

REVISTA DEL  
Ministerio Público  
de la Defensa

editorial  
foro de opinión  
nuestra doctrina  
planteos defensistas  
informaciones





# Índice

- 3 Editorial**  
*Por Stella Maris Martínez*
- 5 Foro de opinión**  
La relativización de la prohibición de la autoincriminación por medio de la relativización de la prohibición de la tortura y su empleo como forma de obtención de pruebas incriminatorias. *Por Francisco Muñoz Conde*
- 22** El acceso a la justicia como garantía del derecho de defensa de las personas afectadas en su salud mental. *Por Gonzalo López y Gabriel Fava*
- 40** Violencia de género y/o violencia doméstica: modelos de intervención. *Por María Acale Sánchez*
- 72 Nuestra doctrina**  
El acceso a la justicia de los migrantes en la Argentina. *Por Hernán De Llano*
- 78** El fallo “Véliz” y un nuevo mensaje de la Corte en materia de prisión sin condena. *Por Nicolás Laino*
- 87** Violencia de género y suspensión del juicio a prueba. *Por Mauro Lopardo y Pablo Rovatti*
- 96** Autoría y responsabilidad penal en delitos de Lesa Humanidad. Análisis crítico de la autoría mediata a través de aparatos de poder. *Por Leonardo Fillia*
- Planteos defensistas**
- 114** Expediente Letra “M”, N° 73, Libro XLVII, Año 2011, caratulado: “Recurso de hecho deducido por el Defensor Oficial de A. M. d. S. en los autos M. d. S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos”. *Por Julián Langevin*
- 130** Expediente CSJN Letra “S”, N° 789, Libro XLVIII, año 2012, caratulado: “Recurso de hecho deducido por L.M.S. en los autos S., L.M. s/ c/ recurso de casación”. *Por Julián Langevin*
- 136** Resolución N° 80 de la Cámara Federal de Apelaciones de Corrientes en los autos caratulados: “P., Z.N. s/ supuesta infracción ley 23.737”. *Por Laura Liliana Martín*
- 148** Sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín en la causa nro. 1721 del registro de la Secretaría Penal nro. 3 Juzgado Federal de Campana. *Por Gervasia Vilgré La Madrid*
- Informaciones**
- 151** Revista MPD AIDEF Octubre 2013
- 154** Campaña Nacional Contra la Tortura. 1813-2013 Bicentenario de la Asamblea General Constituyente

AÑO VII - N°8 - DICIEMBRE 2013

ES UNA PUBLICACIÓN DEL  
MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA

Defensoría General de la Nación  
Av. Callao 970 Piso 6º  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires  
C1023AAP  
Tel.: (+5411) 4814 - 8417 / 22 / 23 / 52  
Fax.: (+5411) 4814 - 8437

Editora: Stella Maris Martínez  
Director: Gabriel Ignacio Anitua

Diagramación:  
Subsecretaría de Comunicación Institucional.  
Secretaría General de Política Institucional de la Defensoría General de la Nación  
Impresión:

ISSN 1850-4027



## Editorial

Tengo la gran satisfacción de presentar el octavo número de la Revista del Ministerio Público de la Defensa, que cuenta con los aportes de integrantes de nuestra Institución y de distinguidos académicos nacionales e internacionales, quienes aceptaron participar en este canal de difusión de ideas y prácticas de la defensa pública.

En la sección “*Foro de opinión*”, el Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España), Prof. Dr. Francisco Muñoz Conde, realiza un extenso análisis respecto a cómo la prohibición de la tortura y el respeto al principio *nemo tenetur se ipsum accusare* son relativizados para la obtención de pruebas autoincriminatorias, en el marco de la persecución de supuestas formas graves de delincuencia, en particular, en la denominada “lucha contra el terrorismo”.

Los Dres. Gonzalo Andrés López y Gabriel Fava sostienen la necesidad de contar con herramientas adecuadas y especializadas para ejercer materialmente el derecho de defensa de las personas afectadas en su salud, quienes a su vez se encuentran imputadas en procesos penales, a fin de no tornar ilusorios los derechos que la Ley Nacional de Salud Mental (26.657) intenta proteger.

Por otro lado, la Dra. María Acale Sánchez, Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz (España), somete a estudio la protección del ámbito familiar frente a las conductas de maltrato, como así también desarrolla las alternativas que específicamente ofrecen algunos Códigos Penales a las mujeres víctimas de violencia de género.

En la sección “*Nuestra doctrina*”, el Dr. Hernán G. De Llano, Defensor Público Oficial ante los Juzgados Nacionales en lo Penal Tributario, lleva a cabo su exposición sobre la normativa y dificultades existentes en torno al acceso a la justicia de los migrantes en la Argentina y a la revisión judicial de los actos de expulsión decretados por la Dirección Nacional de Migraciones.

En este mismo apartado, el Dr. Nicolás Laino, Coordinador del Programa contra la Violencia Institucional de la Defensoría General de la Nación, realiza un análisis crítico acerca de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el marco de la causa “Véliz, Linda Cristina”. El autor identifica ciertos “silencios” de la sentencia que permitirían legitimar el encierro cautelar como pena anticipada.

Los Dres. Mauro Lopardo y Pablo Rovatti, ambos integrantes del Ministerio Público de la Defensa, evalúan la procedencia de la suspensión del juicio a prueba en aquellos procesos en los que se investiguen hechos de violencia de género.

Para concluir el acápite, el Dr. Leonardo C. Fillia, Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación, realiza un estudio sobre la autoría y responsabilidad penal en delitos de lesa humanidad, indicando los problemas a los cuales puede enfrentarse la defensa, en lo atinente al modo de atribuir las imputaciones.

Como podrán intuir nuestros lectores, la sección “*Planteos defensistas*” propone difundir distintas presentaciones judiciales que por su contenido o resolución jurisdiccional resultan sumamente relevantes para la labor cotidiana de los integrantes

tes de esta institución. Es así que contamos con las presentaciones realizadas por el Sr. Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Julián Langevin, la Sra. Defensora Pública Oficial ante los Juzgados Federales de Paso de los Libres, Dra. Laura Liliana Martín y la Sra. Secretaria Letrada de la Defensoría General de la Nación, Dra. Gervasia Vilgré La Madrid.

Finalmente, el apartado *“Informaciones”* da a conocer las diferentes actividades llevadas a cabo durante el año 2013. Por un lado, desde la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF) con la finalidad de promover el Acceso a la Justicia de personas en situación de vulnerabilidad y el fortalecimiento institucional de las Defensorías Públicas de la región. Por el otro, las acciones realizadas en torno a la “Campaña Nacional contra la Tortura”, promovida en ocasión de conmemorarse los doscientos años de la celebración de la Asamblea del Año XIII. Especial mención merece esta Campaña, en tanto implicó el compromiso activo de diversas instituciones y organizaciones no gubernamentales, convocadas por la Defensoría General de la Nación, con el fin de fortalecer los mecanismos de prevención y sanción de la tortura.

Bajo el lema “cada vez que se tortura atrasamos 200 años”, la Campaña buscó concientizar a la sociedad sobre la actualidad de este flagelo que constituye una grave violación a los derechos humanos. La publicación que el lector tiene entre sus manos mantiene el objetivo de difundir los ideales que orientan la labor de la defensa oficial, en pos de garantizar el acceso a justicia de los sectores vulnerables.

# La relativización de la prohibición de la autoincriminación por medio de la relativización de la prohibición de la tortura y su empleo como forma de obtención de pruebas incriminatorias\*

Francisco Muñoz Conde  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Pablo de Olavide  
Sevilla, España.

En este artículo quisiera ocuparme de lo que fue originariamente la razón por la que surgió el principio *nemo tenetur* en el moderno proceso penal: la prohibición de la tortura como medio de prueba. De hecho frente a todos los supuestos en los que de un modo u otro se evade la prohibición de autoincriminación, pero en los que existen determinadas excepciones al mismo, más o menos amplias y más o menos discutibles, la prohibición de valoración de la autoincriminación derivada de la tortura goza, al menos en teoría, tanto a nivel nacional como internacional, de un reconocimiento y una validez absoluta que no admite excepciones. Sin embargo, como veremos seguidamente, hay hoy en el panorama legislativo, jurisprudencial y doctrinal, planteamientos que relativizan esta prohibición y con ello de un modo u otro admiten que la tortura pueda ser utilizada para obtener datos en la lucha contra las formas más graves de delincuencia y poder valorarlos como prueba en un proceso penal para conseguir la condena del autor de un delito.

