progenitora para que tramite la nacionalidad Argentina del niño (v. fs. 363, documento cuya existencia y autenticidad el propio requirente reconoce, en tanto, varios meses después **-contradiendo actos suyos anteriores-** manifestó su voluntad de revocar la autorización concedida con el documento que obra glosado a fs. 58).

Residencia consentida: Ahora bien, no puede desconocerse, **y entiendo no escapaba al real saber y entender del Señor Reyes cuando concedió tal facultad**, que para tramitar la nacionalidad es *conditio sine qua non* del peticionante, tener residencia en el país cuya nacionalidad se pretende, y en el caso puntual de la Argentina, la ley exige que tenga domicilio establecido en la República durante dos años en forma ininterrumpida al momento de formalizar la solicitud (cf. Art. 3 in. e) de la ley 21.795), en tanto la ley norteamericana exige también **residencia para obtener la**

nacionalidad (Acta de Inmigración y Nacionalidad – INA-).

Por ende, la autorización para tramitar la nacionalidad, implicaba también conceder permiso para un nuevo periodo de residencia en Argentina. A tales extremos es dable agregar, que una vez vencido el aludido permiso para viajar, el Señor Reyes envió un mail a la Señora Francesconi (v. fs.33/34 del Expte. N° 3.965 que corre por cuerda) consintiendo la situación y dando por sentado, que ya no volverá a la ciudad de Miami, e incluso le manifestó que le enviara todas sus pertenencias.

Así reza el texto del mail: *“Domingo 1 de febrero de 2009. (...), estoy suponiendo que has cambiado de idea sobre volver a casa algún día, y dado que veo que ésta es tu decisión, comenzaré a empacar nuevamente todas las cosas que te pertenecen a ti y a mi hijo y te las enviaré de vuelta (...). Pronto dejaré e escribirte...sólo para hacerte saber el número de envío y la compañía de flete que llevará tus pertenencias a ti y a mi hijo. (...). Fdo. Miguel Ángel Reyes. Nerea Uriarte, Traductora Pública Ingles”* (v. fs. 360/vta.).

Al respecto conviene apuntar, que si bien la Alzada expresamente le quitó valor probatorio a dicho documento al señalar: *“...lo cierto es que la traducción que se hiciera de él no fue legalizada ante el Colegio de Traductores Públicos correspondiente...”* (v. fs. 648 primer párrafo), **cabe cuanto menos reconocerle el valor de un indicio que sumado al resto de las conductas desplegadas por el Señor Reyes que se vienen marcando, cobra suma trascendencia. No obstante lo anterior, cabe resaltar, que en esta instancia extraordinaria se acompañó la legalización de tal traducción por el respectivo Colegio Público (v. fs. 716/717).**

Pero las conductas bajo análisis continúan. Tal es así, que luego de casi seis meses de que había vencido la primera autorización de viaje, **en forma contraria a las conductas que venía desplegando**, inicia un proceso judicial (v fs. 238/241vta) tendiente a lograr la restitución de su hijo a su país de origen (lugar totalmente desconocido para el pequeño, que a esta altura ya

tenía un año y dos meses de vida y 10 meses residiendo en Argentina). Otra conducta que no puede dejar de remarcar, y que se contrapone también al interés en obtener la restitución que ahora intenta, es que a lo largo de este proceso, el requirente no bregó por su derecho a mantener contacto con su hijo no conviviente, de modo tal de procurar mantener vivo el vínculo; **pues recuérdese que el niño se fue de los Estados Unidos cuando tenía tan solo cuatro meses de vida, y el único contacto que tuvo con su padre tras estos largos dos años fue a raíz de una visita ordenada por el Juzgado de Primera Instancia** (v. fs. 354).

Y estimo que no fue por falta de mecanismos internacionales previstos para lograr tal cometido, en tanto, como es sabido la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya y la Comisión Especial sobre el Funcionamiento del Convenio de la Haya vienen trabajando **en torno al derecho a mantener contacto con el progenitor no conviviente, en el contexto de las sustracciones internacionales y las reubicaciones de los padres como una alternativa a las solicitudes de restitución** (v. al respecto el informe preliminar sobre el derecho de visita/derecho a mantener un contacto transfronterizo, debatido durante la Cuarta Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento del Convenio de la Haya de 1980, W. Duncan, “Transfrontier Access/Contact and The Hague Convention of 25 October 1980 on the civil Aspects of International Child abduction. A preliminary Report” Doc. Preliminar N° 4 de febrero de 2001, v. <http://www.hcch.net>).

Así, se optó por el término “*contacto*”, en su sentido más amplio, es decir abarcativo de las diversas formas en que un padre, que no tiene la custodia, puede mantener relaciones personales con el niño, **ya sea mediante visitas periódicas, comunicaciones a distancia, u otros medios**, sin perder de vista el principio general de que deben adoptarse todas las medidas posibles para garantizar el derecho de los niños a mantener relaciones personales y un contacto regular con sus padres, a menos que se determine que aquel puede resultar con-

trario a los intereses del niño, es decir las restricciones a tal contacto no deben ser más que las necesarias para proteger el interés del niño -por ej. que sea supervisado, o en determinados momentos o lugares- (v. Contacto Transfronterizo Relativo a los Niños. Principios Generales y Guía de Buenas Prácticas, cf. Ptos. 1, 1.1 y 1.2. v. <http://www.hcch.net>).

Todo lo hasta aquí delineado me conduce a invocar **la configuración de la doctrina de los actos propios**. Pues como lo señala Alejandro Borda: *“La teoría de los actos propios constituye una regla de derecho derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto. El fundamento radica en la confianza despertada en el otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada si fuese admisible aceptar y dar curso a la pretensión posterior y contradictoria...”* (v. al respecto Borda, Alejandro “La Teoría de los Actos Propios”, 2ª. edición, 2000, Ed. Abeledo Perrot, p. 11).

La inadmisibilidad de esos cambios de criterios radica en el perjuicio al otro y lo grave es, que tales actos contradictorios lo único que hacen es atentar contra el equilibrio del niño que queda atrapado en las confusas situaciones generadas, en tanto hoy se encuentra involucrado en un proceso de restitución que eventualmente lo conduciría a retornar a un lugar con el cual no tiene ningún punto de conexión, en tanto hasta su padre es un extraño para él.

Así, entiendo se encuentran configurados los recaudos que ese Alto Tribunal exige para su aplicación *“...que exista identidad subjetiva, esto es identidad entre el sujeto del que emana un acto y que posteriormente realiza una conducta contradictoria, de manera que ambos comportamientos hayan sido seguidos o resulten imputables a una misma persona, y que la contradicción se configure dentro de una misma situación o relación jurídica o, expresado con otras palabras, dentro de un mismo “círculo de intereses”.* (Fallos: 325(2):1787).

Bajo tal plataforma, fáctica no cabe duda que nos encontramos frente a un supuesto diverso de aquellos en los que ese Máximo Tribunal ordenó la inmediata restitución (Expte. B. 389. XLV; REX; 19-05-2010, Expediente Letra “K”, N° 125, Libro XLIV, Año 2008, 03-07-09 y Fallos: 328:511), en tanto aquí no hubo ni traslado ni retención ilícita que ameriten la restitución del menor, como hasta ahora arbitrariamente se ha venido decidiendo en *el sub lite* sin haberse detenido a pensar en el niño y en su mejor interés, que no puede ser otro que mantener el *statu quo*, a fin de preservar su integridad psicofísica.

Centro de vida: Por otra parte, cabe preguntarse si la ciudad de Miami, Estados Unidos es realmente la residencia habitual de A. en los términos del Convenio de la Haya de 1980 o su centro de vida, siguiendo la terminología que utiliza la ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes N° 26.061 y su decreto reglamentario, o por el contrario lo es la Ciudad de Buenos Aires, República Argentina? Asimismo, en base a lo hasta aquí marcado y las demás constancias obrantes en el expediente, corresponde evaluar si ordenar una restitución en esas condiciones no genera un serio riesgo en el equilibrio de de A.

Resulta palmario, que desde que el niño viajó con su madre a este país han transcurrido dos años, durante los cuales el niño creció junto a su madre, su abuela materna, sus tías, sus bisabuelos, tal cual pude percibir al momento de la entrevista celebrada el día 17 de abril. A. luce como un niño feliz, con todos los cuidados necesarios, sumamente integrado al grupo familiar extenso.

Destacados autores, sostienen que ante la laguna en la Convención, el concepto de residencia habitual debería definirse de la manera que mejor responda a la justicia del caso. Tal parecer fue el criterio seguido por la C. Cont. Adm. Río Cuarto 2ª, al fallar el caso “R. de M, E. E., el 15/12/2005, donde se ponderó que la República Argentina era el centro de vida del niño, (v. Solari, Néstor, “Sustracción Internacional de menores. El centro de vida del menor en el contexto del Convenio de la Haya” LL Córdoba 2006-793).

Debo insistir asimismo en la incidencia del tiempo, **-tema de menor entidad para el a-quo-** en tanto en la vida cotidiana de un niño es este un factor de suma trascendencia, de allí que resulte oportuno promover mayor celeridad en estos procesos procurando que la resolución de estos casos se adopte dentro de las seis semanas (v. al respecto las Conclusiones y Recomendaciones del Seminario de Jueces Latinoamericanos sobre el Convenio de la Haya de 1980 celebrado del 28 de noviembre al 3 de diciembre de 2005).

Al respecto resulta ilustrativo el voto del Juez A. A. Cançado Trindade en la Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien adujo: “(...). **Todos vivimos en el tiempo. Cada uno vive en su tiempo, que debe ser respetado por los demás. Importa que cada uno viva en su tiempo, en armonía con el tiempo de los demás. El niño vive en el minuto, el adolescente vive en el día, y el ser adulto, ya “impregnado de historia”, vive en la época; los que ya partieron, viven en la memoria de los que quedan y en la eternidad. Cada uno vive en su tiempo, pero todos los seres humanos son iguales en derechos”.** (Fuente: www.corteidh.or.cr).

Por otra parte, resulta esclarecedor lo señalado por los Jueces Kovler y Steiner de la Corte Europea de Derechos Humanos, en un voto reciente en un caso de restitución internacional. El primero sostuvo que para resolver casos tan sensibles como el de autos, la Corte debe enfocarse en las condiciones materiales y psicológicas en las que el niño tendría que vivir con cada padre, respectivamente. Y por su parte, Steiner aludió a que: “el interés superior es el criterio rector que debe aplicar para dilucidar la cuestión bajo litis, interés que debe prevalecer por sobre cualquier otra consideración y crítico el excesivo formalismo jurídico en que se peca cuando se soslaya ese interés” (Caso: “Isabelle Neulinger y Noam Shuruk v. Suiza” solicitud nro. 41614/2007, fecha de resolución 8/1/2009). En ese entendimiento, no puede dejar de meritarse el hecho nuevo denunciado por la demandada (v. fs. 534/537 y que en esta instancia mantiene y amplía v. presentación de fs. 707/714) en cuanto a la grave situación socio-económica que estaría atravesando el Sr. Reyes, y que sin duda se contraponen a la estabilidad en la que hoy el niño reside.

Interés superior del niño M.A.R.:

Desde otra óptica, otro argumento de la Excm. Cámara que cabe rebatir y aclarar, es el que alude a la corta edad del niño para ser escuchado. En sentido similar Mizrahi señaló que: “... **es un error estimar que el hecho de que el niño –o bebé– no posea**

técnica expresiva gramatical oral determina su inhabilitación para entender los que se pretende transmitir a través de la palabra. Es decir, que el niño, aunque incapaz de expresarse por medio de un lenguaje inteligible para el adulto, oye y comprende lo que éste está dispuesto a comunicar... A ello cabe adunar, que el art. 2 de la ley 26.061 establece que: **“...las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos”**; esto implica que a la hora de hacer efectivo el ejercicio de ese derecho, no importa la edad del niño, ni la forma en que se manifieste, y por ende, deberá hacerse extensivo al derecho de participación consagrado por la misma ley. (cf. art. 27). (cf. MIZRAHI, Mauricio Luis “Familia, Matrimonio y Divorcio”, Ed. Astrea, Bs.As., 1998, p. 479).

Se impone así la **necesidad de una evaluación proyectando cualquier solución sobre el menor hacia el futuro**, pues el interés superior del menor no se agota con el examen de las necesidades actuales a satisfacer en el caso concreto sino que cualquier decisión obliga a proyectar la evaluación de cara al futuro, de modo que pueda considerarse cada una fórmula como estando destinada a facilitar la formación del menor y establecer las pautas para el desarrollo de su personalidad.

En tal sentido, Roca y Trias, sostiene que el elemento central de cualquier discusión o teorización sobre el tema del interés del menor debe partir de la protección del mismo a futuro, de manera que la noción interés del menor puede considerarse como una fórmula destinada a facilitar la formación de menor y diseñar las líneas de desenvolvimiento de su personalidad. Solo así, afirma la profesora Roca, es posible dotar de contenido el concepto abierto de interés del menor y facilitar, en consecuencia, el propio contenido del derecho de la infancia (cf. Roca y Trias, E., “Contestación” al discurso de ingreso de la doctora Alegría Borrás sobre “El interés del menor como factor de progreso y unificación en el ámbito del derecho internacional privado”, Revista Jurídica de Cataluña 4 (1994) 976, citada por Marina Vargas Gómez-Urrutia en “El interés del menor como principio inspirador en el derecho convencional de la Conferencia de la Haya de derecho Internacional Privado”).

De allí que, **“...resulta vital que la medida y la serenidad de espíritu gobiernen tanto el obrar de la magistratura judicial como el de quienes instan y hacen a dicha actuación (cfr. Doctrina de Fallos:305:385; 308:2217 y 312:148) disidencia del Juez Fayt, entre muchos otros), de modo que, se evalúe concienzudamente cada una de las consecuencias que se derivan de su proceder y que repercuten directa o indirectamente, más en forma ineludible, sobre la integridad del menor que se**

intenta proteger. Ello con el fin de hacer real y efectiva la preservación de sus tantas veces citado “interés superior...” (cf. Voto en minoría de los Dres. Carlos S. Fayt y Don Juan Carlos Maqueda, en la causa M.14, XLIII, Martínez, Marcela María de Luján y otro s/ guarda judicial con fines de adopción del menor I., F. -cuad. de apelación de medida cautelar”, sta. del 4/9/07). Así las cosas, al momento de resolver no debe perderse de vista que el interés superior no es más que la satisfacción integral de los derechos fundamentales del niño. En tal sentido, la solución más contemplativa del interés superior es la que mejor satisfaga a todos ellos. **Se trata de “bañar los derechos fundamentales de que debe gozar este último con las contingencias propias de cada vida en particular”** (v. Rubén Santos Belandro “El interés superior del menor en el derecho Internacional Privado”, www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos_juridicos).

En tal sentido entiendo, no cabe duda que la restitución a los Estados Unidos de Norteamérica provocará una situación de alteración en su psiquis, porque en ese supuesto caso, deberá sin duda adaptarse a una cultura y un idioma diverso del que vienen utilizando en forma habitual, y desprenderse de los afectos construidos en la Argentina con toda su familia extensa y que constaté efectivamente el día de la visita en su domicilio en que se encontraban presentes sus abuelos, su mamá y una tía.

Como corolario, va de suyo, que la prevención como mecanismo para neutralizar perjuicios no causados, es una efectiva preocupación y anhelo de los juristas, y que este derecho, asegurado en la Constitución como garantía implícita, constituye un mandato para la magistratura, cuya función preventiva de daños, exige que se adopten a tal efecto, las medidas adecuadas destinadas a debilitar o neutralizar el agravio mismo.