Lo primero que hay que plantearse es si esto es compatible con los principios del proceso penal del Estado de Derecho, y concretamente con el de prohibición de la autoincriminación.

El Derecho penal del Estado de Derecho se caracteriza ante todo por limitar y admitir solo en casos excepcionales el empleo de la violencia por parte de los particulares. Únicamente dentro de los estrechos márgenes de la *legítima defensa* y en algunos supuestos excepcionales de *estado de necesidad* pueden estos emplear la violencia para defender o proteger sus derechos, y ello siempre dentro de los límites que imponen el principio de proporcionalidad y la necesidad del empleo de la violencia cuando no caben medios menos lesivos para proteger derechos fundamentales en inminente peligro de destrucción.

Fuera de estos casos, solo el Estado tiene el *monopolio de la violencia*, pero este monopolio tampoco concede un derecho absoluto o ilimitado para ejercer todo tipo de violencia, sino igualmente, y siempre en casos excepcionales, dentro de los límites previamente reglamentados y de acuerdo también con los principios de necesidad y proporcionalidad, respetando prohibiciones absolutas de ejercicio de la violencia como la imposición de la pena de muerte<sup>1</sup> y de tratos inhumanos y degradantes (art. 15 CE).

Además tanto los particulares, como el Estado están obligados respetar la prohibición absoluta del empleo de la violencia entendida como *tortura*; es decir, como provocación de dolor físico o psíquico para intimidar, para conseguir pruebas o declaraciones y confesiones forzadas, o constreñir de cualquier

\* En este texto se recoge en sus líneas esenciales el trabajo que ya he publicado en la Revista de Pensamiento jurídico, *Teoría & Derecho*, núm.3, 2008, p.119 a 135, "La situación de los presos de Guantánamo: Entre la tortura y el Estado de Derecho", pero se ha actualizado con algunas decisiones recientes en relación con el caso Hamdan y alguna referencia adicional de carácter doctrinal y jurisprudencial.

1 Evidentemente, la prohibición de la pena de muerte no es una prohibición que goce de reconocimiento universal, pero dentro del espacio europeo rige incluso como condición previa para que un país pueda llegar a ser admitido en la Comunidad europea, y en general, incluso en los países en los que todavía se aplica, existen numerosas campañas y movimientos que piden su abolición, entre otras cosas por tratarse de una pena cruel e inhumana.

otro modo la voluntad del torturado con cualquier finalidad o motivación, o simplemente con el ánimo de hacerlo sufrir, castigarlo o provocar su humillación.

El empleo de la violencia por parte de los particulares fuera de los casos excepcionales en que legalmente se justifica carece, pues, de legitimidad, cualquiera que sea la finalidad o motivación con la que se realice. Y si se realiza de forma sistemática y en grupo con finalidad o motivación políticas, dará lugar al fenómeno que conocemos como *terrorismo*, y que como tal es considerado tanto a nivel nacional, como internacional como uno de los delitos más graves contra los derechos humanos y el Estado de Derecho.

Igualmente, el empleo de la violencia por parte del Estado o de los que actúen en su nombre cuando se realiza fuera de los cauces previstos legalmente es ilegítimo, y si se emplea de forma sistemática y como instrumento de una determinada concepción política, racista, social, religiosa, etc., constituye *terrorismo de Estado*, que no tiene una definición legal precisa pero que igualmente constituye un gravísimo delito, bien en forma de delitos singulares como el asesinato, homicidio, lesiones, secuestros, etc., o en la de los más modernos delitos contra el Derecho internacional, como el genocidio o los crímenes contra la Humanidad.

Pero a diferencia de lo que sucede con la violencia ilegítima realizada por los particulares, los límites de la violencia ilegítima empleada por el Estado son más oscuros y difíciles de marcar, y esta oscuridad y dificultad es aprovechada por muchos para justificar, con diversos argumentos, su empleo, sobre todo cuando se trata de fortalecer el sistema, que a su vez puede ser también ilegítimo (por ejemplo, una dictadura) frente a sus adversarios. Eso ha hecho también que mientras que al *terrorismo contra el Estado*, como empleo de la violencia para atacar el sistema político, social y jurídico vigente, se le han dedicado, sobre todo en los últimos años, muchas páginas y normalmente casi todas de condena, al *terrorismo desde el Estado* se le haya dedicado mucha menor atención, haya sido mirado con mayor benevolencia o incluso justificado como una forma eficaz que tiene el Estado para luchar contra sus enemigos, sean estos interiores o exteriores, terroristas o enemigos combatientes de una potencia extranjera con la que se está en guerra. Frases como “no hay mejor terrorista que el terrorista muerto”, “al enemigo ni agua”, “vahe victis”, “en la guerra todos los medios son lícitos con tal de ganarla”, etc., demuestran hasta qué punto existe un doble rasero o una doble moral para juzgar de forma distinta la violencia ilegítima contra el Estado, y la violencia igualmente ilegítima cometida desde o en nombre del Estado.

Sin embargo, cualquiera que conozca el marco constitucional de un Estado de Derecho y los principios y Declaraciones internacionales de reconocimiento de los derechos humanos en los que se apoya, comprenderá inmediatamente, sea jurista o no, que la lucha contra el terrorismo, o contra cualquier tipo de delincuencia, sea o no violenta, tiene que tener también sus límites y ser llevada con los medios y formas que permite ese marco

constitucional y las Declaraciones universales de derechos humanos. Y del mismo modo debe admitir que incluso en las guerras, declaradas oficialmente o no, deben respetarse determinados principios del Derecho internacional de guerra y del Derecho humanitario, recogidos en

las Convenciones internacionales como la de la Haya o las de Ginebra, en el trato de los enemigos combatientes y de la población civil.

Naturalmente, tanto en el pasado, como en el presente, como también en el futuro se han dado, se dan y se darán violaciones de estos principios y reglas básicas del Estado de Derecho y del Derecho internacional, pero entonces la labor del jurista debe ser ante todo, si se trata de un jurista teórico, desenmascarar las razones que se aleguen para justificar, de un modo u otro, esas violaciones; y si es un jurista práctico, procurar que esas violaciones no queden impunes, llevando ante los Tribunales de Justicia, nacionales o internacionales, a los responsables individuales de las mismas, para que sean juzgados y en su caso condenados.

Desde la perspectiva de un Estado de Derecho y del actual Derecho internacional parece esto tan evidente que ni siquiera habría que decirlo o recordarlo. Pero como todavía hoy se encuentran a nivel legislativo, doctrinal y jurisprudencial decisiones u opiniones que no coinciden plenamente con estos postulados, no parece ocioso ocuparse siquiera brevemente de los aspectos más controvertidos que se plantean en relación con la lucha contra el terrorismo en el Estado de Derecho y en la Comunidad internacional.

En los últimos años se han planteado problemas de este tipo en relación, por ejemplo, con la legitimidad de la intervención anticipada del Derecho penal en estadios aún muy alejados de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, criminalizando la apología o el enaltecimiento de actos o grupos terroristas o la colaboración con los mismos<sup>2</sup>. También se ha planteado la licitud de algunos medios técnicos como los audiovisuales o el control de las escuchas telefónicas, de forma indiscriminada y sin control judicial, para obtener información y pruebas de los delitos de terrorismo, criminalidad organizada etc.<sup>3</sup> Pero donde se ha suscitado últimamente mayor discusión ha sido en relación con la situación jurídica y penitenciaria de los presos afganos y de diversas nacionalidades internados en la base americana de Guantánamo (Cuba) tras la Guerra de Afganistán a raíz de los sucesos del 11 de septiembre del 2001, y los malos tratos e incluso torturas que se les han infligido, tanto como forma de castigo o humillación, como también como forma de ob-