V.d.)- Lo cierto es, que en el *sub lite* hasta ahora todas estas nociones y evaluaciones concretas han brillado por su ausencia, en tanto cabe preguntarse: ¿responde al interés de mi defendido modificar la situación fáctica, de la cual viene disfrutando

desde hace más de 2 años, siendo esta su única realidad y su único registro de centro de vida o residencia habitual?; ¿Ordenar una restitución bajo esas circunstancias no genera un desarraigo?; ¿Estados Unidos de Norteamérica puede considerarse residencia habitual o temporaria? ¿Cuál es la efectiva residencia habitual de este niño? ¿Cuál es su centro de vida?

Tales interrogantes no tuvieron una adecuada respuesta en la sentencia en crisis; ya que no se contempló que el medio habitual de vida de este niño se modificó, que el factor tiempo influyó en su integración a nuevos ámbitos de vida, y por ende, ordenar una restitución en ese contexto, acarrearía sin duda consecuencias nocivas; desvirtuando totalmente **“...la misión específica del tribunal especializado en asuntos de familia que (...) se limitó a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley manda concretamente valorar.** (cf. CSJN “T., A. D.” sta. 15/02/00, L.L. 2000-C, 423), implicando la solución alcanzada una franca violación al principio enunciado.

Conforme lo hasta aquí reseñado, deviene palmario, que la alternativa que mejor contempla su interés, y preserva su integridad psicofísica en orden al núcleo socio-familiar al que ya se integró, es rechazar la restitución pedida, disponiendo que mantenga un adecuado contacto con el requirente, por las vías y modos alternativos de comunicación que se estime conveniente.

Siguiendo a la Juez del Tribunal Constitucional Español Dña. Elisa Pérez-Vera en su informe explicativo del Convenio de la Haya de 1980, aquella al referirse a la importancia dada al interés superior del menor en ese documento internacional señala **“el Convenio ha hecho hincapié en la protección del derecho de los menores al respeto de su equilibrio vital, es decir del derecho de los menores a no ver alteradas las condiciones afectivas, sociales, etc. que rodean su vida, a menos que existan argumentos jurídicos que garanticen la estabilidad de la nueva**

situación. Este enfoque se refleja en la limitación del ámbito de aplicación del Convenio a los derechos de custodia efectivamente ejercidos...” (Parágrafo 72 del Informe Pérez –Vera). De mantenerse la decisión que se critica no se estarían tutelando en forma efectiva los derechos del menor involucrado, dadas las especiales circunstancias que rodean al caso. Así, le compete ahora a esa Corte, en su rol de intérprete final y garante del efectivo cumplimiento de los derechos y principios que aquí se invocan, alcanzar una solución justa, de modo que a **A.** se le garantice con el grado de exigibilidad que establece el art. 29 de la Ley de Protección Integral de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, el derecho a crecer en el seno de una familia, respetando su centro de vida y su derecho a la identidad en su aspecto dinámico, haciendo operativo y efectivo su interés superior. La solución que propugno, resulta a todas luces la más funcional en la armonización de los intereses en disputa (conf. arts. 12 y 13 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Ley N° 23.857, y arts. 3, 12, 13 y ccdtes. de la Convención sobre los Derechos del Niño).

V.e.)- En base a lo solución que propugno, me compete asimismo insistir en que se garantice a mi defendido el derecho a mantener contacto con el progenitor no conviviente, no obstante que se encuentren residiendo en países distintos. Al respecto resulta esclarecedor lo señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *“Para un padre o una madre y su hijo, disfrutar de la mutua compañía representa un elemento fundamental de la vida familiar...”* (cf. *Johnsen contra Noruega*, sentencia del 7 de agosto de 1996 y *Bronda contra Italia*, sentencia del 19 de junio de 1998).

En consecuencia, estimo que los agravios incoados deberán prosperar.

VI.- *Por lo expuesto, y siguiendo las pautas dadas por V.E. en cuanto a que “...la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos...”* (Del voto de los Señores Ministros Doctores Don Carlos S. Fayt, Don E. Raúl Zaffaroni y Doña Carmen M. Argibay, en la sentencia de autos “S., C. s/ adopción”, 2/08/2005); como así también, que: **“...todas las alternativas disponibles para arribar a un pronunciamiento en un conflicto como el presente deben ser evaluadas a la luz de privilegiar la situación real del niño no debiendo ello ser desplazado (...). De lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño.”**

(cf. Voto del Señor Ministro Dr. Juan Carlos Maqueda en la causa precitada); *solicito que se haga lugar al recurso extraordinario interpuesto, se revoque el decisorio apelado y se rechace sin más trámite la restitución peticionada, asegurándose a mi defendido el debido contacto con el progenitor no conviviente (art. 9 de la Convención sobre los derechos del Niño).*

DEFENSORÍA OFICIAL ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 27 de agosto de 2010.

“1º Encuentro Latinoamericano de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas - Reflexiones y Debates sobre Justicia, Territorio y Recursos Naturales”

La publicación ha sido fruto del trabajo conjunto entre la Defensoría General de la Nación, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, y la Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena (AADI), coorganizadores del I Encuentro Latinoamericano de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas celebrado los días 5 y 6 de noviembre de 2009 en la sede del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

El I Encuentro giró en torno a tres temas: “Reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas”, “Relación entre estados, empresas transnacionales y pueblos indígenas frente a la explotación de los recursos naturales” y “Acceso a la tierra y al territorio como derecho fundamental de los pueblos indígenas”. Durante los dos días el evento contó con la presencia de numerosos integrantes de comunidades indígenas que participaron activamente en cada una de las actividades.

El alto nivel de las exposiciones de los conferencistas extranjeros y nacionales, reconocidos internacionalmente por su experiencia laboral y académica vinculada con los derechos de los pueblos indígenas: José Aylwin Oyarzún (Chile); Mikel Berraondo (España); Idón Moisés Chivi Vargas (Bolivia); Alberto Filippi (Italia); Silvina Ramírez (Argentina); Nelson Rapiman (Argentina), Fernando Radziwilowski (Argentina) y Raquel Yrigoyen Fajardo (Perú); sumado a los debates que se llevaron a cabo en el Encuentro conformó un valioso material que mereció difundirse.

El objetivo de la publicación es ofrecer una herramienta para el trabajo diario que fortalezca la lucha por el efectivo ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas.

“Discriminación de género en las decisiones judiciales: justicia penal y violencia de género”

Pese a los avances obtenidos en la consagración normativa del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, los operadores jurídicos aún no reconocen en forma debida que la violencia de género es una vulneración específica de los derechos humanos de las mujeres, a pesar de la magnitud y gravedad del problema. En Argentina no hay datos oficiales que den cuenta de la cantidad de casos de violencia de género que se denuncian anualmente en el país. Ni siquie-

ra se conoce cuántas mujeres mueren por razones directas de género. Un relevamiento que realiza la Asociación Civil La Casa del Encuentro sobre los medios de comunicación masiva concluyó que durante el 2009 ocurrieron 217 casos de femicidios¹, mientras que durante el primer semestre de 2010 se registraron 122 casos².

El sistema internacional de protección de derechos humanos advirtió que las respuestas ineficientes y actitudes indiferentes con las que se topan este tipo de denuncias en el sistema de administración de justicia favorecen la impunidad de estos hechos por motivos discriminatorios. En este sentido, se ha señalado que la discriminación por razones de género que subsiste en nuestras sociedades influye tanto en los motivos como en la modalidad de los crímenes de género, y en la forma en que responden las autoridades a cargo de procesar tales denuncias.

Para mejorar las respuestas judiciales frente a estas denuncias, se elaboraron principios que deben guiar la investigación de este tipo de crímenes en el ámbito del sistema internacional de derechos humanos. Estos estándares permiten identificar tres ejes centrales del deber de investigar los hechos de violencia con debida diligencia: (a) el deber general de los Estados de investigar los hechos de violencia de género en forma seria y exhaustiva; (b) el deber de conducir dichas investigaciones de manera imparcial, libre de tendencias y con apego al principio de no discriminación; y (c) el deber de conducir las investigaciones respetando en forma adecuada los derechos de las víctimas para minimizar la victimización secundaria.

El informe “Discriminación de género en las decisiones judiciales: justicia penal y violencia de género” tiene el propósito de analizar las prácticas de la justicia penal en el tratamiento de los casos de violencia de género a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos. Se considera que este análisis es importante no sólo en atención al rango constitucional de muchos de los tratados de derechos humanos aplicables, sino también por el valor que la Corte Suprema de Justicia otorga a la jurisprudencia emanada de sus respectivos órganos de aplicación. Si bien existen grandes impedimentos para que las víctimas de violencia de género lleguen a la justicia, esta cuestión no será abordada por esta investigación, que se centrará en analizar el tratamiento brindado a los casos que sí llegan a conocimiento efectivo de los tribunales penales.

Para realizar este trabajo se seleccionaron varias resoluciones judiciales que ponen en evidencia algunos de los errores cometidos en la investigación, esclarecimiento y sanción de hechos de violencia contra mujeres en el ámbito de sus relaciones personales o de abusos sexuales. Se trata de un análisis de tipo cualitativo. Los problemas abordados fueron identificados en función de la experiencia y conoci-

¹ En su informe, La Casa del Encuentro incluye los femicidios, entendidos como los asesinatos cometidos por un hombre hacia una mujer a quien considera de su propiedad, los femicidios “vinculados”, definidos como los asesinatos de personas que intentan impedir el femicidio o que quedaron atrapadas “en la línea de fuego”, y los homicidios de personas con vínculo familiar o afectivo con la mujer, que fueron asesinadas por el femicida con el objeto de castigar y destruir psíquicamente a la mujer a quien consideran de su propiedad.

² La Casa del Encuentro, “Informe de investigación de femicidios en Argentina: 1º de enero al 30 de junio de 2010”.

miento previo de quienes participaron en esta investigación, y de otras personas consultadas que, por su labor cotidiana, conocen las dificultades y limitaciones que suelen existir en la investigación de este tipo de hechos.

La metodología utilizada consistió en la recolección de información mediante la revisión de expedientes judiciales, en aquellos casos en los que se pudo tener este acceso. En otros casos, se contó con las resoluciones judiciales y con los expedientes iniciados en la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema. Por último, algunos casos fueron analizados sólo a partir de la sentencia recaída.

Este estudio advierte que las deficiencias detectadas en los procesos judiciales en los que se investigan denuncias de violencia de género guardan relación con prácticas judiciales más que con las normas legales. Estas prácticas discriminatorias se manifiestan en la falta de seriedad con la que los operadores de la justicia penal emprenden las investigaciones sobre hechos de violencia de género; en los prejuicios y estereotipos de género presentes en la valoración de las pruebas recolectadas; y en la frecuente vulneración de los derechos de las víctimas durante la tramitación del proceso.

Ausencia de toda investigación e investigaciones aparentes.

Uno de los mayores inconvenientes encontrados en los casos analizados es la reticencia para procesar con seriedad este tipo de denuncias. La investigación llama la atención sobre resoluciones judiciales que dictaron el sobreseimiento de los supuestos implicados en agresiones de género sin que la víctima haya realizado la denuncia penal, a pesar de que se trataba de delitos dependientes de instancia privada. Estas resoluciones obstaculizan la posibilidad de que las víctimas puedan denunciar estos delitos con posterioridad. También se encontraron otros sobreseimientos o archivos dictados sin que se haya adoptado ningún tipo de actividad investigativa o tras haber realizado una investigación sólo en forma aparente, a pesar de que se podían identificar elementos de prueba útiles para constatar lo ocurrido. En otros casos, se dictó el archivo o sobreseimiento tras invocar que la víctima no había probado ciertos extremos de su denuncia. De este modo, la justicia penal abdicó de investigar los hechos denunciados y trasladó esa carga a la víctima. En este grupo de casos, donde la justicia no investigó o lo hizo sólo de modo aparente, se encuentran denuncias de violencia contra mujeres en el ámbito de sus relaciones interpersonales. La mayoría de los casos trataban sobre delitos como lesiones leves o amenazas. Sin embargo, también se encontraron casos de mayor gravedad, como abusos sexuales calificados. En estas resoluciones se encuentra, muchas veces de manera expresa y otras de forma solapada, la idea

según la cual la violencia contra las mujeres en el ámbito de sus relaciones interpersonales constituye una cuestión ajena al derecho penal. Esta concepción elimina el control público del ámbito privado, y presenta a la familia como una “zona franca”, un espacio en el que algunos de sus integrantes tienen total libertad para actuar y ejercer violencia sobre otros miembros. Este entendimiento asegura la impunidad de los casos, contribuye a construir desconfianza en las víctimas en el sistema de justicia y refuerza la percepción de inmunidad por parte del agresor.

Falta de exhaustividad en la valoración de la prueba.

Otra serie de problemas se vinculan con la falta de exhaustividad en la ponderación de los elementos de prueba colectados y con valoraciones arbitrarias. En varios casos, se identificó la pretensión de corroborar cada extremo del relato de las víctimas. Ahora bien, la mayoría de los delitos sexuales y de los hechos de violencia en las relaciones interpersonales ocurren en privado, sin la presencia de testigos y sin que queden documentadas las agresiones. Esta pretensión de corroborar cada parte de la denuncia suele combinarse con una evaluación fragmentada de los elementos probatorios, que no considera la prueba obtenida en su conjunto ni el contexto en el que ocurrieron los hechos denunciados. Este tipo de análisis entorpece la verificación de la forma en que los distintos elementos probatorios se interrelacionan entre sí y se brindan soporte, y conlleva a la imposibilidad material de probar la mayoría de estos delitos.

Otros casos ponen en evidencia la arbitrariedad de la sentencia en la valoración de la prueba. En algunos de los casos analizados, el tribunal valoró los elementos de prueba que abonaban la versión del imputado y dejó de lado —sin ningún tipo de justificación— la prueba que respaldaba la versión de la víctima. Otras veces, el juzgador otorgó a los elementos colectados un sentido contrario al que poseen o que no se condice con lo que la experiencia indica. En general, los casos que presentan problemas en la valoración de la prueba evidencian la presencia de estereotipos y prejuicios de género.

Prejuicios y estereotipos de género.

Además, un rasgo presente en muchas de las resoluciones judiciales analizadas se vincula con la persistencia de prejuicios y estereotipos en los operadores jurídicos, que oscilan entre, por un lado, no creer a las víctimas (se encontraron los estereotipos de la mujer mendaz, instrumental o fabuladora), y por otro lado, castigarlas por apartarse del rol social asignado (estereotipo de la mujer honesta y mujer responsable), o de lo que se espera de una víctima “real” de violencia de género.

Según el estereotipo de la mujer mendaz, las mujeres mienten cuando denuncian un abuso sexual o una agresión de su pareja o ex-pareja. Con base en este prejuicio, se

hallaron investigaciones dirigidas a obtener elementos independientes al relato de la mujer que permitan corroborarlo en todos sus extremos, para así descartar su mendacidad. En estos casos, las mujeres denunciadas resultaron investigadas y sometidas a un profundo escrutinio. También se observó el estereotipo de la mujer fabuladora, según el cual la mujer deforma la realidad, por ejemplo, exagerando los hechos ocurridos. El concepto de la “mujer instrumental” se refiere al estereotipo según el cual las mujeres efectúan falsas denuncias por hechos de violencia como medio para obtener algún fin o para “explicar una situación”. Con esta construcción, algunas de las resoluciones relevadas explicaron que las jóvenes que denunciaron abusos sexuales en realidad sólo buscaban sacar un provecho personal.