2 La jurisprudencia del Tribunal Supremo español en relación con la apología del terrorismo demuestra hasta qué punto en esta materia se puede incurrir en la criminalización del ejercicio de la libertad de expresión cuando ésta significa algún tipo de simpatía o afinidad con la ideología del grupo terrorista, o una actitud de comprensión o justificación sin más de los atentados cometidos o de sus autores (cfr., por ejemplo, sentencias tan dispares a este respecto como la STS 9 mayo 1996 –condenatoria–, con la STS 29 noviembre 1997 –absolutoria–, con supuestos de hecho y textos legales aplicables muy similares. El auto del TS de 28 de mayo del 2002 rechazó la querella contra un político quien, en un mitin en territorio francés gritó "Gora Eta", pero no tanto en base a que el hecho no fuera constitutivo de apología, sino por entender que esta conducta no entra dentro del delito de terrorismo que permite la aplicación del Principio de Justicia Universal y, por tanto, la aplicación extraterritorial de la ley penal española). Precisamente para evitar estas oscilaciones jurisprudenciales, en la reforma de 22 diciembre del 2000 se introdujo en el art. 578 del Código penal la figura del "enaltecimiento", que motivó, por cierto, la STS 26 febrero 2007 que condenó por amenazas a un terrorista a punto de salir ya de prisión por haber publicado una carta en un diario en la que se alababa la conducta de otros presos terroristas y se justificaba la propia, criticando al mismo tiempo la política penitenciaria seguida con ellos y a los responsables de la misma, en un tono sin duda grosero y agresivo. Un comentario crítico a esta sentencia puede verse en el artículo de María Luisa Cuerda Arnau, "El nuevo delito político: apología, enaltecimiento y opinión", en *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, Estudios de Derecho judicial, 128-2007, pp. 111 y 115 y ss. También en la STS 20 junio 2007 se condenó a un dirigente político abertzale por haber pronunciado palabras de elogio en un acto homenaje a un dirigente de ETA muerto, véase Francisco Muñoz Conde, *Derecho penal, Parte Especial*, 16. ed. cit., p. 897.

3 El empleo de nuevas técnicas de captación de sonido e imágenes para la investigación de los delitos es cada vez más frecuente, lo que ha obligado a que en casi todos los Estados se hayan dictado normas específicas que lo regulan. No obstante, muchas de esas normas adolecen de defectos constitucionales evidentes, bien porque no precisan con exactitud el tipo de delito y en qué condiciones deben emplearse estas técnicas, bien porque obvian el control judicial o lo reducen a una mera cuestión burocrática. Todo ello ha motivado que los Tribunales constitucionales de muchos países y los internacionales de Derechos humanos, hayan anulado sentencias condenatorias en las que, a su juicio, no se han tenido en cuenta los principios y garantías suficientes para proteger el derecho fundamental a la intimidad de las personas afectadas por el empleo de dichos medios. Véase, por ejemplo, en este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 3 de marzo del 2003, que declaró anticonstitucional la Ley alemana que regulaba las "Grosse Lauschangriffe", es decir, los controles audiovisuales más radicales de la intimidad de las personas presuntamente implicadas en la realización de un hecho delictivo. Y en relación con la jurisprudencia española la STC 18/2003, de 23 octubre, en la que se anuló una sentencia condenatoria que se había basado en pruebas obtenidas por empleo de escuchas telefónicas decretadas por el Juez instructor a partir de haber recibido una denuncia anónima, y todo lo dicho al respecto en el epígrafe III de este trabajo.

tener de ellos información sobre atentados terroristas pasados o que puedan volver a cometerse en el futuro. Estos hechos, unidos a otros concomitantes como la existencia de secuestros policiales de presuntos implicados en actividades terroristas y su traslado forzoso a otros países en vuelos secretos utilizando las bases de terceros países cuyos Gobiernos lo sabían, pero que hacían como si no lo supieran, o la misma existencia de cárceles secretas de la CIA donde se ha retenido o se está reteniendo a estas personas por tiempo indefinido y sin ningún tipo de información sobre su paradero, han provocado a nivel internacional una gran conmoción y una ola de protestas, aun mayor que en otros casos, en la medida en que los responsables de estos hechos han actuado en nombre y representación del país militarmente más poderoso del mundo, los Estados Unidos de América, y con la impunidad que les procura la protección de ese mismo país.

Dada la importancia y gravedad de estos hechos, seguidamente me voy a ocupar de dos cuestiones puntuales muy relacionadas entre sí, como son, por un lado (*infra* 2.a y b), la situación jurídica de los presos de Guantánamo y la conceptuación jurídica que merecen las llamadas “Comisiones militares” creadas ad hoc para juzgarlos; y, por otro (*infra* 3), la utilización de ciertos tipos de tortura, no ya solo como trato degradante e inhumano que en sí mismo constituye la forma de vida a la que están sometidos los detenidos en dicha base, o que pueda provenir de los abusos o excesos que a título particular cometan algunos de sus guardianes, sino de la pretendida “validez” y legitimidad jurídica que se le quiere dar por algunos a los actos de tortura que se practican por los funcionarios y autoridades oficiales de los Servicios secretos americanos en los interrogatorios a los que se somete a estos sospechosos al objeto de obtener de ellos información y pruebas de actos terroristas pasados, o para prevenir otros futuros.

1. Dentro de la polémica que ha suscitado la tesis patrocinada por algunos autores sobre la necesidad de asumir que en el Ordenamiento jurídico hay que hacer una exclusión de prácticamente todos los derechos que se reconocen en la Constitución y textos jurídicos fundamentales a determinados sujetos que se consideran como “enemigos”<sup>4</sup>, parece especialmente interesante ocuparse de las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en relación con la situación jurídica de los presos recluidos en la base militar norteamericana de Guantánamo. A este respecto comentaré, en primer lugar, las decisiones adoptadas el 28 de junio del 2004 en los casos Rasul, Hamdi y Padilla, por la Corte Suprema estadounidense<sup>5</sup>.

1. a) Como es de sobra sabido, a partir de noviembre del 2001 se empezaron a internar a un gran número de detenidos en la Guerra de Afganistán en la Base militar norteamericana de Guantánamo, radicada en Cuba. Desde entonces unos 800 detenidos, algunos incluso menores de 18 años en el momento de su detención, han pasado por dicha Base, en la que han permanecido privados de prácticamente todos sus derechos no sólo

4 Véanse al respecto los trabajos recopilados en Manuel Cancio Meliá/ Carlos Gómez-Jara Díez, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2006; también el libro colectivo *Delito político e diritto penale del nemico*, editado por Alessandro Gambarini y Renzo Oltrandi, 2007. Para una visión de conjunto de este tema véase Francisco Muñoz Conde, *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, 2. edición, Buenos Aires 2007 (hay traducción al alemán de la primera edición realizada por Moritz Vormbaum, “Über das Feindstrafrecht”, Berlin 2007, con prólogo de Winfried Hassemer, que se contiene también en la segunda edición en español de esta obra, a la que se añaden otros trabajos propios sobre el mismo tema).

5 Cfr. *Rasul v. Bush*, 124 S.Ct.2686 (28 junio 2004); *Hamdi v. Rumsfeld*, 124 S.Ct.2633 (28 junio 2004); *Rumsfeld v. Padilla*, 124 S.Ct. 2711 (28 junio 2004).

como ciudadanos, sino casi como seres humanos, sometidos a tratos inhumanos y degradantes, sin respetar las reglas mínimas aprobadas en Convenciones internacionales sobre el trato a los prisioneros de guerra. Según los Informes de organismos internacionales, como Amnistía Internacional, a finales del 2007 aún se encontraban recluidos allí unos 275 detenidos, 100 de los cuales son de origen yemení. Muchas de las liberaciones se han debido a gestiones de países de lo que procedían algunos de los detenidos, como Inglaterra o Australia, o también a algunos recursos presentados por abogados de los detenidos exigiendo su liberación o, por lo menos, su paso a prisiones ordinarias y que se les juzgue por tribunales ordinarios, a través del correspondiente recurso de *habeas corpus*. Algunos de estos recursos han prosperado y han motivado decisiones de la Corte Suprema estadounidense que seguidamente paso a comentar.

Efectivamente, en estas decisiones la citada Corte Suprema tuvo que plantearse y resolver si los presos de Guantánamo aprehendidos por tropas americanas en la Guerra de Afganistán, y otra persona detenida en el Aeropuerto de Chicago y que se encontraba en una prisión militar de Carolina del Norte como sospechoso de haber participado en el atentado del 11 de septiembre del 2001, tenían, entre otros derechos, el de solicitar un *habeas corpus*, es decir, recurrir ante un juez norteamericano su detención, y a ser juzgado en un proceso debido con todas las garantías reconocidas en la Constitución norteamericana.

La decisión fue relativamente fácil en el caso *Hamdi*, en la medida en que este recurrente había nacido en el Estado de Louisiana y tenía, por tanto, la nacionalidad norteamericana<sup>6</sup>. Para la inmensa mayoría de los Jueces integrantes de la Corte (la votación fue de 8 a 1), un ciudadano

norteamericano tenía siempre derecho a plantear en caso de detención gubernativa un recurso de *habeas corpus* ante el juez, ya que el art. 1, sección 9, cláusula 2 de la Constitución americana sólo suspende este derecho en caso de “rebelión o invasión, cuando así lo requiera la seguridad pública”, y estas circunstancias no se daban en este caso. Pero muchos de los Jueces que votaron a favor de esta decisión, lo hicieron en contra en el caso *Rasul*, en el que la misma petición de *habeas corpus* había sido realizada por un grupo de presos de Guantánamo, doce kuwaitíes y dos australianos, que, entre otras cosas, alegaban que no eran combatientes en la Guerra de Afganistán, sino que prestaban servicios de asistencia social en ese país cuando fueron detenidos. El voto en contra de la admisión del recurso fue formulado por el Juez Scalia, y a él se adhirieron los Jueces Rehnquist y Thomas. Para el Juez Scalia el mismo argumento que había servido para admitir el recurso de Hamdi tenía que ser utilizado para rechazar el recurso de unas personas que, cualquiera que fuese la razón por la que se encontraban en Afganistán, no eran ciudadanos americanos y, por tanto, carecían de los mismos derechos que éstos, entre ellos el de plantear un recurso de *habeas corpus*. Se apoya para ello en una discutible interpretación de textos legales y de antiguos precedentes jurisprudenciales que, en su opinión, niegan a los extranjeros los derechos que sólo corresponden a los ciudadanos americanos, entre ellos el de plantear un recurso de *habeas corpus* y el derecho a un debido proceso. Frente a sus argumentos opone el Juez Stevens otros a favor de la opinión que finalmente prevaleció por una mayoría de 6 a 3, entre los que destaca el siguiente razonamiento:

La parte demandada (es decir, el Gobierno, en este caso representado por el propio Presidente Bush) se muestra de acuerdo en que el Estatuto de *habeas corpus* crearía jurisdicción de los Tribunales federales en los supuestos de demandas realizadas por un ciudadano americano detenido en la Base. Considerando que el § 2241 no realiza ninguna distinción entre americanos y extranjeros mantenidos bajo custodia federal existen pocos motivos para pensar que el Congreso concibiera el alcance geográfico del estatuto variable dependiendo de la nacionalidad del detenido. Los extranjeros retenidos en la Base, al igual que los ciudadanos americanos, tienen derecho a invocar la autoridad del § 2241 de los Tribunales federales<sup>7</sup>.

6 Dicho detalle salió a relucir en el trámite de los interrogatorios a los que fue sometido Hamdi, cuando estaba preso en Guantánamo. Una vez comprobado que había nacido en territorio norteamericano y que no había renunciado expresamente a esta nacionalidad, Hamdi inmediatamente fue trasladado a una prisión militar en Virginia y luego a Carolina del Sur, desde donde planteó su solicitud de *habeas corpus*. Para más detalles sobre este y los otros casos, véase Fletcher, “Citizenship and Personhood in the Jurisprudence of War, Hamdi, Padilla and the Detainees in Guantánamo”, en *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004), pp. 953 ss. (hay traducción española de Muñoz Aunión, con el título: “¿Ciudadanos o personas?”, publicada en *Revista Penal* 2005).

7 Véase la exposición resumida de estos argumentos en Fletcher, ob. cit., pp. 58 ss.

Con esta importante sentencia, la Corte Suprema americana establece, al menos como principio y en relación con los recurrentes en el caso *Rasul*, que no hay ninguna razón para negar el derecho a plantear un recurso de *habeas corpus* a los extranjeros presos en Guantánamo, y ello sin mencionar siquiera si esos extranjeros son “enemigos” o simplemente extranjeros. Con esto reconoce a los recurrentes, a pesar de no tener la nacionalidad norteamericana, un derecho fundamental, pieza clave para el reconocimiento de otros derechos fundamentales, superando así el estrecho binomio ciudadano-extranjero, equivalente en cierto modo al de “amigo-enemigo”, al que había pretendido reducirlo la Administración de Bush y Rumsfeld, contra los que por cierto se dirigían las demandas de los recurrentes<sup>8</sup>. Ciertamente, ello no es más que un paso en el reconocimiento de que incluso los posibles o reales “enemigos”, tanto si se encuentran en territorio americano como si no, pero siempre bajo custodia o control de autoridades americanas, tienen unos derechos mínimos que no pueden negárseles. Evidentemente, aún queda mucho camino hasta que la Administración norteamericana llegue a admitir que todos los detenidos en Guantánamo, incluidos los llamados “enemigos combatientes”, tienen unos derechos como presos de guerra, reconocidos por las Convenciones de Ginebra, que está claro que no se están respetando en estos momentos<sup>9</sup>.

Es curioso notar que este argumento a favor de que puedan plantear un recurso tan tradicional en el Common Law como el de *habeas corpus*, coincide con el origen, incluso terminológico del mismo, conforme al cual este derecho no es exclusivo del ciudadano, sino del “corpus”, es decir, de lo que Agamben llama la “nuda vida”, independientemente de su adscripción a una determinada comunidad política o jurídica<sup>10</sup>. Ésta fue también la idea que dio origen a la primera Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en 1789, y a las primeras declaraciones de derechos recogidas en los Documentos de la Independencia de los Estados Unidos de América:

*Los hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits.*

1. b) No obstante, estas decisiones no solucionaron de golpe todos los problemas que planteaba la anómala situación jurídica de los presos de Guantánamo, ya que la legislación excepcional (Patriot Act) adoptada por el Congreso de los Estados Unidos a partir del atentado a las Torres Gemelas de Nueva York el 11 de septiembre del 2001 preveía una serie de disposiciones contrarias a los patrones establecidos por la Constitución americana y por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Pero además de esta Patriot Act, posteriormente se dictaron otras como la Military Order de 13 noviembre del 2001<sup>11</sup>, que igualmente adolece de vicios de constitucionalidad desde el punto de vista del Derecho interno norteamericano y de ilegitimidad desde el punto de vista del Derecho internacional. Así, por ejemplo, esta Orden militar posibilita que los presos de Guantánamo sean juzgados por unas Comisiones militares, con un procedimiento que no respeta las garantías establecidas constitucionalmente en los Estados Uni-

8 No se entiende, por tanto, muy bien que en el caso *Padilla v. Rumsfeld*, 352 F 3d 695 (2nd Cir.2003), los Jueces, si bien por mayoría, rechazaran entrar en el fondo del recurso, muy similar en contenido a los anteriores, considerando que en lugar de contra Rumsfeld, la demanda tenía que haberse planteado contra el Comandante de la Prisión donde se encontraba recluido el recurrente, en Carolina del Sur. No se olvide que este sujeto no se encontraba preso en Guantánamo, ni tampoco era de nacionalidad norteamericana.

9 No deja de ser paradójico que aún no se haya admitido que representantes de organismos internacionales puedan ver *in situ* la situación en la que se encuentran esos presos en la base norteamericana de Guantánamo, sita en Cuba, y que, sin embargo, esos mismos organismos denuncien continuamente la situación de los derechos humanos en la propia nación cubana. Una “doble moral” que encaja mal con la idea de igualdad y de justicia, que debe primar por encima de conveniencias o simpatías políticas.

10 Véase Giorgio Agamben, *Homo sacer, El poder soberano y la nuda vida*, traducción y notas de Antonio Gimeno Cuspinera, 3<sup>a</sup> reimpresión Valencia 2003, p. 157.

11 Cfr. *President Issues Military Order, Detention, Treatment, and Trial of Certain Non Citizens in the War Against Terrorism*, 13 de noviembre de 2001, <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11/20011113-27.html>

dos para todos los procesos penales. También se refiere a la colaboración con el terrorismo en casos de acciones neutrales o sin relevancia penal directa, transporte, ayuda, etc., o que todo lo más sólo pueden incluirse en la anómala figura típica del Derecho angloamericano de la “conspiracy”, no recogida expresamente en el Derecho internacional de la Guerra.