Otras resoluciones avanzaron sobre aspectos íntimos de las víctimas y sobre su comportamiento sexual anterior a la denuncia, a pesar de que esos antecedentes no eran pertinentes para la resolución del caso. Esas indagaciones fueron utilizadas como una manera de responsabilizar a las víctimas por lo que había sucedido y asegurarse de que la protección del derecho penal se dirija a resguardar sólo a las “mujeres honestas”. El análisis de los antecedentes sexuales de las denunciadas se combinó, en algunas oportunidades, con preconceptos acerca del modo en el que deben reaccionar las víctimas de abusos sexuales para ser creíbles. Otra forma de responsabilizar a las víctimas por los hechos denunciados consiste en considerar a las agresiones como una manifestación de reyertas o disfuncionalidad de la pareja. Según este criterio, la mujer contribuyó a que ocurra la agresión, pues la responsabilidad por los conflictos se debe distribuir entre ambos miembros de la pareja.

Revictimización.

El estudio de casos también detectó instancias de maltrato institucional dirigidas a las víctimas de violencia de género, que suelen afectar su derecho a la dignidad e intimidad y, muchas veces, son indicativas de la inversión de roles que suele suceder en estos procesos, en los que la víctima pasa a ser objeto de prueba. En algunos de los casos estudiados, las víctimas fueron sometidas a ciertos análisis intrusivos sobre cuestiones que no formaban parte del hecho investigado. También se encontraron pericias dirigidas a probar la mendacidad de la denunciante, como un examen de rutina en la investigación de los delitos de violencia de género. En varias ocasiones, se exige la comprobación de cada tramo del relato de la denunciante con elementos de prueba independientes. Otra de las formas de revictimización hallada consiste en someter a las denunciadas a interrogatorios relacionados con su pasado sexual o su conducta previa al abuso, a pesar de que sus antecedentes sexuales no guardaban relación con el hecho denunciado.

La figura de avenimiento.

El estudio realizado en la sección de avenimiento muestra la discriminación por razones de género en la formulación de la figura penal. El avenimiento fue introducido en el Código Penal como un mecanismo compositivo dirigido a privilegiar la voluntad de la víctima por encima del interés estatal. No obstante, el análisis de esta figura evidenció que, más bien, se trata de un mecanismo discriminatorio, que reaviva la vieja dicotomía entre lo público y lo privado, y facilita la impunidad de los abusos sexuales cometidos por parejas, ex-parejas u otras personas allegadas a las víctimas.

Conclusiones.

Los hallazgos de la investigación muestran la existencia de graves falencias en el procesamiento de las denuncias que fueron objeto de este estudio. También, que tanto el derecho penal como la justicia penal otorgan a las mujeres víctimas de violencia de género un tratamiento distinto al que brindan a otras víctimas. Este trato diferenciado implica una discriminación, que asegura la impunidad de estos crímenes y propende a su perpetuación.

Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación

Mujeres en prisión: Los alcances del castigo

En las últimas décadas se ha presenciado el aumento sostenido de los índices de exclusión social y del trato violento hacia los sectores más empobrecidos. Muestra de ello es el incremento continuo de la tasa de encarcelamiento, que en el caso de las mujeres aumentó de manera exponencial. Según el Servicio Penitenciario Federal (SPF), la población de mujeres en las cárceles federales pasó de 298 en 1990 a 1.039 en 2007, lo que implica un crecimiento que alcanza el 350%. A partir del 2008 se advierte una disminución en estos índices, lo que no significa necesariamente una disminución del número de mujeres presas¹.

La pena de prisión tiene distintas implicancias para varones y mujeres. Sin embargo, las instituciones legales, las normas jurídicas, y las prácticas judiciales y penitenciarias suelen desconocer este impacto diferenciado de la cárcel por razones de género e invisibilizar los requerimientos propios de las mujeres.

Existe una gran desproporción entre el daño social que producen los delitos por los que principalmente se encarcela a las mujeres en el sistema federal y el castigo al que son sometidas, no sólo por la duración de las condenas, sino sobre todo por las consecuencias que acarrea para

¹ Esa baja puede obedecer a distintas razones, como la transferencia a las jurisdicciones locales de la persecución de ciertos delitos vinculados a las drogas, y la sanción de la ley que incorporó entre los supuestos en que procede el arresto domiciliario a las mujeres embarazadas o que tengan hijos pequeños a su cargo.

ellas y para sus familias la privación de libertad (preventiva o con sentencia). Las mujeres encarceladas se enfrentan a un lugar violento, donde ven afectados casi todos sus derechos (salud e integridad física, educación, trabajo, vínculos afectivos), pero además su castigo las trasciende y afecta a sus allegados, ya que en la mayoría de los casos se traduce en un aumento de la vulnerabilidad de su núcleo familiar, cuando no en el desmembramiento de las familias y en el desamparo de sus hijos.

Esta investigación describe todas las violencias, abusos y vulneración de derechos que sufren las mujeres presas en las cárceles federales del país, así como las gravísimas consecuencias que su encierro provoca en sus hijos menores de edad. Ello, con el objetivo de abrir un debate que involucre tanto al Poder Legislativo, como al Judicial y al Ejecutivo, en el marco del cual se evalúen alternativas menos nocivas que el encierro carcelario. Si pese a todo no se revierte la situación, ya no se podrá alegar desconocimiento de la situación para no asumir la responsabilidad política y ética de sus consecuencias.

La violación sistemática de los derechos fundamentales de las mujeres presas pone en evidencia la irrealización de los pretendidos fines resocializadores que constitucionalmente se le han otorgado a la pena de prisión. El derecho a la educación, al trabajo, a la salud, así como el derecho a condiciones dignas de detención, son vulnerados cotidianamente, lo que confirma que la cárcel es incapaz de producir efectos positivos, y permite definirla como un espacio de reproducción de desigualdades, violencia y exclusión.

¿Quiénes son las mujeres encarceladas?

La investigación reveló que las mujeres encarceladas pertenecen a los sectores más vulnerables. Por otra parte, los datos muestran que el 86% de las mujeres encuestadas son madres, y en su gran mayoría encabezaban familias monoparentales en las que ejercían la jefatura del hogar. Un dato significativo es que en la población carcelaria femenina se encuentra un alto índice de extranjeras que conforman prácticamente la mitad de las mujeres presas (48%).

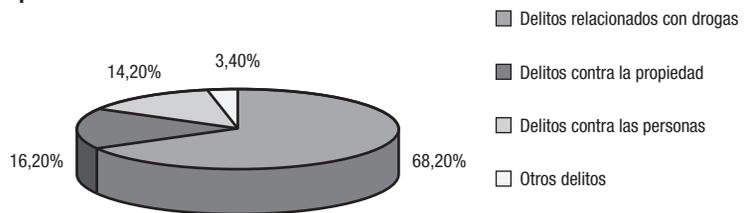
Con relación a la edad las mujeres detenidas, tienen 36 años en promedio, dato que confirma la tendencia de una población penitenciaria femenina más longeva que la masculina. Es especialmente relevante que la inmensa mayoría de las presas son primarias: el 80% no estuvo detenida en otra oportunidad. En el caso de las extranjeras, el porcentaje de primarias es aún mayor, alcanzando el 96%.

La política de persecución penal sobre las mujeres.

El incremento de la población penitenciaria femenina de las últimas décadas es el resultado de la aplicación de una política criminal que se centra en los delitos relaciona-

dos con la comercialización y el tráfico de estupefacientes. Casi 7 de cada 10 mujeres responden que están procesadas o condenadas por delitos vinculados con las drogas, en la mayor parte de los casos, por comercialización o contrabando de estupefacientes. El 16,2%, está detenida por delitos contra la propiedad y sólo el 14,2% por delitos contra las personas. El restante 3,4% está procesada o condenada por otro tipo de delitos. Cabe señalar que 9 de cada 10 mujeres extranjeras están privadas de libertad por delitos vinculados a las drogas.

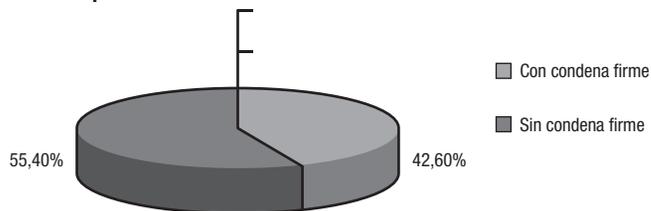
Tipo de delitos



Situación procesal de las detenidas

El 55,4 % de las mujeres encuestadas se encuentran con prisión preventiva; una medida cautelar que, en tanto afecta derechos de rango constitucional, debe aplicarse con carácter excepcional. El alto porcentaje de mujeres presas parece señalar una utilización abusiva del instituto que es incompatible con los fines procesales y excesiva si se tiene en cuenta que se está ante una población penitenciaria que, en términos generales, es “primaria”, está detenida por delitos “no violentos”, y se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad en razón de las responsabilidades familiares a su cargo, en contextos de extrema pobreza.

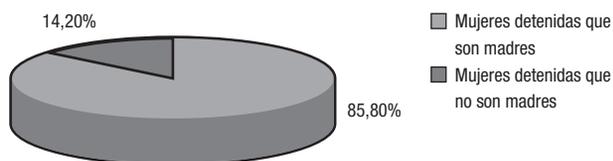
Situación procesal



La maternidad en prisión.

Un dato categórico que surgió de esta investigación es el vinculado a la maternidad de las mujeres encarceladas en el ámbito federal. El 85,8% de las mujeres encuestadas declara ser madre.

La maternidad en prisión



En promedio, las reclusas que son madres tienen tres hijos y el 86% de ellas tiene hijos menores de 18 años; mientras que más de una quinta parte es madre de niños menores de 4 años.

Por otro lado, el 88 % de las mujeres que tienen hijos menores de 18 años declaró que convivía con 2 o 3 hijos menores de 18 años al momento de la detención, y el 22% expresó que convivía con hijos mayores de 18 años. Es decir, estas mujeres ocupaban un rol central en lo que hace al cuidado cotidiano y al mantenimiento económico de sus hijos, circunstancias que profundizan las consecuencias del encierro. En los casos de las mujeres que tienen hijos menores de edad y que han perdido la convivencia con ellos por su detención, las secuelas del encierro suelen resultar devastadoras ya que su encarcelamiento suele aparejar el desmembramiento del grupo familiar y gravísimas consecuencias en sus hijos, tanto en el plano afectivo y psicológico, como material.

Las detenidas que cursan un embarazo o que conviven con sus hijos en el penal deben enfrentar además mayores dificultades que el resto. Los escasos servicios previstos no abarcan todas las necesidades específicas que presentan y las coloca en una situación de mayor vulnerabilidad, ya que a las carencias comunes, se suman las que tienen por la condición de gestante, en período de lactancia o por los deberes de atención y cuidado de sus hijos pequeños.

El impacto que provoca el encarcelamiento de la madre en los hijos menores de edad alcanza no sólo al vínculo materno-filial, sino que se proyecta también a casi todos los aspectos de la vida de los niños y adolescentes. En el caso de los bebés y niños que viven en la cárcel este impacto es muy claro, ya que padecen las mismas condiciones deficientes de encierro que sus madres. En los hijos menores de edad que perdieron la convivencia con la madre, algunas de las consecuencias más reiteradas son el desmembramiento del grupo familiar, pérdida de contacto con la madre y con los hermanos, peregrinación por distintos hogares, incremento de la vulnerabilidad económica, abandono de los estudios o dificultades de aprendizaje, situación de explotación laboral infantil, depresión, problemas de salud, entre otros. Frente a las necesidades especiales de las madres presas y de sus

hijos, las agencias gubernamentales no ofrecen la necesaria asistencia, quedando los niños librados a su suerte y, muchas veces, en situaciones directas de desamparo. Todo ello hace que la adaptación a la cárcel y el encierro de las mujeres que son madres conlleven un plus de sufrimiento, suplemento punitivo no considerado ni computado por el legislador o los tribunales.

Condiciones de detención

La salud dentro de las cárceles federales constituye un grave problema que ha motivado reclamos colectivos por parte de las mujeres. Así, el 40% de las que solicitaron atención médica sólo a veces fueron atendidas. Además, la mitad de las mujeres se encuentran disconformes con la atención y con el trato de los agentes de salud.

A su vez, si se relacionan las condiciones materiales de alojamiento, higiene, y alimentación con el deficitario sistema de salud, es posible concluir que el encierro tiene consecuencias gravísimas en cuanto al deterioro de la salud de las mujeres. El 47% de las mujeres que padecían una enfermedad, la han contraído durante la detención. En relación con la educación, la investigación ha revelado que el 64% de las mujeres no realiza ningún curso de educación formal, dato que si se refuerza con el porcentaje de mujeres que no han terminado sus estudios secundarios –el 63%– describe una alarmante situación, en especial si se considera la obligatoriedad de la educación secundaria. Los datos indicaron que si bien el 70% de las mujeres trabajan en prisión, más de la mitad de ellas se desempeñan en actividades con escaso nivel de formación, que no logran brindar recursos suficientes y acordes a las exigencias del actual mercado laboral, lo que pone en entredicho las posibilidades reales de inserción de las mujeres luego de la detención.

También se detectó que a pesar de que el 85% de las mujeres tienen hijos, y en su inmensa mayoría ellos son menores de edad, sólo el 22% son visitadas por estos al menos una vez por mes, y el 67% nunca fueron visitadas por sus hijos menores de edad. Por otro lado, sólo el 15% de las mujeres son visitadas habitualmente por su pareja o cónyuge, a pesar de que más de la mitad tenía pareja. Uno de los motivos que influye para desalentar las visitas son los costos que implica para los familiares trasladarse hasta las Unidades. Además, otro motivo que puede explicar esta situación es que los visitantes son sometidos a procedimientos de requisa que suelen consistir en la obligatoriedad de desnudarse y exhibir las cavidades del cuerpo –boca, vagina, ano–, así como el registro de ropas y pertenencias, todo lo cual se enmarca en un trato humillante y vejatorio. Durante el 2008, los visitantes del 38% de las mujeres padecieron inspecciones genitales, pese a que han sido declaradas ilegítimas por organismos internacionales de derechos humanos.

Otras penas añadidas

El encierro en prisión involucra siempre un elevado nivel de violencia. En el caso de las mujeres detenidas, se agrega la violencia de género que, en muchos casos, se traduce en agresiones sobre el cuerpo de la mujer. El ejemplo paradigmático son las requisas vejatorias a que son sometidas, que consisten en desnudos totales y en la revisión de la zona vaginal y anal, que todavía se practican a pesar de estar prohibidas por la legislación internacional. En este sentido, las mujeres han descrito la forma en que se ven obligadas a exponer el cuerpo en distintos niveles y la violencia sexual que dicha exposición conlleva. Entre esta práctica, se destaca como la modalidad más degradante y vejatoria el desnudo total con flexiones y la inspección vaginal –el 24% de las mujeres entrevistadas reconoce como muy o bastante frecuente la intrusión degradante sobre la intimidad del propio cuerpo bajo la forma de inspecciones vaginales–.

El ejercicio de la violencia física por parte del SPF dentro de las cárceles federales de mujeres no pareciera ser un hecho marginal ni excepcional, sino que hace referencia a prácticas cotidianas y sistemáticas: el 32.4% de las mujeres encarceladas reconoce haber presenciado situaciones de violencia física en prisión –golpes, patadas, empujones, etc.– ejercida directamente por parte del personal penitenciario sobre alguna detenida, y casi 1 de cada 10 mujeres (el 8,1%) afirma haber sido personalmente objeto de estas situaciones. Además, los resultados indican una focalización de dichas prácticas violentas en el grupo de las mujeres detenidas en la unidad 3 (el 13% de las detenidas en esa unidad fueron agredidas físicamente de manera directa por el SPF), así como en el colectivo de las más jóvenes.