De estas y otras cuestiones se ocupó la Corte Suprema norteamericana en su sentencia de 26 junio del 2006<sup>12</sup>, que seguidamente pasó a comentar brevemente. El caso que motivó esta decisión de la Corte Suprema es el siguiente:

Al amparo de la Orden militar de 13 de noviembre del 2001, el Presidente Bush y su Secretario de Defensa, Rumsfeld, presentaron contra Salim Ahmed Hamdan cargos por los que se le acusaba de conspiración en la realización de actos terroristas, basándose para ello en que Hamdan había sido durante algún tiempo chofer y quizás guardaespaldas personal de Osama Bin Laden, el dirigente del grupo terrorista Al Qaeda. Hamdan recurrió ante los Tribunales ordinarios alegando, en primer lugar, la inconstitucionalidad de la Comisión militar que tenía que juzgarlo, y además el que la figura de la *conspiracy* no figuraba entre los delitos incluidos en el Derecho penal internacional de la Guerra, y que en todo caso el hecho de haber sido chofer de Bin Laden no era motivo suficiente para imputarle dicho cargo.

La Corte Suprema recoge en su sentencia, que un tanto optimistamente fue calificada en aquel momento por George P. Fletcher como “el comienzo del fin de Guantánamo”<sup>13</sup>, en parte, las alegaciones de Hamdan, rechazando los argumentos que en su contra esgrimió la Administración. Desde luego, a la vista de lo que ha sucedido después, e incluso del texto de la propia sentencia, no se puede decir que estemos aquí ante el “comienzo del fin de Guantánamo”, pero sí es importante destacar que, igual que las anteriores dictadas en los casos de Rasul y Hamdi, la misma supuso un serio revés para la Administración del Presidente Bush, mostrando, al mismo tiempo que las dudosas bases jurídicas en las que se apoya, la actitud de rechazo que tiene un gran número de juristas americanos en relación con la situación de los presos de Guantánamo.

Tres puntos interesa destacar de esta interesante sentencia<sup>14</sup>.

La primera cuestión que se debate en esta sentencia es si a los presos de Guantánamo se les aplican las Convenciones de Ginebra en relación con el estatuto jurídico de prisioneros de guerra. La tesis de la Administración Bush fue en primer lugar negar que los Convenios de Ginebra tengan naturaleza “Self Executing” y puedan ser alegados por un particular como Derecho vigente, sin una implementación expresa en el Derecho interno. Además, en todo caso, seguía argumentando la Administración americana, al no tratarse de una guerra formal entre dos Estados, ya que Al Qaeda no constituye propiamente un Estado, sino un grupo terrorista difuminado en el territorio de varios Estados, la Convención de Ginebra que se refiere sólo a los Estados y a los Estados parte de un conflicto tampoco sería aplicable en este caso. Frente a ello, Hamdan alegaba que hay una norma mínima común a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, en la que se recoge el llamado Derecho humanitario y que éste es aplicable en todos los conflictos armados, sean éstos nacionales o internacionales. Efectivamente, el artículo 3 común a los Cuatro Convenios, tomado del III Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, dice lo siguiente:

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes

12 *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006). El texto de esta sentencia se encuentra en numerosas referencias en Internet. Aquí se utiliza el recogido en Wikipedia (en [wikipedia.org/wiki/Hamdan\\_v.\\_Rumsfeld-105k](http://en.wikipedia.org/wiki/Hamdan_v._Rumsfeld-105k)). La sentencia fue acordada por 5 votos (los Jueces Stevens, Breyer, Ginsburg, Breyer, Kennedy) frente a 3 (Scalia, Thomas, Alito).

13 George P. Fletcher, “The beginning of the End of Guantánamo”, en *Japan Times*, 17 julio 2006.

14 La misma ha motivado innumerables artículos y trabajos doctrinales que sería prácticamente imposible mencionar siquiera aquí. Al lector interesado le remito al exhaustivo trabajo de María Dolores Bollo Arocena, “*Hamdan v. Rumsfeld*, Comentario a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 24 de junio del 2006”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2006). Especialmente interesante es también el artículo del Profesor de la Universidad Columbia, George P. Fletcher, “The Hamdan case and conspiracy as a War Crime”, en *Journal of International Criminal Justice* vol. 4, Num. 13, Julio 2006, 442-447. Este autor escribió además un Brief como “amicus curiae” dirigido a la Corte Suprema en nombre de la Asociación de Expertos en Derecho de Guerra, en el que se contienen muchos de los argumentos que luego fueron tenidos en cuenta por la Corte Suprema.

en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

Parece evidente que el espíritu humanitario que anima este precepto no puede estar supeditado a ningún tipo de sutileza jurídica que permita excluir a cualquier ser humano, cualquiera que sea la naturaleza del hecho que haya cometido, la calificación del conflicto armado en el que haya participado o del grupo armado o ejército al que pertenezca, de derechos que simplemente le corresponden por el hecho de ser una persona; es decir, un ser humano como tal debe gozar siempre de los derechos más indispensables que reconoce el artículo 3. En su decisión la Corte Suprema, aunque no acepta como directamente aplicable esta disposición, porque considera que no es vinculante directamente para al Gobierno americano, sí admite que es aplicable al caso en la medida en que en el art. 21 del Código unificado de Justicia militar americano se recogen también estos derechos como Derecho de guerra. De este modo, la Corte Suprema se aparta expresamente de intentos muy en boga hoy en día, incluso en el plano teórico jurídico, de negar incluso la cualidad de "persona" al enemigo, cuando éste es un "enemigo combatiente", como califica la Administración norteamericana a los presos de Guantánamo, o un terrorista, que actúa en nombre de un grupo pero no de un Estado. No es ahora el momento de analizar más detenidamente las razones en las que la Administración norteamericana se apoyaba para negar la aplicación del Convenio de Ginebra a los presos de Guantánamo<sup>15</sup>, pero

15 Véase el comentario que de ellas hace Bollo Arocena en el artículo antes citado, pp. 16/17, indicando que ya anteriormente en la sentencia del Tribunal de Apelaciones, el Juez Robertson señalaba las razones de por qué tenían también que aplicarse directamente los Convenios de Ginebra, en base a la "Supremacy Clause" que reconoce la propia Constitución americana a los Tratados internacionales asumidos por los Estados Unidos.

en todo caso lo que sí queda claro es que de la decisión de la Corte Suprema se deduce que, independientemente del carácter vinculante o no del artículo 3 común y de otras cuestiones jurídicas que se puedan plantear en relación con la situación de los presos de Guantánamo (la posibilidad de que puedan plantear un habeas corpus, de que sean juzgados por tribunales ordinarios, civiles o militares, etc.), las reglas mínimas del Derecho humanitario que se contienen en el artículo 3 común también son aplicables a Hamdan, aunque sea a través del rodeo de considerarlas incluidas en el Derecho interno de la guerra americano. Ello tiene ya importantes consecuencias porque, como veremos más adelante, en el citado artículo 3 común se contienen prohibiciones de especial importancia para este caso, como es la prohibición de tratos inhumanos o degradantes o de la tortura, o la de tribunales de excepción no constituidos legítimamente.

Una de estas consecuencias que se deduce del propio artículo 3 común en su apartado 1.d) es que *quedan prohibidas* “las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”. Con la invocación que hacia Hamdan de este artículo, la Corte Suprema no tuvo más remedio que ocuparse también de la validez de las “Comisiones militares” creadas para juzgar a los presos de Guantánamo por la Orden militar de 13 de noviembre del 2001. Para ello analiza en primer lugar si estas Comisiones tienen validez conforme al Derecho norteamericano, donde efectivamente el art. 21 del antes citado Código Unificado de Justicia militar admite esas Comisiones, pero eso sí siempre que hayan sido creadas “by statute or by the law of war”. Respecto a lo primero era evidente, sin embargo, que Bush había creado esas Comisiones militares sin una autorización expresa del Congreso. No había, por tanto, una ley previa que legitimara esa creación presidencial, y ya desde el

punto de vista del Derecho interno americano esas “Comisiones” serían por tanto ilegales. Sin embargo, la Corte suprema se ocupa también de analizar si el “Law of war”, es decir, el Derecho de guerra, permite la creación de estas comisiones. Y tras un detenido análisis de los Comentarios especializados en esta materia llega a la conclusión de que ello sólo es posible en caso de “necesidad militar” y siempre que se den determinados requisitos, como que los hechos a enjuiciar se realicen en el escenario de hostilidades, o violando las leyes de guerra, etc., requisitos estos que no se daban tampoco en el caso de Hamdan que había sido detenido varios años antes y que, por tanto, no se encontraba en el momento de su enjuiciamiento en ninguna de estas condiciones. No obstante, algún Juez, como Thomas, discrepó de esta fundamentación, y en todo caso, como señaló expresamente el Juez Binter, la falta de autorización legal expresa podía subsanarse recurriendo el Presidente al Congreso y solicitando expresamente esta autorización, lo que efectivamente hizo más tarde y le fue concedida<sup>16</sup>.

La Corte se apoya también en el argumento de que el cargo de que se acusaba a Hamdan de “conspiracy” no entraba en el ámbito del Derecho internacional de la Guerra<sup>17</sup>, por no constituir una violación de las leyes de guerra, si bien este argumento fue rechazado por el Juez Thomas quien alegaba que los actos de que se acusaba a Hamdan, transporte y custodia de personas implicadas en ataques armados y, por tanto, de enemigos, eran una evidente contribución a la guerra. Sin embargo, aquí habría que tener en cuenta también el argumento frecuentemente discutido en el Derecho penal material de hasta qué punto “acciones neutrales” como la de ser chofer particular de un delincuente pueden estimarse como actos de participación en los delitos que el delincuente cometía. La Corte Suprema, al estimar por mayoría que la llamada “conspiracy” no entra en el ámbito del Derecho internacional de Guerra no se ocupa de este tema, pero no hubiera estado de más que en la argumentación disidente de Thomas se hubiera hecho alusión a este problema, sin duda importante para dirimir hasta qué punto acciones de la vida cotidiana que aparentemente son “neutrales” desde el punto de vista del Derecho penal pueden llegar a constituir formas de participación en acciones delictivas<sup>18</sup>.

16 Véase Military Commissions Act 17 octubre 2006.

17 Argumento principal esgrimido por Fletcher en su Brief a la Corte Suprema como “amicus curiae”, cfr. supra nota.

18 No puedo ocuparme aquí de esta cuestión, ni de hasta qué punto la actividad de Hamdan como chofer de Bin Laden podría encuadrarse

Pero en su sentencia de la Corte Suprema se ocupa también de otro tema para rechazar la argumentación de la Administración que me parece especialmente destacable: los defectos de procedimiento y la ausencia de garantías para el imputado que se contenían en la Military Order de 13 de noviembre del 2001. Una de las exigencias contenidas en el artículo 3 común apartado 1.d) de los Cuatro Convenios de Ginebra es, como ya se ha señalado, además de la legitimidad del tribunal juzgador que el proceso se lleve a cabo “con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”. Es evidente que esas garantías no se mencionan ni se enumeran expresamente en esta disposición, pero es evidente también que existen un buen número de preceptos del máximo rango, a nivel constitucional, en la mayoría de los Estados civilizados, así como importantes Convenios internacionales, en los que dichas garantías se reconocen y se enumeran expresamente, considerándolas derechos humanos fundamentales de cualquier imputado en un proceso penal. Y, por supuesto, están también recogidas en la Constitución de los Estados Unidos, que a través de sus diversas Enmiendas y de las decisiones jurisprudenciales de la Corte Suprema (como las “Miranda rules”), ha sido uno de los países pioneros en el reconocimiento y desarrollo jurisprudencial de las mismas. Por este motivo la Corte Suprema es especialmente sensible a los defectos procedimentales que observa en la Orden Militar, señalando varios que, a su juicio, invalidan la constitucionalidad de las decisiones que las mismas lleven a cabo.

Sin ánimo de exhaustividad citaré sólo algunos de los defectos señalados por la Corte Suprema. En primer lugar, la Orden militar permite que el acusado no esté presente en su propio juicio. En segundo lugar, prevé que se le pueda negar al acusado el acceso a determinadas pruebas, por razones de seguridad. En tercer lugar, se admiten pruebas que pueden tener un origen ilícito, o testimonios indirectos de referencia, etc.

La Corte no entiende por qué las alegadas razones de seguridad pueden llevar al extremo de negar al acusado derechos que se le reconocen en cualquier país civilizado, e incluso en los procesos penales militares, que deberían, en principio, servir de referencia a las Comisiones militares. Frente a estos argumentos dice en su voto disidente el Juez Alito, poco antes nombrado por el propio Presidente Bush para ese cargo, que esos defectos procedimentales podrían ser alegados luego por vía de recurso, y que ello no deslegitima en todo caso la propia existencia de la Comisión militar. Pero es evidente que se trata de dos cosas diferentes y que además el recurso que se reconoce en la Military Order al Tribunal del Distrito de Columbia es bastante limitado y sólo para condenas superiores a diez años de prisión o a pena de muerte<sup>19</sup>.

De todas formas muchos de los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema en contra de las Comisiones Militares y su procedimiento pronto se vieron desmontados por el propio Presidente Bush, quien acogiéndose a la posibilidad que le concedía la propia sentencia de la Corte Suprema de subsanar el defecto originario en la creación de estas Comisiones por no tener

en la categoría de al menos complicidad en las acciones terroristas llevadas a cabo. El análisis detenido de este tema rebasaría la extensión de este trabajo, pero no quiero dejar de señalar que muchas veces lo que se plantea aquí es un problema de la prueba del dolo del sujeto que realiza estas acciones “neutrales”, pues no cabe duda de que algo tan inocuo como vender un herbicida puede ser perfectamente un acto de complicidad en un asesinato, si el sujeto que lo vende sabe que va a ser empleado con esta finalidad (véase al respecto Muñoz Conde/ García Arán, *Derecho penal, Parte General*, 7. ed., Valencia 2007, p. 439, con referencias bibliográficas sobre el tema). También debe señalarse que en el Derecho continental, y sobre todo en algunos Códigos penales, como el alemán, el italiano o el español, la figura de la asociación ilegal, y la colaboración con grupos terroristas, cubre, a mi juicio a veces de un modo excesivo, muchas de estas acciones (cfr. por ej. art. 576 del Código penal de 1995, equivalente al art. 174 bis del anterior Código penal, que fue declarado inconstitucional por STC 20 julio 1999 no en base a su amplitud, sino al excesivo marco penal que tiene asignado; cfr. Muñoz Conde, Parte especial cit. nota 2, pp. 823 y 895).

19 Véase Bollo Arcena, ob. a. cit., pp. 25/26.

autorización del Congreso, rápidamente solicitó esa autorización que le fue concedida el 17 de octubre del mismo año 2006<sup>20</sup>. No puedo ahora detenerme en el análisis de esta nueva regulación de las Comisiones militares, que adolecen de muchos de los defectos procedimentales que ya tenía la anterior, por lo que no sería extraño que volvieran a plantearse de nuevo recursos ante la Corte Suprema. Pero probablemente con ello ya cuenta el propio Presidente Bush quien, de todos modos, con la autorización concedida y en tanto no haya otra decisión en su contra de la Corte Suprema, para lo que pueden pasar todavía algunos años, gana tiempo y puede seguir con su recusável política respecto al trato que reciben los presos de Guantánamo.

1. c) Y efectivamente esto es lo que ha sucedido cuando en junio del 2008 finalmente comenzó a celebrarse el primer juicio ante una de esas “Comisiones militares”, cuya constitucionalidad había ya determinado la Corte Suprema americana, pero que el Presidente Bush en rápida y hábil maniobra política había conseguido restablecer a partir de la autorización que le concedió el Congreso en el 2006.

Al amparo de esta nueva regulación durante los meses julio del 2008 se llevó a cabo finalmente el juicio contra Handam ante una Comisión militar en la Base de Guantánamo, y el 6 de agosto la citada Comisión militar lo condenó por “prestar apoyo material al terrorismo” a una pena de cinco años y medio de prisión. Es verdad que algunos cargos, como el de conspiración, finalmente no prosperaron, pero el núcleo de la acusación se mantuvo y la misma se mantuvo en base a pruebas que había sido obtenidas ilegalmente, y sobre todo a partir de interrogatorios en los que claramente se le habían infligido malos tratos e incluso se le había torturado, tal como denunciaron repetidas veces los abogados durante el juicio. La sentencia ha salido en todos los medios de comunicación y ha motivado justas críticas desde los más diversos sectores sociales, jurídicos y políticos, a nivel mundial, y también, por supuesto, en USA, pero, por supuesto, también han sido muchos, sobre desde el Gobierno de Bush, las que han saludado con beneplácito, aunque de todos modos y para evitar que Han-

dam sea puesto en libertad por haber cumplido ya la pena impuesta, han vuelto a recurrir a su tesis de que tanto Handam, como los demás detenidos en la Base de Guantánamo, pueden estar allí encerrados por tiempo indefinido, por tratarse de “enemigos combatientes”.