Una segunda cuestión a destacar es el rol del SPF en el desarrollo de las dinámicas de violencia en las cárceles estudiadas. Este rol se hace visible tanto en su responsabilidad directa, como ejecutor de las prácticas de violencia y castigo físico, como por su responsabilidad indirecta. En este último caso, la responsabilidad del Servicio Penitenciario se configura por posibilitar el ejercicio de violencia entre detenidas, a partir de decidir cuándo intervenir o no y en qué momento hacerlo. Además, la encuesta arroja que 1 de cada 10 mujeres encarceladas reconoce haber sido sancionada a través del aislamiento, y los testimonios dan cuenta de que su aplicación suele estar rodeada de hechos de abuso, maltrato físico y violación de derechos de todo tipo, a modo de “suplementos punitivos”.

Algunas líneas de trabajo alternativas al encarcelamiento como única respuesta punitiva del Estado frente a las mujeres en conflicto con la ley penal

Una primera alternativa al encierro de mujeres que podemos destacar está vinculada a la condición de madres de niños menores de edad o mujeres embarazadas. Tras el

reconocimiento de jerarquía constitucional de numerosos tratados internacionales de derechos humanos, y la aprobación de la Ley N° 26.472, que incluye a las mujeres embarazadas o madres de hijos menores de 5 años entre los supuestos en los que procede el arresto domiciliario, se debería evitar el uso del encierro o sustituirlo, cuando ello no es posible, por el arresto domiciliario como regla general. En segundo lugar, las instituciones involucradas en esta investigación sostienen la propuesta de una modificación legislativa, y de las correspondientes prácticas judiciales, que permita suspender el encierro carcelario cuando se trata de mujeres primarias imputadas por delitos no violentos, como es el caso del tráfico de drogas a pequeña escala.

En tercer lugar, también la legislación de ejecución penal contiene instituciones jurídicas de morigeración del encierro basadas en el principio de autodisciplina, como es el caso de la semilibertad o las salidas transitorias, instituciones a las que se puede acceder a mitad de la condena (art. 17 Ley 24.660). La semilibertad –prevista en el art. 23 de la Ley 24.660– permite a la persona condenada salir a trabajar fuera de la cárcel, y regresar al finalizar la jornada laboral, y además incluye una salida transitoria semanal. Por su parte, las salidas transitorias permiten efectuar salidas de la cárcel de 12, 24 o hasta 72 horas para afianzar los lazos familiares y sociales, cursar estudios o participar en programas de prelibertad. Estas instituciones forman parte del régimen penitenciario progresivo, orientado a la resocialización y reinserción social. No obstante, son absolutamente subutilizadas en el sistema federal. A diciembre del año 2009, sólo el 15% de las mujeres condenadas tenían salidas transitorias, y ninguna estaba incorporada al régimen de semilibertad.

Se ha destacado que el régimen de progresividad y la forma en que es implementado no se encuentra adecuado a las condenas cortas, que son las aplicadas a la inmensa mayoría de las mujeres presas, haciendo que estas mujeres condenadas se concentren en las primeras fases del tratamiento. Esto tiene impacto sobre todo en el hecho de que las mujeres no acceden a las salidas transitorias o al régimen de semilibertad. Estas son tan sólo algunas propuestas dirigidas a generar una drástica reducción de la cantidad de mujeres detenidas en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal, así como la morigeración del encierro, con el objetivo de reducir el enorme daño social que produce el encarcelamiento de mujeres, que no guarda proporción alguna con el daño social producido por los delitos que se les atribuyen.

Sobre la investigación

La investigación fue realizada en conjunto por la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación, la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN)

y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), y, en la primera etapa de la investigación, el Grupo Justicia y Género del Centro Interdisciplinario para el Estudio de Políticas Públicas (CIEPP). La idea de realizar en forma conjunta este trabajo se centró en aprovechar y potenciar las distintas experiencias, conocimientos, y herramientas de las instituciones intervinientes, además de las ventajas de conformar un equipo multidisciplinario que permitió combinar diferentes enfoques de análisis.

La investigación combina el análisis de información de tipo cualitativa y cuantitativa. La mayor parte de la información fue producida por la aplicación de una encuesta realizada a 148 mujeres privadas de libertad del sistema penitenciario federal. El trabajo de campo se llevó adelante entre el 20 de Junio y el 21 de Agosto del 2008 en unidades de alojamiento de mujeres del Servicio Penitenciario Federal: Unidad 3 “Instituto Correccional de Mujeres” (Ezeiza); Módulo V del “Complejo Penitenciario Federal I” (Ezeiza); Unidad 31 “Centro Federal de detención de mujeres Nuestra Señora del Rosario de San Nicolás” (Ezeiza); Unidad 13 “Instituto Correccional de Mujeres Nuestra Señora del Carmen” (La Pampa); Unidad 22 “Cárcel Federal de Jujuy” (Jujuy); Unidad 27 “Unidad Psiquiátrica Moyano” (Ciudad de Buenos Aires). Además, en la Unidad 23 (Salta) se realizó un estudio piloto y observación, tomando la información cualitativa para el diseño del proyecto e instrumentos de producción de datos.

Mujeres migrantes*

* Conferencia presentada por la Defensora General de la Nación, Dra. Stella Maris Martínez, en el acto inaugural de la Reunión del Consejo Ampliado de la FICJ, en homenaje al Bicentenario de la Revolución de Mayo, “Mujeres Migrantes”, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 8 al 12 de noviembre de 2010.

¹ Cfr. UNPFA., Estado de la población mundial 2006. Hacia la esperanza: Las mujeres y la migración internacional, p.44; disponible en <<http://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2006/pdf>>.

² SAMI, Naïr, Y vendrán... Las migraciones en tiempos hostiles, Barcelona, Planeta/Bronce, 2006, p. 23.

La situación de los países pobres durante el siglo xx obligó a una parte de su población a emigrar hacia los países ricos en busca de un mejor destino. Estos movimientos de población se explican por causas económicas, demográficas, culturales, sociales y políticas, y tuvieron consecuencias del mismo orden¹. A esto se debe que, desde la década del 70, los países desarrollados hayan establecido políticas de cierre de fronteras, de persecución al inmigrante ilegal y de limitación del derecho universal a la libre circulación.

En palabras de Sami Naïr, “vivimos una época de grandes mutaciones; a las que afectan al medio ambiente, la economía, la cultura y los hábitos políticos se suman las que atañen a las poblaciones, por los incontenibles flujos migratorios que se producen en todo el mundo”². Es de particular importancia señalar, sin embargo, que las migraciones de fines del siglo xx y principios del siglo xxi han marcado el inicio de un cambio profundo en la estructura de las poblaciones de los países receptores. Estos países experimentan una transformación de tipo étnico y social que recién comienza; el arribo de los recién llegados ha obligado a estas

sociedades a reorganizarse y a modificar la manera en que éstas se ven a sí mismas. Tradicionalmente, el concepto de “emigración” caracterizaba el estatuto de la persona que buscaba trabajo a través de un desplazamiento *momentáneo* fuera de su país. En la actualidad, este tipo de emigraciones ha cambiado de naturaleza, pues, para un número creciente de trabajadores migrantes, el viaje sólo es de ida. La migración es un fenómeno pluridimensional. Sin embargo, los Estados, en general, sólo distinguen entre tres categorías de inmigración: la inmigración legal, por motivos de trabajo, estudio e investigación; la inmigración ilegal, ya sea en violación de la normativa migratoria o a través de la migración forzada; y, por último, la de los refugiados y solicitantes de asilo³.

Actualmente, 94 millones y medio de migrantes son mujeres, cantidad que representa casi la mitad (49,6%) de todos los migrantes internacionales⁴. A través de la migración, muchas mujeres buscan abrir las puertas de un nuevo mundo, con mayor igualdad y menos discriminación. Aunque la migración femenina también tiene un costado sombrío: estas migrantes enfrentan obstáculos y riesgos desproporcionados por el simple hecho de ser mujeres. La discriminación —en el lugar de origen y en el de destino—, los malos tratos y la explotación que sufren demuestran hasta qué punto se descuidan sus derechos.

La situación de las personas migrantes ha ocupado la atención del derecho internacional. Desde la década del 90, los Estados han considerado la migración internacional en diversas conferencias de las Naciones Unidas, así como en los distintos foros regionales. Uno de los principales documentos surgidos en estas reuniones es la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada en 1990 por la Asamblea General de las Naciones Unidas por medio de la Resolución 45/158. Este tratado recién entró en vigencia en julio de 2003, cuando obtuvo las ratificaciones necesarias. Argentina ratificó la Convención a comienzos de 2007. En la actualidad, los Estados continúan siendo los principales actores en el diseño y aplicación de la política migratoria. No obstante, el desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) hizo que el concepto de soberanía estatal absoluta pierda fuerza⁵. Saskia Sassen concluyó que el nuevo régimen internacional de derechos humanos ha sido un mecanismo clave para comprender los problemas de aquellos que hasta ahora eran invisibles para la ley internacional, como los indígenas, las mujeres, los inmigrantes y los refugiados⁶. El desarrollo del DIDH ha determinado que las personas gocen de sus derechos más allá de su pertenencia a un Estado determinado. Es más, la vigencia de los derechos humanos constituye un límite a la actuación estatal.

³ Cfr. UNPFA., Estado de la población mundial 2006..., cit.

⁴ Naciones Unidas, Trends in Total Migrant Stock: 2005 Revision (POP/DB/MIG/Rev.2005). Planilla. Nueva York: División de Población. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, Naciones Unidas.

⁵ Cfr. TERMINIELLO, Juan Pablo, “Migración y derechos humanos: Apuntes para la reforma migratoria en Bolivia”, Derechos Humanos y Acción Defensorial, Año 1, núm. 3. Revista Especializada del Defensor del Pueblo de Bolivia, La Paz, Bolivia. 2008, p. 116.

⁶ Cfr. SASSEN, Saskia, “Los espectros de la globalización”, Buenos Aires, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2003, citado en Terminiello, Migración y Derechos Humanos: Apuntes para la Reforma Migratoria en Bolivia, op. cit.

En este sentido, los derechos y garantías reconocidos en, entre otros, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PID-CyP), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), funcionan como límites del accionar del Estado en relación con las personas sometidas a su jurisdicción.

En Argentina, se sancionó en el año 2003 una excelente Ley de Migraciones (N° 25.871) que recién fue reglamentada —y por ende puesta efectivamente en vigor— a mediados de este año. Esta ley implicó un cambio de paradigma: la persona inmigrante dejó de ser considerada un objeto de persecución para transformarse en un sujeto pleno de derechos. El derecho a la migración se reconoce como un derecho esencial e inalienable de la persona humana, y la República Argentina se obliga, mediante esta norma, a garantizar la vigencia de los principios de igualdad y no discriminación. Asimismo, la nueva ley reconoce el derecho a la salud, a la educación y a la asistencia pública de toda mujer migrante, independientemente de su condición migratoria. En especial, esta normativa garantiza el derecho a la unidad familiar e impide que quien tenga un niño o niña nacido en nuestro país sea expulsado. En virtud de ella, se creó el Programa Patria Grande, que posibilitó la radicación en nuestro país de casi 200.000 personas desde el año 2004 hasta agosto de 2010. El 50,45% de estas personas son mujeres, la mayoría de ellas proviene de Paraguay (58%), Bolivia (24%), Perú (11,2%) y, en menor medida, de Uruguay, Chile, Brasil, Colombia, Ecuador y Venezuela. De esta manera, pudieron regularizar su situación migratoria 100.000 mujeres que, por su condición irregular, eran víctimas de abuso y explotación.

Sin duda, la atención que el sistema internacional de los derechos humanos ha deparado a los migrantes permitió una mayor visibilización de los problemas que suelen enfrentar. Por su parte, la nueva Ley de Migraciones constituye, a nivel local, un avance de gran relevancia para la protección de sus derechos. Ahora bien, como veremos a continuación, las necesidades de las mujeres migrantes son urgentes y merecen que se destinen medidas que atiendan a sus especificidades con carácter prioritario.

Las mujeres migrantes figuran entre las personas más vulnerables a la conculcación de sus derechos humanos, por su doble condición de migrantes y de mujeres.

Esta situación fue expresamente reconocida por la Cumbre Judicial Iberoamericana que, en su decimocuarta reunión, aprobó el documento denominado “Reglas de Brasilia para el acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, que identifica la condición de mujer y la de migrante como factores relevantes de vulnerabilidad. Además, estas mujeres suelen acumular numerosas variables que típicamente propician situaciones de discriminación, tales como la nacionalidad, la etnia, el nivel socio-educativo, la posición socio-económica, la religión, entre otras.

A continuación, se presentarán algunos de los problemas estructurales que enfrentan las mujeres migrantes en algunas temáticas particulares.

1. Mujeres refugiadas y solicitantes de asilo

Contexto general. La Convención de Refugiados de 1951 define que un refugiado es una persona que “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país”. De acuerdo con las últimas estadísticas disponibles, las mujeres y niñas representan el 47% del total de refugiados y solicitantes de asilo del mundo⁷.

El desplazamiento y el desarraigo, tanto para varones como para mujeres, son experiencias debilitadoras. En el caso de las mujeres, el desplazamiento acarrea tareas adicionales o conlleva que dediquen más tiempo a ciertas actividades tradicionales como el cuidado de los niños y de los adultos mayores, las labores domésticas, etc. Asimismo, en la medida en que aumentan las tensiones y se resquebrajan los mecanismos tradicionales de protección, las mujeres enfrentan una mayor violencia cotidiana, incluyendo la intrafamiliar⁸. Una vez instaladas en los países de acogida, las mujeres no sólo deben lidiar con la consecuente estigmatización social que muchas veces acarrea el estatuto de refugiado, sino que, con frecuencia, son las principales responsables de la seguridad física, el bienestar y la supervivencia de sus familias.

Marco internacional. En 2002, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) publicó la “Directriz de Protección Internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados”. Esta directriz está dirigida a brindar a las autoridades y a los funcionarios de gobierno involucrados en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado una guía interpretativa para que se aplique de la definición de refugiado de la Convención de 1951 desde una perspectiva sensible al género. La Directriz de Género del ACNUR también reúne

⁷ Cfr. ACNUR, Tendencias globales 2009. Refugiados, solicitantes de asilo, retornados, desplazados internos y personas apátridas; disponible en <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7391.pdf>>.

⁸ Cfr. ACNUR, Las mujeres refugiadas y la transversalidad de la perspectiva de equidad de género; disponible en <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6461.pdf>>.

una serie de estándares mínimos que, en materia de procedimiento, se deben asegurar para que las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con persecución por motivos de género no sean marginadas.

En años sucesivos, el ACNUR publicó otras guías y directrices que subrayan la necesidad de incorporar un enfoque de género en la determinación de la condición de refugiado⁹. La incorporación de una perspectiva sensible al género en el análisis de la definición de refugiado amplía el universo de casos que pueden ampararse en la Convención, posibilita acceder a la protección que brinda el Derecho Internacional de Refugiados a las mujeres que escapan de la violencia doméstica y que por diversos motivos (sociales, étnicos, religiosos) no pueden lograr resguardo en su país de origen, casos de víctimas de trata que abrigan temores de regresar a su país, mujeres que huyen del riesgo de la trata o de la mutilación genital. Estos casos, que no fueron tomados en consideración al momento de adoptarse la Convención en 1951, hoy están incorporados al marco de protección que determina el Derecho Internacional de Refugiados gracias a una interpretación dinámica de los elementos de la definición de refugiado desde una mirada que incluye las demandas femeninas.