2. Lo que acabo de decir nos lleva a plantearnos una cuestión de más largo alcance, y que probablemente se puede haber planteado más de uno que haya seguido todo el largo y sinioso camino de las decisiones jurisprudenciales norteamericanas en relación con la situación de los presos de Guantánamo. La verdad es que, a pesar del claro varapalo que las mismas han supuesto para la Administración del Presidente Bush, la situación de dichos presos no ha cambiado. Y no sólo eso, es que además de que con el proceso contra Hamdan se han puesto ya en marcha las tan denostadas Comisiones militares, diariamente se siguen conociendo casos de abusos, de malos tratos y torturas que se dan en Guantánamo y en otros centros radicados fuera de los Estados Unidos como Abu Ghraig en Irak o Bugran en Afganistán, como es de suponer que se darán también o aún más en la “cárcel secretas” de la CIA esparcidas por el mundo, sitas en países colaboracionistas o en barcos, pero de cuya existencia nadie duda. Como tampoco cabe dudar, y está más que probado que durante los años sucesivos a la Guerra de Afganistán y a la invasión de Irak, son muchos los presos transportados clandestinamente a Guantánamo o a esas cárceles secretas, con la anuencia tácita de los países, cuyas bases aéreas se han utilizado para dichos transportes.

¿De qué sirven, pues, tantas decisiones al más alto nivel jurisprudencial en contra de estas situaciones si luego la Administración responsable de las mismas sigue sin tenerlas para nada en cuenta? ¿Y de qué sirve todo ese arsenal jurídico frente a los malos tratos y torturas que dan impunemente en esos centros y que, incluso, parece que dentro de ciertos límites se fomentan o se autorizan por la propia Administración como formas “lícitas” de interrogatorios para la obtención de datos en la lucha contra el terrorismo?

En un trabajo sobre la situación de los presos de Guantánamo (pero también en otros centros de detención situados fuera de los Estados Unidos, bien conocidos como Abu Ghraig y Bugran, y en otros lugares desconocidos sitos en algu-

20 Véase *infra* c).

nos otros países cuyos Gobiernos han consentido la existencia de cárceles secretas), es, por tanto, necesario ocuparse también de esta otra cara de la lucha contra el terrorismo; de una lucha feroz, inhumana, ilegal y oscura, que se lleva a cabo en los centros de detención por los agentes y funcionarios de los Estados Unidos empleando medios contrarios a los principios del Estado de Derecho y a las Convenciones internacionales sobre derechos humanos, y concretamente de la Convención internacional sobre la tortura que prohíbe su uso como forma de investigación y de prevención o castigo del delito, consista éste en actos terroristas o de cualquier otra naturaleza. Desgraciadamente, la utilización de la tortura, que parecía había sido ya desterrada definitivamente, al menos oficialmente, del panorama jurídico de los pueblos civilizados, como medio de investigación policial, como medio probatorio en el procedimiento penal y como forma de tratamiento y castigo del recluso en el ámbito penitenciario, renace en estos Centros de detención con una fuerza inusitada, y lo que es peor, no ya como una realidad ilegítima, carente de toda base jurídica, sino con el apoyo de juristas, de polítólogos, de especialistas en la lucha antiterrorista, y por supuesto de muchos políticos. Esta es, a mi juicio, una de las consecuencias más graves de cuantas ha producido la nefasta política norteamericana en su lucha contra el terrorismo a partir del lamentable suceso del atentado del 11 de septiembre del 2001.

La tortura como forma de investigación, a través de la obtención de pruebas mediante la confesión, y como forma de castigo, es conocida desde antiguo en todos los pueblos y culturas. Pero poco a poco, y en la medida en que se fueron refinando los medios de control y dominación de unas personas sobre otras, fue siendo sustituida por otras formas más sutiles de control. Como dice Foucault, el sistema fue cambiando en función de la transformación del cuerpo social entero, pasando de controlar el cuerpo a controlar el alma<sup>21</sup>. Fueron así desapareciendo paulatinamente del catálogo de penas las penas corporales siendo sustituidas por la prisión, y del sistema de los medios probatorios se erradicó la tortura como forma de conseguir la confesión. A ello contribuyeron sin duda las brutalidades a que daba lugar, incompatibles con el espíritu de la Ilustración del siglo XVIII donde pronto surgieron voces destacadas en pro de su abolición<sup>22</sup>.

Pero la tortura de hoy no es sólo una forma de provocar dolor físico, sino también moral, humillando o vejando al torturado, aun sin incidir directamente sobre su cuerpo, con técnicas cada vez más refinadas que tienen incluso mayor eficacia que la propia tortura física. Y precisamente esto es lo que caracteriza las modernas formas de interrogatorio que, según todo tipo de pruebas e informes reconocidos por las propias autoridades estadounidenses, se practican con los presos de Guantánamo y otras cárceles y prisiones en las que se encuentran internados sobre todo presuntos terroristas, ex combatientes de la Guerra de Afganistán o de Irak. Si como decíamos en los epígrafes anteriores es ya de por sí intolerable la situación de exclusión, de “limbo jurídico”, en la que se encuentran estos reclusos, mucho

21 Véase Foucault, *Vigilar y castigar*, 3. ed., Madrid 1982.

22 Desde Beccaria hasta uno de sus contemporáneos Pietro Verri, autor de unas *Observaciones sobre la tortura*, fueron ya muchos los ilustrados de la época que rechazaron la tortura. Véase también la breve narración del célebre novelista italiano del siglo XIX Alessandro Manzoni, nieto por cierto de Beccaria, “*Storia della colonna infame*” (1842), en la que se narra un hecho sucedido en Milán en el siglo XVII, en el que unas personas fueron acusadas de esparcir la peste por la ciudad, untando las puertas de las casas con ciertos ungüentos, siendo torturadas y posteriormente ejecutadas. Véase también la narración de la ejecución del regicida Damiens, con la que comienza Foucault su obra *Vigilar y castigar*, antes citada. Sobre la historia de la tortura sigue siendo fundamental la obra de Francisco Tomás y Valiente, *La tortura en España*, 2. ed. 1994.

más lo es que esta anómala situación jurídica vaya acompañada de una serie de tratos inhumanos y degradantes que claramente violan la prohibición de tortura y malos tratos de los prisioneros de guerra recogida en el apartado 1.a) y c) del artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra, y en la Convención internacional contra la tortura, por cierto ratificada por Estados Unidos en 1994.

Las pruebas de que en estos centros ha ocurrido y está ocurriendo este tipo de cosas son más que evidentes, han salido en todos los medios de comunicación y la propia Administración norteamericana lo ha admitido. Se han documentado hasta 24 formas de torturas en los interrogatorios, el famoso “tercer grado” del que nos hablaban en las películas de serie negra de los años 40: Desde azuzar perros de gran tamaño y agresivos contra los reclusos como forma de intimidarlos, hasta someterlos a inmersión bajo el agua creándoles la sensación de muerte por ahogamiento, pasando por exponerlos durante mucho tiempo a bajas o a altas temperaturas en lugares cerrados, sin ninguna ventilación, dejando que se hagan sus necesidades fisiológicas encima sin permitirles asearse durante mucho tiempo, someterlos a interrogatorios continuados durante muchas horas, interrumpirles continuamente el sueño, poner música a gran volumen, hacerles que se desnuden y obligarles a adoptar posturas humillantes, simular ejecuciones disparándoles en la cabeza con pistolas de fogeo, amenazando con provocarles daño o matar a seres queridos, a los que hace ya años no ven, etc., etc. Todo ello sin contar otras formas de tortura

menos sutiles y más clásicas, como simplemente golpearles, aplicarles corrientes eléctricas en los testículos, inyectarles sustancias que alteran su comportamiento, o recluirlos durante semanas en celdas de aislamiento con una luz permanente<sup>23</sup>. El laboratorio del Dr. Mabuse, o cualquier otro laboratorio de horrores, incluyendo el de los campos de exterminio nazis, como el de Auschwitz, se quedan en pañales si se les compara con los centros de tortura de Guantánamo o Abu Ghraig.