Contexto local. En la actualidad, residen en Argentina 3.230 refugiados y 750 solicitantes de la condición de refugiado que aguardan una decisión sobre su requerimiento¹⁰. Se estima que el 30% del total de refugiados que residen en el país son mujeres y niñas. Asimismo, se considera que las mujeres representan entre el 20 y el 30% del total de personas que año a año interponen solicitudes de reconocimiento de la condición de refugiado.

La República Argentina es Estado Parte de los principales instrumentos internacionales del Derecho Internacional de Refugiados: la ya mencionada Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967. Por otro lado, también ha recogido en su legislación nacional la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena (1984).

La legislación nacional sobre refugiados está contenida en la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado (N° 26.165) del 1° de diciembre de 2006. Esta ley recoge los principios del Derecho Internacional, regula el procedimiento de determinación de la condición de refugiado, y establece los derechos y garantías de los refugiados y solicitantes de asilo. La ley designa a la Comisión Nacional del Refugiado (CONARE) como el órgano de composición interministerial encargado de determinar tal condición y de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la protección de los refugiados. A partir de 2011, el Ministerio Público de la Defensa pretende asumir la representación legal de todas las personas solicitantes de asilo que así lo requie-

⁹ Entre estos documentos se puede destacar: 1) Guías sobre las solicitudes de asilo relativas a la mutilación genital femenina, ACNUR, mayo de 2009; 2) Nota de orientación del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género, ACNUR, noviembre de 2008; Directrices sobre Protección Internacional: La aplicación del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata, ACNUR, 2006; entre otros.

¹⁰ Fuente: ACNUR/UNHCR; disponible en <<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/page?page=49e492886>>.

ran, lo cual convierte a la República Argentina en el primer país en ofrecer este servicio público.

La Ley N° 26.165 constituye una de las más avanzadas en la región. Esta normativa se ha referido de modo expreso a la perspectiva de género y a la situación de las mujeres refugiadas. El artículo 53 de la Ley establece que se deberán observar en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado las “recomendaciones del ACNUR formuladas en las Guías para la protección de mujeres refugiadas y las directrices sobre persecución por motivos de género”. La referencia expresa a la Directriz de Género del Alto Comisionado determina la necesidad de asegurar una interpretación y aplicación de las definiciones de refugiado incorporadas en la Ley desde una visión que incluya las necesidades de género, y la aplicación de los estándares de procedimiento específicos para el análisis de solicitudes presentadas por mujeres y niñas. Otro aporte importante en materia de género de la Ley es que establece que se deberá procurar la atención psicológica de mujeres refugiadas que hubieran sobrevivido a situaciones de violencia.

Así, la Secretaría de la CONARE procura que el procedimiento de solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado tenga perspectiva de género. De este modo, las entrevistas son en todos los casos individuales —a diferencia de lo que ocurre en otros países de la región, donde las mujeres son entrevistadas junto a sus parejas varones— y en todos los casos se pregunta a la solicitante si prefiere ser entrevistada por un varón o por una mujer. En el mismo sentido, Argentina ha estado a la vanguardia en la región al otorgar protección internacional como refugiadas a mujeres víctimas de persecución por motivos de género o que, por su condición de género, no obtuvieron en sus países de origen una protección efectiva de las autoridades.

Cabe señalar que Argentina reconoció como refugiada a una mujer víctima de violencia familiar en Perú, dado que las autoridades no le quisieron brindar una protección efectiva por su condición de género, y fue el primer país de América Latina en adoptar una decisión en ese sentido. Del mismo modo, reconoció como refugiada a una mujer paquistaní a la que sus familiares varones arrojaron aceite hirviendo por haber decidido contraer matrimonio con una persona en contra de los deseos de aquéllos y, una vez más, el estado no quiso brindarle protección efectiva por su condición de género; a una mujer keniana que, desde pequeña, fue objeto de todo tipo de humillaciones por su condición de género, por ejemplo, fue obligada a contraer matrimonio siendo una niña y contra su voluntad; a una mujer liberiana que, en el marco de la guerra civil que azotó a su país, fue violada por varios soldados; a hombres que se alzaron contra la mutilación genital femenina en sus países de origen y, a causa de ello, fueron víctimas de persecución.

Actualmente, se encuentran en trámite solicitudes de protección como refugiadas efectuadas por mujeres dominicanas que alegan ser víctimas de trata con fines de explotación sexual, aún no resueltas por la CONARE. Por otra parte, hace poco una niña paraguaya de 17 años fue traída a la Argentina engañada y fue obligada a prostituirse. La Comisión de Refugiados la está representando para que solicite protección como refugiada en Argentina de modo tal de impedir que sea obligada a volver a su país de origen y ser víctima otra vez de la red que la captó.

En el año 2009, la Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Peticionante de Refugio asumió la representación legal y el acompañamiento de 16 mujeres dominicanas menores de 21 años, muchas de ellas ligadas al trabajo sexual y a situaciones de trata. A través de su equipo interdisciplinario de acompañantes, ha procurado a diario proteger sus derechos a la salud, a la vivienda adecuada, a la alimentación, a la defensa legal y a la educación.

La Argentina no sólo ha avanzado en la protección de las mujeres refugiadas que llegan espontáneamente al país, sino que en el marco del Memorandum de Entendimiento entre el Estado Argentino y el ACNUR, Argentina tiene un proyecto especial desde 2009 para asentar en nuestro país a mujeres colombianas refugiadas en Ecuador y Costa Rica que se encuentren en situación de riesgo y que carezcan de una protección efectiva en sus países de asilo.

A pesar de estos importantes avances, todavía restan grandes desafíos para asegurar la protección de las mujeres refugiadas. En este punto, la situación de las mujeres refugiadas fue abordada por el Comité de la CEDAW. Las Observaciones Finales del Comité¹¹, de julio de este año, hacen un pedido urgente al Estado argentino para que facilite la plena y efectiva implementación de la ley de refugiados, con relación a la protección de las solicitantes y refugiadas mujeres, como así también de los menores no acompañados. El Comité también exhorta al Estado a que continúe capacitando a los funcionarios de frontera y a los oficiales involucrados en la determinación de la condición de refugiado, para asegurar que adopten una visión que contemple las necesidades femeninas, implementen mecanismos adecuados de identificación, así como medidas sensibles al género en el procedimiento de asilo. El Comité alerta sobre la necesidad e importancia de implementar medidas dirigidas a asegurar la protección de mujeres víctimas de la trata de personas que abrigan temores de persecución en caso de ser forzadas a regresar a su país de origen, y de adoptar medidas de prevención de la trata entre las mujeres refugiadas.

Al igual que en el caso de las mujeres migrantes en general, asegurar el acceso de las mujeres y niñas refugiadas a los derechos económicos, sociales y culturales en las

¹¹ Véase <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/485/36/PDF/N1048536>>.

mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales (condiciones que fija la Ley de Migraciones en su artículo 6) constituye otro importante desafío, como también lo es garantizar la protección y prevención frente a la violencia sexual y de género.

2. Mujeres empleadas en el servicio doméstico

Contexto general. Debido a su doble condición de mujeres y migrantes, las trabajadoras migrantes son muy vulnerables a la explotación y a los malos tratos. Cuando son empleadas en el servicio doméstico, el grado de vulnerabilidad se incrementa por las características de precariedad que, en general, acompañan a este trabajo. Su situación muestra claramente de qué modo la confluencia de distintas variables conlleva a una mayor exposición a situaciones de discriminación, abuso y explotación.

Un rasgo que comparten las trabajadoras domésticas en todo el mundo consiste en las grandes desventajas originadas en su aislamiento, la invisibilización y desvalorización de su trabajo, y la falta de reconocimiento de sus derechos como trabajadoras: muy a menudo se encuentran excluidas de la legislación laboral, carecen de cobertura social y las condiciones laborales suelen ser precarias. Estas situaciones suelen afectar de un modo particular a las mujeres migrantes. La creciente incorporación de las mujeres al trabajo extra-doméstico ha configurado una de las transformaciones sustantivas en el mercado laboral durante las últimas décadas. Si bien este cambio supone cuestionar las relaciones patriarcales prototípicas, no ha implicado un cambio estructural en la división sexual del trabajo doméstico, lo que se tradujo en una mayor tensión para las mujeres entre las exigencias de las actividades profesionales y las domésticas¹². Un indicador de esta tensión es la tercerización de algunas o de buena parte de las actividades domésticas, a través de su mercantilización. Con ello, la organización patriarcal del trabajo doméstico no queda cuestionada, sólo cambian las formas: la explotación —entendida como transferencia de las utilidades producidas por el trabajo de las mujeres hacia los hombres— se mantiene al convertir el cuidado en servicio¹³.

En los dos últimos decenios se ha marcado una creciente demanda de este tipo de cuidado en todas partes del mundo, y las trabajadoras domésticas representan en la actualidad un amplio porcentaje de la fuerza de trabajo, sobre todo en los países en desarrollo, y ha seguido aumentando incluso en el mundo industrializado¹⁴.

El trabajo doméstico —remunerado o no— suele ser considerado como un trabajo no calificado, ya que “se parte del supuesto de que la mayoría de las mujeres son de por sí, de manera innata, capaces de desempeñar las tareas que conlleva”¹⁵. Esta desvalorización se ve reflejada en los ma-

¹² Cfr. MORA MALO, Enrico, “Las cadenas sexistas en la globalización del cuidado”, en *Entre tierras*. Publicación sobre políticas migratorias y derechos humanos, abril de 2010, Ecuador; disponible en <http://www.flacsoandes.org/web/imagenesFTP/13937.EntreTierras15_TrabajoDomesticoyMigraciones.pdf, vi>.

¹³ Ídem.

¹⁴ Cfr. OIT, Trabajo decente para los trabajadores domésticos, Informe IV (1), 2009; disponible en <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_104703.pdf>.

¹⁵ Cfr. OIT, Trabajo decente para los trabajadores domésticos, Informe IV (1), 2009, cit.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Cfr., UNFPA, Estado de la población mundial 2006..., cit.

¹⁸ Cfr., OIT, Trabajo decente para los trabajadores domésticos, Informe IV (1), 2009, cit.

¹⁹ Cfr., UNFPA, Estado de la población mundial 2006..., cit.

²⁰ *Ídem*.

²¹ La Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes advierte que el sub registro de las trabajadoras domésticas obedece a varios factores: la situación migratoria irregular de muchas trabajadoras domésticas; falta de registros en los países de origen y de destino; que a veces son incluidas bajo la categoría de “trabajadores temporales”; la legislación de algunos países no contempla la necesidad de un permiso de trabajo para esta actividad. Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la resolución 2003/46 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2004/76, 12 de enero de 2004.

²² Cfr. OIT, Trabajo decente para los trabajadores domésticos, Informe IV (1), 2009, cit.

²³ *Ídem*.

²⁴ Cfr. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Situación laboral del servicio doméstico en la Argentina, Subsecretaría de Programación Técnica y Estudios Laborales, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social; disponible en <http://www.trabajo.gov.ar/left/estadisticas/descargas/toe/toe_03_06_servicioDomestico.pdf>.

²⁵ El 79,8% alcanza un nivel de estudios hasta secundaria incompleta, cfr. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Situación laboral del servicio doméstico en la Argentina, cit.

gros salarios con los que se suele retribuir este trabajo¹⁶.

La mayoría de las personas adultas que trabajan en el servicio doméstico son mujeres migrantes¹⁷. En las últimas décadas, las trabajadoras domésticas han sido la principal fuente de migración masiva de mujeres procedentes del Hemisferio Sur para trabajar en ciudades del Norte¹⁸. En el caso de América Latina, las mujeres de los países más pobres (Bolivia, Paraguay y Perú) suelen ir a trabajar a los hogares de familias que viven en los países vecinos más ricos (como Argentina y Chile¹⁹). Las trabajadoras domésticas representan hasta un 60% de *todos* los migrantes internos e internacionales procedentes de América Latina²⁰.

Como se señaló, la mercantilización de las tareas domésticas y de cuidado no cambió la asignación histórica y cultural que reserva estas funciones a las mujeres. Aunque es difícil reunir información sobre el número de trabajadores domésticos en el mundo —a causa del elevado porcentaje de trabajo doméstico no declarado²¹— los datos disponibles coinciden en señalar que las mujeres constituyen siempre la inmensa mayoría de este tipo de trabajadores²².

En Argentina, los datos demuestran que, en 2006, el 92,4% del total de trabajadores domésticos eran mujeres²³. Por otra parte, los hombres ocupados en el empleo doméstico suelen desempeñarse como choferes, jardineros o cuidadores en domicilios privados. Esto significa que la escasa presencia masculina, lejos de cuestionar los roles considerados típicos de género, confirma el fenómeno conocido como segregación horizontal: una división de trabajo tradicional, en la cual las mujeres ocupan empleos que reproducen estereotipos femeninos y son relegadas de otras ocupaciones típicamente masculinas.

Además de ser una ocupación típicamente femenina, el empleo doméstico es una ocupación relevante para el empleo femenino —en Argentina, agrupa al 17,2% del total de mujeres ocupadas y al 22,7% del total de asalariadas de todo el país²⁴—, desempeñado por mujeres adultas de bajo nivel educativo²⁵ que ocupan la posición de jefas de hogar²⁶.

El desarrollo de la actividad laboral en la vivienda del empleador torna a esas trabajadoras especialmente vulnerables, ya que el hecho de que el trabajo se desarrolle en hogares particulares dificulta el control estatal. Por lo tanto, las trabajadoras domésticas están expuestas a numerosos riesgos, como el trabajo infantil, el trabajo forzado u otras formas contemporáneas de esclavitud, abusos sexuales y hechos de violencia de género²⁷. En muchos casos, las trabajadoras domésticas tienen jornadas laborales excesivamente extensas (19 horas) y deben estar disponibles las 24 horas, o carecen de un día de descanso, lo que en la práctica se traduce en un trabajo esclavo²⁸. Muchas mujeres tienen que acompañar todo el tiempo a su empleador y a veces acaban trabajando para sus amigos o familiares sin recibir un

salario extra²⁹. Todos estos abusos fortalecen la relación de dominación y sumisión entre el empleador y las trabajadoras domésticas³⁰.

Se ha señalado que estas situaciones de maltrato y abuso afectan de modo particular a las trabajadoras domésticas inmigrantes. Muchas veces les cuesta adaptarse a las tradiciones y a la cultura del país de destino, o pueden sufrir depresión y soledad. Además, pueden desconocer el idioma y encuentran dificultades adicionales para adaptarse y para comprender al empleador. Esto puede ser considerado por los empleadores como un síntoma de escasas capacidades de la trabajadora doméstica migrante y contribuye a crear tensiones y conflictos. A menudo, son víctimas de racismo y xenofobia, así como de abusos verbales, lo que acarrea serias consecuencias psicológicas³¹. Cuando se alojan en el domicilio del empleador, muchas veces permanecen con ellos por temor a la deportación o a la pérdida de su condición de trabajadores legales. No quieren perder los empleos gracias a los cuales mantienen a sus familias en el lugar de origen y les preocupa que los empleadores y los agentes de contratación las incluyan en “listas negras” y las priven de futuros empleos³².

En definitiva, las trabajadoras domésticas tienen un grado de vulnerabilidad sin paralelo en otras ocupaciones³³. Una investigación desarrollada por *Human Rights Watch* en 20 países concluyó que los trabajadores domésticos se encuentran entre los más explotados y maltratados del mundo, y que mujeres y niñas, aunque no sólo ellas, sufren a menudo condiciones de trabajo muy alejadas de los estándares internacionales³⁴.

Marco internacional. En el ámbito internacional no existe un marco normativo que contemple específicamente la situación de las trabajadoras domésticas³⁵. No obstante, este tema ha sido materia de preocupación por parte de distintos órganos internacionales, como la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, y la Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes. El Comité CEDAW, en su conocida Recomendación General N° 19 sobre violencia contra las mujeres, llamó la atención sobre este problema y sobre la necesidad de supervisar las condiciones de trabajo de las empleadas domésticas.

Por su lado, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) también ha incluido el tema entre los puntos de su agenda. Un estudio realizado por esa Organización sobre 65 países manifestó que sólo 19 de ellos contaban con leyes o reglamentaciones relativas al servicio doméstico³⁶. Ante el panorama desolador que presentan a nivel mundial las condiciones de empleo de las trabajadoras domésticas, en general, y de las trabajadoras domésticas inmigrantes, en particular, la OIT convocó a todos los Estados Miembros a la 99ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo

²⁶ Ídem.

²⁷ Cfr. MONTALVO Samaniego, “Iniciativas internacionales frente al trabajo de las personas migrantes domésticas”, en *Tierra viva*, cit.

²⁸ Cfr. Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, cit.

²⁹ Ídem.

³⁰ Ídem.

³¹ Cfr. Relatora Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, cit.

³² Cfr. UNFPA, Estado de la población mundial 2006..., cit.

³³ Ídem.

³⁴ Cfr. Human Rights Watch; disponible en <<http://www.hrw.org/es/news/2009/07/27/trabajo-decente-para-los-trabajadores-domesticos>>.

³⁵ Por supuesto, sí se les aplican las normas generales de protección de los derechos humanos, y también las normas de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias.

³⁶ Cfr. UNFPA, Estado de la Población Mundial 2006..., cit.

—que se efectuó en junio de este año en Ginebra, Suiza— y que tuvo como uno de los temas relevantes el de “trabajo decente para los trabajadores domésticos”, con miras a la elaboración de normas del trabajo al respecto.

Contexto local. En el caso de Argentina, el empleo doméstico se rige por el Decreto N° 236, aprobado en 1956. Este régimen se aplica sólo a quienes trabajen al menos cuatro horas diarias durante cuatro días a la semana para el mismo empleador. Estas previsiones excluyen de hecho a la mitad de las mujeres que realizan tareas domésticas remuneradas³⁷, de quienes se considera que prestan sus servicios en forma independiente. Por ende, la mitad de las trabajadoras domésticas carecen de toda protección legal. Esta circunstancia incrementa su vulnerabilidad a sufrir situaciones abusivas, porque cuando no existe una legislación del trabajo que se aplique de manera real y efectiva, las trabajadoras domésticas dependen del sentido de justicia de sus empleadores y no de una norma legal que reconozca sus derechos y su dignidad humana³⁸.

Las normas laborales aplicadas a las trabajadoras domésticas que sí encuadran en las previsiones del Estatuto del Servicio Doméstico distan mucho del régimen previsto para los empleados en relación de dependencia. El servicio doméstico está expresamente exceptuado de los alcances de la Ley de Contrato de Trabajo³⁹ y de la Ley de Jornada de Trabajo⁴⁰. Por otra parte, a pesar de haber sido incorporadas al ámbito de aplicación de la Ley sobre Riesgos del Trabajo en el año 1997⁴¹, esta medida no se ha hecho efectiva debido a la falta de reglamentación⁴².

El régimen especial, y su exclusión del ámbito de aplicación de otras leyes, redundan en perjuicio de los derechos de estas trabajadoras. A modo de ejemplo, se señalan las siguientes diferencias: 1) en contraste con los trabajadores en relación de dependencia, que cuentan con una jornada limitada de 8 horas diarias y gozan de un descanso semanal de un día y medio durante los fines de semana, la jornada diaria del personal doméstico sin retiro puede extenderse hasta 12 horas, y tienen derecho a un descanso semanal de tan solo un día, que incluso puede ser fraccionado en dos medios días (en el caso de las empleadas con retiro no se prevé ningún tipo de límite a la jornada diaria); 2) las trabajadoras domésticas tienen derecho a 30 días al año en concepto de licencia por enfermedad, mientras que los otros trabajadores tienen derecho a 3 meses de licencia por enfermedad al año, como mínimo, dependiendo de la antigüedad y cargas familiares; 3) las trabajadoras domésticas no cuentan con cobertura por accidentes de trabajo o por enfermedades profesionales; 4) no se reconoce a las trabajadoras domésticas las licencias especiales reconocidas a los otros trabajadores: por nacimiento, por matrimonio, por fallecimiento de un familiar cercano, o para rendir un exa-

³⁷ Cfr. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Situación laboral del servicio doméstico en la Argentina, cit.

³⁸ Cfr. OIT, Trabajo decente para los trabajadores domésticos, Informe IV (1), 2009, cit.

³⁹ Art. 2, ley 20.744.

⁴⁰ Art. 1°, ley 11.544.

⁴¹ Cfr. Decreto Nacional N° 491/97.

⁴² El Decreto Nacional N° 491/97 supedita la concreción de la incorporación de las trabajadoras de esta actividad a la Ley de Riesgos del Trabajo al dictado de la normativa de adecuación necesaria por parte de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo.

men; de modo sorprendente, no se prevé la contingencia de la maternidad en una actividad desarrollada de forma casi exclusiva por mujeres; y por último, 5) en caso de despido sin justa causa de una trabajadora doméstica, la indemnización prevista representa la mitad de la que corresponde a otros trabajadores.

Para el personal del servicio doméstico rige un régimen obligatorio que implementa un sistema simplificado de aportes y contribuciones a cargo del empleador⁴³, que generan el derecho a acceder a una obra social, a la jubilación y a la cobertura ofrecida por el PAMI⁴⁴. Sin embargo, en el año 2004 el Ministerio de Trabajo señaló que el 94,5% del total de las empleadas del servicio doméstico no contaban con aportes previsionales. Luego de la reforma introducida en 2005 por la Ley N° 26.063 —que permite al empleador deducir del impuesto a las ganancias los sueldos abonados a las trabajadoras del servicio doméstico—, la cantidad de empleadas registradas se incrementó de forma notable. No obstante, se estima que el 70% de ellas no están registradas⁴⁵.

Además de registrar índices de informalidad notablemente más altos que los del resto de las asalariadas mujeres (55,6%) y al total de asalariados varones (45,5 %), las trabajadoras domésticas están excluidas de otras prestaciones de la seguridad social. La Ley N° 24.714, de Asignaciones Familiares, prevé diversas prestaciones destinadas a atender las necesidades que surgen con motivo de la constitución y desarrollo de la familia. Los únicos trabajadores en relación de dependencia excluidos de los alcances de esta ley son los del servicio doméstico. Esto significa que, a diferencia de otros empleados en relación de dependencia, las trabajadoras domésticas no pueden acceder a la licencia por maternidad, ni a las asignaciones por hijo, por hijo con discapacidad, por ayuda escolar anual, por nacimiento, por adopción, por matrimonio o a la asignación prenatal. En otras palabras, la Ley de Asignaciones Familiares sólo excluyó de sus prestaciones de la seguridad social —vinculadas en su mayoría a la maternidad— a una actividad: la actividad desarrollada de forma casi exclusiva por mujeres provenientes de sectores desfavorecidos económicamente. Y, dicho sea, esas prestaciones son solventadas en parte con fondos del Estado.

La precariedad de las condiciones laborales, la exclusión de al menos la mitad de ellas de los alcances del Estatuto del Servicio Doméstico, y la deficiente protección laboral que brinda este régimen normativo a los derechos de las trabajadoras domésticas, dificultan en gran medida la posibilidad de realizar reclamos frente a las frecuentes violaciones a sus derechos y de obtener respuestas satisfactorias. Cuando además se suma la variable de ser inmigrante —y más si aún no tiene una situación migratoria regularizada— la opción de reclamar en defensa de sus derechos puede volverse meramente ilusoria.

⁴³ El sistema tuvo un impulso en el 2005, cuando se sancionó la ley 26.063, que estableció la posibilidad de los empleadores de deducir del impuesto a las ganancias sueldos y contribuciones abonados a trabajadores domésticos (art. 16).

⁴⁴ En el año 2000, a través de la Ley de Reforma Tributaria (Ley N° 25.239) se amplió la cobertura jubilatoria y de salud a las trabajadoras con carga horaria inferior, estableciendo una obligatoriedad de aportes y contribuciones para aquellas que trabajan 6 horas y más. Estos aportes y contribuciones se establecen como sumas fijas para cada tramo horario. Cfr. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Situación laboral del servicio doméstico en la Argentina, cit.

⁴⁵ Cfr. FOGLIA, Ricardo, "Cambios para el servicio doméstico" en La Nación; disponible en <http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1283077>.

3. Mujeres migrantes víctimas de trata

Contexto general. Como se mencionó, la migración puede ser una fuente de nuevas oportunidades de acción para miles de personas en todo el mundo. Sin embargo, cuando la migración resulta “fallida” o se descarrila, las personas migrantes pueden encontrarse atrapadas en situaciones miserables, signadas por el abuso, la agresión y la explotación extrema. La trata de personas constituye el lado oscuro de la globalización, del incremento de los flujos migratorios y de las políticas restrictivas destinadas a su control⁴⁶.

La apertura de las fronteras nacionales y de los mercados internacionales no sólo tuvo como consecuencia mayores corrientes de capital, bienes y manos de obra, sino también la internacionalización de esta forma de criminalidad organizada. Las víctimas en su mayoría son migrantes en busca de mejores condiciones de vida que suelen ser atraídos con la promesa engañosa de un trabajo digno. Las políticas de inmigración, cada vez más restrictivas y discriminadoras, limitan la posibilidad de entrada a los países, lo cual incrementa cada vez más la cantidad de futuros migrantes que se ponen en manos de los tratantes.

No obstante ello, cabe advertir que un énfasis exagerado en la conexión entre migración y trata de personas puede dar lugar a algunas tergiversaciones conceptuales indeseadas. Si bien el enfoque que asocia el fenómeno de la migración masiva y la trata es —en parte— comprensible debido a que la gran mayoría de las personas tratadas son migrantes, esta perspectiva a menudo limita de manera significativa el alcance del debate. Aunque resulta difícil hacer estimaciones, no hay ninguna duda de que las personas reclutadas y trasladadas para ser explotadas son en buena medida migrantes, pero no es menos cierto que estas personas son muchísimas menos que aquellas que migran por sus propios medios y para sus propios fines⁴⁷.

Por otra parte, equiparar migración con trata, de manera persistente y automática, puede encubrir en algunas ocasiones la intención política de justificar —por medio del argumento de protección de las víctimas— la implementación de restricciones migratorias.

A causa de su naturaleza clandestina, los expertos en el tema advierten que los datos sobre esta forma de criminalidad arrojan cifras aproximadas, sumamente difíciles de validar. Según el Informe Mundial sobre la Trata de Personas publicado en 2009 por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD), la forma más común de la trata de personas es la explotación sexual (79%) y las víctimas son, en una mayoría abrumadora, mujeres y niñas. Esta forma es seguida por el trabajo forzado (18%), dato que podría obedecer a un sesgo estadístico: al ser objeto de denuncias más frecuentes, la explotación sexual ha pasado a ser el tipo de trata más documentado en las estadísticas

⁴⁶ Cfr. UNPFA, Estado de la población mundial 2006..., cit.

⁴⁷ PACECCA, María Inés, en DE LAS MERCEDES, I. M. y DEMARCO, L., Se Trata de nosotras. La Trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual. Buenos Aires, Las Juanas, 2008.

globales. En cambio, otras formas de explotación como el trabajo forzado o en condiciones de servidumbre; el matrimonio forzado y la servidumbre doméstica; la extracción de órganos; la industria sexual; y la explotación de niños en condición de mendicidad, no suelen notificarse o ponerse en conocimiento de las autoridades⁴⁸.

Los tratantes buscan a sus víctimas entre los grupos más vulnerables, muchas veces son niñas, niños y mujeres jóvenes; y sus tácticas son múltiples, creadas para engañar, coaccionar y ganarse la confianza de las posibles víctimas. En general, estos ardidés incluyen promesas de una vida mejor a través de empleo, oportunidades de educación o matrimonio. Las nacionalidades de estas personas son muy diversas. Algunos individuos abandonan países en desarrollo en busca de trabajo no especializado en los países más prósperos; otros son víctimas del trabajo forzoso o la servidumbre en sus propios países; otros, finalmente, provienen de territorios afectados por conflictos armados.

Las mujeres objeto de trata constituyen uno de los grupos particularmente más susceptibles a la grave conculcación de los derechos humanos y al sometimiento a condiciones de trabajo similares a la esclavitud. Con frecuencia, son obligadas a contrabandear sustancias estupefacientes, a prostituirse, a contraer matrimonio mediante arreglos comerciales, a realizar trabajos femeninos en condiciones de explotación en el servicio doméstico, en las tareas agrícolas o en los talleres y fábricas⁴⁹. Entre los factores causantes de la migración y la trata de mujeres, la pobreza, la inseguridad y la violencia aparecen como los más importantes. La gran mayoría de mujeres que migran y, muy particularmente, las víctimas de la trata, viven en condiciones de pobreza y falta de oportunidades laborales; han sido violentadas o viven en territorios que tuvieron o tienen conflictos armados. La mayoría, también por las razones indicadas, ha tenido un acceso limitado a la educación formal⁵⁰.

Según el reciente Informe Mundial sobre Trata publicado por Naciones Unidas, el número de mujeres que se ven involucradas en este delito es desproporcionado. Un dato que refleja la magnitud del fenómeno es que, de los casos notificados por los distintos países que aportaron información, el 79% de las víctimas de esta forma de criminalidad organizada son del sexo femenino (el 66% adultas y el 13% niñas), y el 21% del sexo masculino (el 12% son adultos y el 9% niños)⁵¹. Asimismo, el informe advierte que en los últimos tiempos no sólo se observa un crecimiento del número de mujeres como víctimas (circunstancia que, eventualmente, podría ser explicada gracias a la mayor visibilización del problema), sino también como tratantes. Las mujeres delincuentes desempeñarían un papel más destacado en este delito que en casi todas las demás formas de criminalidad organizada debido a que, en parte, las antiguas víctimas

⁴⁸ Cfr. UNODOC, Informe mundial sobre la Trata de Personas. Resumen Ejecutivo, 02/2009; disponible en <http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Executive_summary_spanish>.

⁴⁹ Cfr. UNPFA, Estado de la población mundial 2006..., cit.

⁵⁰ Cfr. CHIAROTTI, Susana, La Trata de mujeres sus conexiones y desconexiones con la migración y los derechos humanos. Naciones Unidas-CEPAL. Serie Población y Desarrollo, núm. 39, 2003, p. 14.

⁵¹ Cfr. UNODOC, Informe mundial sobre la Trata de personas.

⁵² Ídem.

⁵³ De acuerdo con el artículo 3º del Protocolo de Palermo: "Por trata de personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado; c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará 'trata de personas' incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo; d) Por 'niño' se entenderá toda persona menor de 18 años."

⁵⁴ Cfr. O.N.U., Informe de la Relatora Especial sobre la Trata de Personas, especialmente niñas y niños, A/HRC/10/16, del 20/02/2009; en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/10session/A.HRC.10.16_sp>.

suelen convertirse en las autoras de los delitos cuando asumen algún rol dentro de la organización criminal⁵².

Marco internacional. Desde mediados de la década pasada, la trata de personas se ha vuelto un tema prioritario para varios organismos internacionales de derechos humanos, éstos han denunciado su incremento a causa de las difíciles condiciones de vida de los países menos desarrollados. Una de las respuestas al crecimiento de esta forma de criminalidad organizada fue el Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños, adoptado por la Asamblea General de la ONU en el año 2000.

El Protocolo, más conocido como Protocolo de Palermo, es un complemento de la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional, y es el primer instrumento internacional en su especie desde la adopción de la Convención para la Supresión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, de 1949. A su vez, fue el resultado de la creciente preocupación por dos factores relacionados con el desplazamiento de personas, a través y dentro de las fronteras nacionales: la seguridad y los derechos humanos.

De acuerdo con la definición del Protocolo, la trata de personas no se limita a la explotación sexual, sino que incluye nuevas modalidades, como el trabajo forzado en el servicio doméstico y el matrimonio mediante arreglos comerciales, entre otras formas de explotación⁵³.

A pesar del consenso que se ha logrado en el derecho internacional en torno a la definición de "trata", quienes vienen trabajando en su erradicación continúan profundamente enfrentados con respecto a esta definición y al abordaje del problema. Lo cierto es que más allá de la divergencia de opiniones sobre estas cuestiones, la trata de personas ha quedado englobada en el concepto de esclavitud, aunque vinculada a la afectación de otros derechos fundamentales. En tal sentido, la Relatora Especial sobre la Trata de Personas de Naciones Unidas ha establecido que la trata de personas constituye una violación grave de los derechos humanos, en particular del derecho a la libertad, a la dignidad humana y el derecho a no ser objeto de esclavitud o servidumbre involuntaria. Además, ha señalado que con frecuencia la trata está relacionada con la violación del derecho a no ser objeto de discriminación, de torturas o tratos inhumanos o degradantes, del derecho a la libertad de circulación, a no ser sometido a trabajos forzados u obligatorios, a condiciones justas y favorables de empleo, a remuneración igual por trabajo igual, a la salud, a la integridad física, a la libre determinación reproductiva, y a la igualdad de género, entre otros⁵⁴.

En similar sentido, el Comité de la CEDAW ha señalado que el trabajo forzado de las mujeres es una forma

contemporánea de esclavitud, y que la trata de mujeres viola el artículo 6° de la CEDAW. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha establecido que la trata de personas, incluso la que tiene fines de explotación sexual, constituye una violación del artículo 8 de Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos⁵⁵.

Contexto local. En nuestro país, esta forma de criminalidad organizada se desarrolla según dos modalidades: la trata interna, que implica el traslado de víctimas de una provincia a otra, y que principalmente involucra a la población infantil, a adolescentes o a madres solteras jóvenes; y la trata externa, que incluye tanto el ingreso de mujeres extranjeras de países limítrofes para su explotación en la Argentina, como el egreso de víctimas, nacionales o extranjeras, a países del hemisferio norte u otros destinos. Por otra parte, existen distintas redes de trata. En algunos casos, los grupos están integrados por familias enteras, que llegan a tener numerosos prostíbulos en una o varias provincias. También hay desde aquellos que se ocupan de las tres actividades típicas de la trata (reclutamiento, transporte y acogida), hasta los que recurren a operadores secundarios para el reclutamiento o secuestro de mujeres para sus propios locales o bien para venderlas a terceros.

Aunque todavía no hay datos disponibles que permitan establecer con seguridad la cantidad de personas sometidas a trata, su porcentaje en razón del sexo y la forma de explotación sufrida, un informe producido en el año 2009 por la Unidad Fiscal para la Asistencia en la Investigación de Secuestros Extorsivos y Trata de Personas del Ministerio Público Fiscal da cuenta de que el 51% de la explotación registrada es sexual y el 34%, laboral. Asimismo, de los casos judicializados, el 67% de las víctimas fueron mujeres⁵⁶.

En este contexto, la sanción de la Ley N° 26.364, sobre “Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas”, es reflejo de la voluntad del Estado de cumplir con el deber, emanado del Protocolo de Palermo, de adoptar medidas para prevenir y reprimir la trata. Así lo entendió la Relatora Especial sobre la Trata de Personas de la ONU, quien en su reciente visita al país reconoció los esfuerzos del Estado argentino mediante la ratificación del Protocolo de Palermo y de otros instrumentos pertinentes de derechos humanos, como la CEDAW, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y miembros de sus Familias⁵⁷.

En su informe, la Relatora Especial también encomió la creación, dentro del Ministerio Público Fiscal, de una unidad especial para ayudar en la investigación de estos delitos, así como de una Oficina Especial, dependiente del Ministerio de Justicia, para el rescate y la asistencia de las víctimas. También, acogió con especial satisfacción la apro-

⁵⁵ Cfr. DI CORLETO, Julieta, “Trata de personas con fines de explotación”, en NIÑO, Luis - MARTÍNEZ, Stella Maris (Coords.), *Delitos contra la libertad*, Buenos Aires, Ad- Hoc, 2010, p.

⁵⁶ Cfr. UFASE, “Diagnóstico preliminar y plan de trabajo para el delito de trata de personas en la Unidad Fiscal para la Asistencia en la Investigación de Secuestros Extorsivos y Trata de Personas”, en *Nuevo escenario en la lucha contra la trata de personas en la Argentina. Herramientas para la persecución del delito y la asistencia a sus víctimas*, OIM, 2009, p. 9; disponible en <http://www.mpf.gov.ar/Accesos/Ufase/publicacion/OIM_MPF.pdf>.

⁵⁷ En su reciente visita al país, la Relatora Especial sobre la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, Sra. Joy Ngozi Ezeilo, hizo un diagnóstico crítico sobre el estado de la trata en la Argentina. Una versión de su informe en <<http://www2.ohchr.org/english/issues/trafficking/docs/PressStatementSRTIPArgentina.doc>>.

⁵⁸ Ídem.

⁵⁹ En la actualidad, el artículo 33, CPPN dispone: “El juez federal conocerá: 1°) En la instrucción de los siguientes delitos: [...] e) Los previstos por los artículos 142 bis, 145 bis, 145 ter, 149 ter, 170, 189 bis (1), (3) y (5), 212 y 213 bis del Código Penal”.

⁶⁰ El artículo 15 de la ley 26.364 establece: “Sustituyese el artículo 119 de la Ley N° 25.871, por el siguiente: Artículo 119: Será reprimido con prisión o reclusión de dos (2) a ocho (8) años el que realice las conductas descritas en el presente capítulo empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de la necesidad o inexperiencia de la víctima”. Por su parte, el artículo 16 de la ley de trata dispone: “Sustituyese el artículo 121 de la Ley N° 25.871, por el siguiente: Artículo 121: Las penas establecidas en el presente capítulo se agravarán de cinco (5) a quince (15) años cuando se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de los migrantes o cuando la víctima sea menor de edad; y de ocho (8) a veinte (20) años cuando el tráfico de personas se hubiere efectuado con el objeto de cometer actos de terrorismo, actividades de narcotráfico o lavado de dinero”.

⁶¹ Cfr. DI CORLETO, Julieta, cit.

⁶² En la actualidad, este es uno de los aspectos centrales sobre el cual gira la discusión de la trata de personas en nuestro país. Uno de los proyectos de reforma más representativos es el presentado ante la Cámara de Diputados por Marcela Rodríguez, Héctor Recalde, Claudia Rucci, María Luisa Storani, Mónica Fein, María Virginia Linares y Graciela Caselles.

bación de la Ley Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en sus Relaciones Interpersonales (Ley N° 26.485) y su reciente decreto reglamentario, y de la Ley para la Prevención y la Sanción de la Trata de Personas (Ley N° 26.364), que modificó el Código Penal, y que prohíbe y sanciona toda forma de trata⁵⁸.

Esta última normativa incorpora a nuestro ordenamiento jurídico nuevos tipos penales que pretenden abarcar todos los eslabones de la cadena de la trata. Bajo el título “Delitos contra la Libertad”, la ley incluyó dos hipótesis delictivas con sus respectivas agravantes: la trata de personas mayores de edad y la trata de personas menores de dieciocho años. Asimismo, y según los lineamientos del Protocolo de Palermo, la ley definió como explotación cualquier supuesto en el que se reduzca o mantenga a una persona en condición de esclavitud o servidumbre; se la obligue a realizar trabajos o servicios forzados; se promueva, facilite, desarrolle o se obtenga provecho de su comercio sexual; o se practique la extracción ilícita de sus órganos o tejidos humanos. Por otra parte, la normativa reconoció derechos a las víctimas, y estableció su no punibilidad por la comisión de cualquier delito que sea resultado de haber sido objeto de trata. Además, modificó el artículo 33 del Código Procesal Penal de la Nación⁵⁹, y los artículos 119 y 121 de la Ley de Migraciones⁶⁰.

La nueva legislación se ajusta, en buena medida, a lo prescripto por el Protocolo de Palermo, y define a la trata de personas como violatoria de la libertad personal, aun cuando en alguna de sus modalidades también importe la afectación a la integridad sexual o la integridad física de la víctima. Sin embargo, al igual que en el orden internacional, en el ámbito interno la definición de trata estuvo sometida a intensos debates, algunos de los cuales aún no se encuentran zanjados en forma definitiva.

Entre los temas más discutidos se destacan los que se vinculan a la interpretación de ciertos aspectos sustantivos de la legislación (en especial, la finalidad de explotación, el consentimiento de la víctima, el alcance de los medios comisivos y la relación concursal de la trata con otros tipos penales), también se discute sobre las reglas procesales que establecen algunos lineamientos para la persecución del delito y para proteger a las víctimas⁶¹. A todo ello, se suma la polémica vinculada con la posibilidad de aplicar sanciones penales a los consumidores o usuarios de servicios sexuales que, de manera deliberada y consciente, utilicen los servicios de las víctimas de trata con miras a someterlas a cualquier tipo de explotación⁶².

De todos modos, y sin entrar a analizar cada uno de estos debates, todavía constituye un enorme desafío articular el fenómeno de la trata dentro del contexto global de la subordinación de los géneros, y desarrollar con claridad la idea de que las mujeres migrantes, que representan la ma-

yoría de las personas tratadas, pueden ser, al mismo tiempo, víctimas y agentes autónomos.

Por otra parte, es esencial comprender que el fenómeno de la trata de mujeres involucra el control del delito, pero también cuestiones de política migratoria, desarrollo económico e igualdad de oportunidades; es decir, la protección de derechos humanos. En tal sentido, la tipificación penal de la trata es tan solo una de las medidas para la lucha contra este fenómeno. Otras medidas, como la asistencia económica, la apertura de canales de migración legales, el acceso a la justicia, la educación, la realización de campañas de prevención de los riesgos de la migración clandestina, devienen imprescindibles para combatirlo. También es preciso que, en su implementación, estas medidas aborden las causas estructurales de la trata, como el desempleo juvenil, la pobreza, la discriminación, la violencia de género, así como las prácticas culturales y sociales sexistas que contribuyen a aumentar la vulnerabilidad de las mujeres a esta forma de criminalidad organizada.

Por último, la decisión de extender el uso de la herramienta penal para responsabilizar al denominado cliente o usuario debe ser abordada con particular cuidado. La penalización de una actividad no garantiza que ésta dejará de realizarse, y tampoco parece tan claro que sirva como un instrumento disuasivo claro y eficaz. Aunque la criminalización vaya dirigida únicamente contra los usuarios de servicios sexuales, puede tener el efecto no deseado de criminalizar en forma indirecta a aquellas mujeres que se denominan trabajadoras sexuales, y terminar estigmatizándolas y obligándolas a ofrecer sus servicios en forma marginal y con la ayuda de redes mafiosas. Además, con la penalización del cliente de trata, podría ocurrir lo mismo que con la ley que penaliza a los tenedores de escasa cantidad de estupefacientes. La policía se puede distraer persiguiendo a personas de sectores humildes, puede aumentar el control social, y no se va a combatir la trata a nivel de la delincuencia organizada⁶³.

4. Mujeres privadas de libertad

Contexto general. En las últimas décadas, el aumento sostenido y acelerado de la población penitenciaria femenina constituyó un fenómeno común a nivel mundial y regional. Argentina no fue la excepción a este fenómeno. Entre 1990 y 2007, el número de mujeres detenidas en las cárceles federales argentinas aumentó en forma exponencial y alcanzó un crecimiento del 350 %⁶⁴.

Tal como sucede en el marco internacional, este crecimiento se debe a la fuerte persecución que se realiza a las infracciones relacionadas con la ley de estupefacientes o con su contrabando. La política de criminalización de las drogas —y su analogía con la guerra— incidió diferencialmente en varones y mujeres. Esta clase de delitos, en particular el

⁶³ Cfr. Discurso de la señora Defensora General de la Nación, Stella Maris Martínez, en el 1° Congreso Internacional sobre Abuso, Trata y Tráfico en Infancia, Adolescencia y Juventud, 3 al 5 de noviembre de 2010, Anexo del Senado de la Nación, Buenos Aires.

⁶⁴ A partir de 2007, se observa una disminución en los índices de mujeres encarceladas en el sistema penitenciario federal, lo que no significa necesariamente una disminución del número de mujeres presas. Esa merma puede obedecer a la transferencia a las jurisdicciones locales de la persecución de ciertos delitos vinculados a las drogas, o a la sanción de la ley que incorporó a las mujeres embarazadas o que tengan hijos pequeños a su cargo entre los supuestos en que procede el arresto domiciliario. Además, las cifras provistas por el SPF no incluyen a las mujeres detenidas en otros centros de detención, como los escuadrones de gendarmería o cárceles provinciales.

⁶⁵ También es interesante detenerse a analizar el contexto social del período en el que se inició el incremento de la participación de las mujeres en la comercialización y el transporte de estupefacientes. Se trata de un proceso que coincide con un momento de quiebre en la estructura socio-ocupacional; de grandes cambios en las estructuras familiares, que tuvo por resultado la presencia de muchos hogares monoparentales con jefatura femenina; y de profundización del fenómeno conocido como feminización de la pobreza.

⁶⁶ Información actualizada a fecha 30 de julio de 2010, cfr. SPF, información disponible en su página de internet <www.spf.gov.ar>.

⁶⁷ En este sentido, muchos estudios han señalado que se trata de una población intensamente marginada desde antes de la comisión del delito. En el caso de las mujeres encarceladas, a las numerosas variables de marginalidad que suelen presentarse en la población penitenciaria, se suma la de género (Cfr. SURT, *Violencia contra las mujeres, Análisis en la población penitenciaria femenina*, Marta Cruells, Miriam Torres y Noelia Igareta, SURT 2005). En sentido coincidente, véase KALINSKY, *Beatriz Los usos de la prisión...*, op. cit.

⁶⁸ En el caso de las mujeres, la cárcel tiene un impacto diferenciado vinculado al papel que cumplen en nuestras sociedades, que se caracteriza en la mayoría de los casos por mantener los lazos familiares, ocuparse de forma preeminente de la crianza de los hijos y del cuidado de otros familiares (con independencia de si además trabajan fuera de casa). Este rol social produce que la mujer sufra en mayor medida los efectos del encierro, ya

tráfico de estupefacientes, suelen conformarse a través de procesos que se estructuran a partir de complejas redes y jerarquías sociales que trascienden fronteras geopolíticas. Los puestos más bajos de las redes tienen una mayor desprotección y exposición a la respuesta punitiva del Estado. Es, justamente, en estas tareas y papeles secundarios en donde se concentra una importante porción de la participación femenina, mujeres que se encuentran en condiciones de alta vulnerabilidad socioeconómica⁶⁵.

El carácter global de las redes de tráfico explica las razones por las cuales este proceso no es exclusivo del contexto argentino, sino que incide en la creciente criminalización de las mujeres en los distintos países y, en lo que aquí interesa, impacta de modo particular en el encarcelamiento de mujeres extranjeras.

En Argentina, mientras los varones extranjeros en cárceles federales alcanzan el 18% del total de la población masculina, las extranjeras representan el 44% del total de mujeres detenidas en prisiones federales⁶⁶. Además, el 90% de las reclusas extranjeras están detenidas por delitos vinculados a las drogas. Este porcentaje confirma el rasgo de género que posee la persecución de estos delitos, y el lugar subordinado y de mayor exposición que ocupan las mujeres en las estructuras criminales.

Las mujeres privadas de libertad constituyen un colectivo olvidado. Posiblemente, ello responda a que se trata de un grupo relativamente reducido, y además porque, en general, estamos frente a una población con un alto grado de exclusión social⁶⁷. La invisibilización del colectivo de mujeres encarceladas hace que se sepa poco sobre quiénes son y qué necesidades tienen. Por lo tanto, el trato que se les imparte no suele considerar sus experiencias y requerimientos específicos. Estas circunstancias ocasionan un daño diferenciado a las mujeres presas, pues detrás de un trato supuestamente neutral a todas las personas privadas de libertad, se esconde un modelo de encarcelamiento diseñado por y para varones.

Si a estas circunstancias se añade el hecho de que las instituciones penitenciarias tampoco suelen incluir una consideración especial hacia las personas extranjeras, la condición de ser mujeres presas y extranjeras hace que se incremente el riesgo de vulneración de sus derechos. Las dificultades propias de adaptación a la cárcel, que acarrearán de por sí un sesgo de género⁶⁸, se exacerban en el caso de las mujeres extranjeras. Estas mujeres deben enfrentar no sólo la adaptación a una institución como la cárcel, sino también a pautas sociales y culturales que pueden diferir mucho de las vigentes en su lugar de origen. También se ven expuestas a situaciones de discriminación por motivos étnicos, religiosos o por su origen nacional. Muchas de estas mujeres son detenidas en lugares lejanos al lugar donde habitan su

que éste significa el desmembramiento del grupo familiar y su alejamiento. Cfr. DGN, PPN Y CELS, *Mujeres y Prisión: los alcances del castigo*, Buenos Aires, DGN-PPN-CELS, Siglo XXI, 2010, en prensa.

⁶⁹ Cfr. AZAOLA, Elena, Género y justicia penal en México, en SAMARANCH, Elisabet y BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna (eds.), "Mujeres y Castigo: un enfoque socio-jurídico y de género", Madrid, Editorial Dykinson, 2007, p. 74.

⁷⁰ Cf. NAREDO MOLERO, María, *Reclusas con hijos en la cárcel. La punta del iceberg de la 'sinrazón' penitenciaria*, en Rivera Beiras, Iñaki (coord.), *La Cárcel en España en el fin del Milenio —a propósito del vigésimo aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria—*, Barcelona, Editorial Bosch, 1999, p. 208. En sentido coincidente, ALMEDA, Elisabet, *Corregir y castigar. El ayer y hoy de las cárceles de mujeres*, Barcelona, Editorial Bellaterra, 2002, p. 252; ESPINOZA, Olga, *Mujeres enfrentadas con el sistema punitivo*, en *Pena y Estado*, INECIP, Buenos Aires, 2005, p. 23.

⁷¹ Cfr. NAREDO MOLERO, María, *Reclusas con hijos en la cárcel...*, op. cit. p. 209; QUAKER UNITED NATIONS OFFICE, *La prisión preventiva de la mujer y el impacto en sus hijos. Informe para los amigos*, Grupo del Proyecto Mujeres en la Cárcel, febrero 2007, p. 6.

familia y amigos, lo que dificulta —cuando no imposibilita— recibir visitas y mantener contacto con el exterior. Este plus de aislamiento que sufren las reclusas extranjeras propicia sentimientos de soledad y depresión que impactan de modo profundo en su salud psíquica.

El encarcelamiento también adquiere una dimensión particular en el caso de las detenidas que son madres. Los mayores efectos sobre el grupo familiar y, en especial, sobre los hijos que se produce con el encarcelamiento de la madre, genera también perjuicios específicos en estas mujeres⁶⁹. Por un lado, obtienen un mayor reproche social que los varones, pues no han sabido comportarse de la manera que se esperaba⁷⁰. Además, la preocupación por sus hijos y la pérdida de la responsabilidad maternal hace más difícil la adaptación a la cárcel y provocan una alta incidencia de problemas psicológicos, situaciones de autolesión y crisis de ansiedad entre las detenidas⁷¹. La condición de ser extranjera acentúa este mayor impacto, sobre todo cuando no residían en el lugar en el que son detenidas, pues su encarcelamiento muchas veces significa la pérdida de todo contacto con sus hijos, o sólo pueden mantenerlo a través del teléfono.

Las mujeres extranjeras que hablan un idioma diferente al del lugar en el que están detenidas enfrentan mayores situaciones de indefensión, ya que los sistemas penitenciarios no suelen estar preparados para garantizar la comunicación de estas personas. La cuestión del idioma tiene consecuencias directas en la vida en prisión, ya que de ello depende la posibilidad de hacerse oír y transmitir sus necesidades y reclamos, o la de participar de las pocas actividades que los penales suelen ofrecer.

Marco internacional. En el campo internacional de los derechos humanos se desarrolló un *corpus juris* destinado a proteger los derechos de las personas privadas de libertad. Entre ellos, cabe mencionar la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y su Protocolo Facultativo; las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), y el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

Como sucedió con los tratados generales de derechos humanos frente a las violaciones a los derechos humanos de las mujeres, el desarrollo del derecho internacional en materia de protección de personas encarceladas resultó insuficiente a la hora de garantizar los derechos de las mujeres privadas de libertad. Por ello, aunque los derechos de las mujeres presas se encuentran formalmente amparados en los instrumentos mencionados, su ineficacia llevó a la elaboración de algunos estándares específicos. La Convención de Belém do Pará toma como punto de partida el reconocimien-

to de que las mujeres privadas de libertad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, y ello obliga a los Estados parte a adoptar medidas especiales para proteger a este grupo (cfr. art. 9, Convención de Belém do Pará). Por su lado, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos señaló que las mujeres detenidas o arrestadas “no deben sufrir discriminación, y deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación”. En tanto, la resolución 61/143 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 19 de diciembre de 2006, reconoció que la violencia contra las mujeres tiene repercusiones concretas para ellas cuando entran en conflicto con el sistema de justicia penal, y afecta también su derecho a no sufrir victimización en caso de reclusión.

En esta misma línea, merecen una mención especial las *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes* (Reglas de Bangkok)⁷². Estas Reglas fueron aprobadas recientemente por la Comisión de Prevención y Justicia Penal⁷³, y se espera que en poco tiempo puedan recibir aprobación del Consejo Económico y Social y la Asamblea General de Naciones Unidas.

Las Reglas de Bangkok analizan de qué modo se debe incluir las necesidades propias de las mujeres privadas de libertad en diversos ámbitos penitenciario: en materia de salud, registros personales, maternidad, violencia de género —ya sea por hechos de violencia intracarcelaria o por historias de violencia de género previas a su detención—, contacto con el mundo exterior, entre otras. La Regla 53 se refiere en forma expresa a las extranjeras, y establece que se debe intentar trasladar lo antes posible a las reclusas extranjeras no residentes a su país de origen, en particular, si tienen hijos allí, cuando así lo requieran. Además, prevé el supuesto de la reclusa extranjera no residente que viva con su hijo en la prisión.

Contexto local. La Ley N° 24.660, de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad, establece que las mujeres y los varones deben alojarse en establecimientos separados⁷⁴. Además, dedica siete artículos a los establecimientos para mujeres. Estas normas se refieren al personal penitenciario y a las reclusas que cursan un embarazo o que permanecen alojadas en la prisión con sus hijos menores de 4 años. De este modo, la supuesta neutralidad de la ley que rige las condiciones de encierro penitenciario presenta como única excepción la consideración de la contingencia de la maternidad de las mujeres presas, entendida en su sentido más restrictivo, porque no se incluye ninguna previsión con respecto al ejercicio de la maternidad de las otras mujeres encarceladas cuyos hijos no viven con ellas en la cárcel. Una investigación realizada en forma conjunta por la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la

⁷² Estas Reglas fueron elaboradas por un grupo intergubernamental de expertos, en consonancia con las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), con el fin de contar con reglas complementarias específicas para el tratamiento de las mujeres detenidas y sometidas a medidas privativas y no privativas de la libertad.

⁷³ Viena, 17 a 21 de mayo de 2010, E/CN.15/2010/L.3/Rev.1.

⁷⁴ Art. 176, Ley 24.660.

Nación, la Procuración Penitenciaria de la Nación y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), relevó la situación de las mujeres privadas de libertad en establecimientos federales. De acuerdo a la investigación, las reclusas extranjeras constituyen cerca de la mitad del total de mujeres encarceladas en establecimientos federales. Sin embargo, es importante tener presente que el 40% de las extranjeras residía en Argentina con anterioridad a su detención. Este dato diluye la categoría “extranjeras” y muestra la emergencia de un nuevo colectivo: las “inmigrantes residentes”. Ello obliga a complejizar las categorías utilizadas, ya que la homogeneización de las extranjeras bajo clasificaciones unívocas acentúa las desigualdades de trato que existen en la vida cotidiana del medio libre⁷⁵.

La heterogeneidad del grupo de las extranjeras también se advierte al atender a la gran variedad de nacionalidades. El 76% de las mujeres extranjeras son latinoamericanas. Las nacionalidades más representativas son la boliviana —27%—, la peruana —25%— y la paraguaya —7%—. Datos actuales señalan una presencia importante de mujeres provenientes de España, Tailandia y Sudáfrica, y, en menor medida, de mujeres provenientes de distintas partes del mundo⁷⁶.

Según la investigación, casi 7 de cada 10 mujeres están procesadas o condenadas por delitos vinculados con las drogas. Si se tiene en cuenta la nacionalidad de las encuestadas, se advierte que, en el caso de las extranjeras, son 9 de cada 10 las que están privadas de libertad por esta clase de delitos (en su gran mayoría, por el contrabando de pequeñas cantidades de drogas, por el que reciben el mote de “mula”). Además, el 96% de las extranjeras son delincuentes “primarias”.

La mayoría de las mujeres encarceladas desconoce el régimen de progresividad y sólo el 7,4 % accede a salidas transitorias. Las extranjeras tienen mayores dificultades para acceder a este tipo de salidas o a la libertad condicional, en especial cuando no tienen arraigo, familiares o allegados en el país, o no disponen de permiso de residencia.

El 86% de las mujeres encuestadas declaró ser madre, aspecto que no presenta diferencias significativas entre argentinas y extranjeras. De este porcentaje, casi 9 de cada 10 mujeres que son madres tiene hijos menores de 18 años, y convivía con 2 ó 3 de ellos, en promedio, al momento de la detención. La investigación también arrojó que, antes de ser encarcelada, 6 de cada 10 mujeres encabezaban hogares monoparentales y constituían el principal sostén económico. En el caso de las extranjeras, esta cifra asciende a 7 de cada 10. Estos datos demuestran que las mujeres ocupaban un rol central en el cuidado cotidiano y en el sostén económico de sus hijos y de otras personas. Por ello, es previsible que su encarcelamiento provoque, por un lado, un fuerte vacío

⁷⁵ A modo de ejemplo, esta distinción acarrea diferencias en la práctica de solicitar la expulsión.

⁷⁶ Entre otras, se encontraron mujeres provenientes de Holanda, Filipinas, Brasil, Chile, Uruguay, Inglaterra, Venezuela, México, República Dominicana, EE.UU., Portugal, Francia, Escocia, Canadá, Colombia, Hungría, Israel, República Checa, Lituania, Madagascar, Rusia y Suecia. Cfr. Comisión del Migrante de la DGN.

e impacto emocional al interrumpirse el vínculo cotidiano y, por otro lado, grandes cambios en la forma de subsistencia, organización y dinámica familiar. Estas circunstancias potencian las consecuencias del encarcelamiento, tanto en las mujeres privadas de libertad como en su grupo familiar

Según el Informe, el 70% de las mujeres detenidas participa en algún taller o actividad laboral. No obstante, las actividades que desarrollan en la gran mayoría de los casos son estereotipadas y de escasa calidad formativa. Se debe destacar que las trabajadoras extranjeras se hallan expuestas a una serie de irregularidades con respecto al cobro del peculio, debido a las demoras en la tramitación del CUIL, por lo cual suele transcurrir un largo período entre el momento en el que se las incorpora a algún taller laboral y el que comienzan a cobrar por las horas trabajadas. También se registran problemas habituales para cobrar el peculio cuando son expulsadas a su país de origen.

Con respecto a la educación, la investigación reveló que el 63% de las reclusas no participa de ningún curso de educación formal, cifra que asciende al 70% en el caso de las extranjeras. Además de la dificultad que representa la superposición del trabajo con el estudio, impedimento que comparten con las argentinas, las extranjeras encuentran un obstáculo adicional, que es no poder presentar la documentación requerida —como, por ejemplo, el certificado de nivel de estudios alcanzado—.

Por otra parte, la investigación comprobó que las mujeres encarceladas sufren un gran aislamiento en términos de contacto con sus familiares y allegados, pues muchas de ellas no reciben visitas o las reciben en forma muy esporádica. Sólo 4 de cada 10 reciben visitas en forma habitual —se entiende por habitualidad la frecuencia dentro del mes—. Se destaca como dato alarmante que el 43,9% de las detenidas contestó que nunca recibió visitas. Si se analiza la información según la nacionalidad, el aislamiento se pronuncia de modo significativo en el caso de las extranjeras, en particular, cuando no residían en el país con anterioridad a su detención: el 93% de este grupo no recibe visitas de manera habitual, y el 74,4% nunca recibió visitas. En el año 2007, el SPF destinó el Módulo V del Complejo Penitenciario Federal I —que aloja a varones— al alojamiento de mujeres que cumplieran con la condición de ser “procesadas primarias de baja potencialidad conflictiva o acusadas de delitos menores”, y que sean extranjeras, por desarrollarse allí el “Programa para detenidas angloparlantes”.

La inauguración de este Módulo fue traumática por varios motivos. En primer lugar, la creación de un alojamiento permanente para mujeres dentro de una unidad de hombres no cumple con la normativa internacional vigente en la materia. Por otro lado, alojar mujeres procesadas primarias en una unidad considerada de “máxima seguridad”

afecta de modo negativo las condiciones de detención, en la medida en que los criterios de seguridad desplegados en el CPF I invaden todos los aspectos de la vida dentro del Módulo V. En tercer término, la concentración de mujeres extranjeras en el Módulo V genera un fuerte menoscabo a su calidad de vida, ya que la convivencia con argentinas puede contribuir a mejorar las relaciones con el mundo exterior y coadyuvar, de este modo, a morigerar los efectos destructivos del encierro, por ejemplo, al “compartir” las visitas y los bienes que estas visitas puedan aportar.

El criterio de “extranjería” no salva las diferencias existentes entre las mujeres (países de proveniencia, idiomas, hábitos, etc.), y, además, hace que se concentre en un mismo espacio físico a un colectivo que se torna altamente vulnerable al impedirle la relación solidaria con otras presas no extranjeras y el intercambio recíproco de saberes. En adición, el colectivo angloparlante termina englobando a detenidas que no tienen como lengua de origen al español, pero tampoco el inglés. Todo ello las subsume en la incomunicación más absoluta, dado que tampoco hay agentes con conocimiento de los idiomas que ellas hablan ni, mucho menos, traductores. Para finalizar, se debe agregar que las actividades que se deberían brindar, como el trabajo y la educación, son ofertadas de manera limitada por la administración penitenciaria.