Es verdad que muchos de estos hechos son excesos individuales de algunos guardianes que en algún caso (más bien pocos) han sido sancionados penal o disciplinariamente<sup>24</sup>. Pero son las propias condiciones de vida en estos centros las que ya de por sí constituyen un trato vejatorio o humillante de los reclusos y, por supuesto, las que fomentan los excesos que cometen esos guardianes. Existen además en estos casos tácticas psicológicas de autojustificación, que van acompañadas de la aprobación y del apoyo externo de los superiores que dan las órdenes, de los políticos que dan las directrices y que quieren resultados concretos para emplearlos en la lucha contra el terrorismo, incluso de instancias religiosas, que despejan cualquier duda moral que pueda tener el torturador para que no flaquee en su “lucha contra el imperio del mal”. A veces ni siquiera eso es necesario, porque los que torturan son simplemente “verdugos voluntarios”, degenerados morales, psicópatas sádicos, que disfrutan provocando dolor, y a los que encima se les fomenta la satisfacción de sus bajos instintos premiándoles económicamente o ascendiéndoles en sus carreras, o simplemente garantizándoles la más absoluta *impunidad*. No hay nada más penoso que admitir que un Estado de Derecho, o cualquier otra institución mínimamente civilizada, pueda utilizar para su defensa a sujetos de esta clase, y con este tipo de prácticas inhumanas.

Y, sin embargo, no sólo se reconoce que es así, sino que, por motivos de seguridad, se considera necesario seguir autorizando, con más o menos restricciones, este tipo de prácticas, y a pesar de la evidencia de la inhumanidad de las mismas, la Administración Bush se niega categóricamente a prohibirlas. E incluso al más alto nivel el que fue su Ministro de Justicia o Fiscal General, Alberto Gonzales, ha dado una serie de instrucciones para que se regule este

23 Estos datos se encuentran en muchas publicaciones e incluso en documentos oficiales de la propia administración norteamericana, véase, por ejemplo, el Informe del Colegio de Abogados de Nueva York, o el del Senador John McCain. Una detenida exposición de estos informes, la mayoría de los cuales se pueden encontrar en Internet, contiene el interesante trabajo de Luis Salas, *Terrorismo e iustizia penale negli Stati Uniti d’America*, recogido en el libro colectivo “Delito político e diritto penale del nemico” cit. nota 4, pp. 323 a 331. Ver también Greenberg/ Dratel (eds.), *The torture papers: The road to Abu Ghraig*, Cambridge 2005.

24 Cfr. Luis Salas, ob. u. cit., p. 329, que cita algunos de estos casos: “De los policías militares que aparecieron abusando prisioneros en Abu Ghraig, uno fue sentenciado a 10 años de prisión, otro que se declaró culpable fue sentenciado a 8 años de prisión, un miembro de la inteligencia militar fue sentenciado a 8 meses de encarcelamiento, otro policía militar fue sentenciado a un año de encarcelamiento, y otros están pendientes de juicio”.

tipo de prácticas como un medio adecuado para la lucha contra el terrorismo, señalando al mismo tiempo que las normas de la Convención de Ginebra (recuérdese el artículo 3 común) que prohíben la tortura y los tratos degradantes “han quedado obsoletas” y en ningún caso son vinculantes para los soldados norteamericanos<sup>25</sup>. Es verdad que entre muchos políticos americanos estas palabras han causado escándalo y sonrojo, sobre todo si se tiene en cuenta que el Senador McCain, actual candidato republicano a la Presidencia, cuando estuvo prisionero en la Guerra de Vietnam fue objeto de torturas, y movido por esa experiencia ha desencadenado una campaña en contra de la práctica de la tortura en los interrogatorios y centros de detención norteamericanos. No obstante, otras instituciones encargadas directamente de la lucha antiterrorista, como la famosa y temida CIA y algunos estamentos militares, han reconocido que emplean muchos de estos tratos prohibidos en los interrogatorios de los reclusos de Guantánamo y de otros sospechosos de terrorismo. Prácticamente, lo único que se discute en estos momentos es el tipo de técnicas de interrogatorio que se puede emplear y hasta dónde se puede llegar, señalándose en este sentido a modo de conclusión en uno de los Informes elaborados por dos de los asesores del Fiscal general, que el dolor físico solamente constituye tortura si causa “la muerte, fallo de órganos, o impedimentos serios de las funciones corporales”<sup>26</sup>; todo lo demás está permitido. Nada extraño, pues, que el Presidente Bush se haya negado una vez más, en marzo y en mayo del 2008, a que se den a conocer las técnicas de interrogatorio que practican los agentes de la CIA.

Todo este movimiento político a favor de la tortura ha ido acompañado en los últimos años, tanto en los Estados Unidos como en otros países, del desarrollo paralelo de un discurso tendente a justificar su utilización en algunos casos extremos y como una forma eficaz y admisible jurídicamente de luchar contra el terrorismo<sup>27</sup>. Pionero en esta tendencia ha sido el famoso Profesor de Derecho de la Universidad de Harvard y famoso abogado defensor en algunas causas célebres como la de O.J. Simpson y Mike Thyssen, Alan Dershowitz. En el año 2001 y tras una gira de conferencias por Israel, donde él mismo confiesa que se sintió abrumado sin saber qué responder cuando le preguntaron su opinión sobre qué es lo que había que hacer cuando se detenía a un terrorista que había puesto una “bomba de relojería” (“ticking-time-bomb”) a punto de estallar y no se tenía otra forma de encontrarla y desactivarla que “sacándole” por la fuerza esa información, y a la vista de la reciente jurisprudencia creada por aquel entonces por el Tribunal Supremo de Israel en relación con la posibilidad emplear en los interrogatorios un “cierto grado de coerción física” para obtener información sobre posibles atentados terroristas, reflexionó posteriormente sobre el tema y a su vuelta a los Estados Unidos escribió un libro *Why Terrorism Works*<sup>28</sup> (¿Por qué funciona el terrorismo?), en el que llega a la conclusión de que un cierto grado de coerción, literalmente tortura controlada, puede ser admisible en algunos

25 Las palabras de Alberto Gonzales emitidas en un dictamen (Memorandum for the President) han sido recogidas en todos los medios de comunicación y se pueden encontrar fácilmente en Internet. Una buena información al respecto, con abundantes referencias a la discusión habida en el seno de la Administración americana sobre esta materia, recoge Luis Salas, ob.cit., pp. 323 a 331.

26 Citado por Salas, ob. cit., p. 326.

27 Cfr. Michael Welch, “The re-emergence of torture in political culture: Tracking its discourse and genealogy”, en *Capítulo Criminológico, Revista de las disciplinas del control social*, Universidad del Zulia (Venezuela), vol. 35, núm. 4, octubre -diciembre 2007, pp. 471 ss.

28 Alan Dershowitz, *Why terrorism works*, Yale University Press, 2002.

casos. El libro comienza con un ataque directo a las Convenciones de Ginebra y a la Convención internacional contra la tortura, a las que considera “más como un obstáculo, que como una forma de solución del problema”, y propone claramente la práctica de una “tortura controlada” no directamente letal, y bajo la supervisión de un tribunal de justicia que diría hasta dónde se puede llegar. Igual que en la Inquisición. Naturalmente, también justifica los llamados “asesinatos selectivos” y otras formas más o menos contundentes para luchar eficazmente contra el terrorismo. En una palabra, para Dershowitz, el terrorismo funciona porque el Estado no sabe contraatacar con sus mismas armas, luego la solución es que el Estado actúe también contra los terroristas (o contra los que sospeche que puedan serlo) con las mismas armas de terror que éstos emplean contra él. Es decir, frente al terrorismo contra el Estado, el terrorismo de Estado. *Tertium non datur*.

Afortunadamente, su propuesta no ha sido muy bien recibida en los medios jurídicos académicos americanos y ha provocado muy agudas y fundadas críticas, de las que no podemos ocuparnos aquí en estos momentos. Pero es una buena muestra de cómo en algunos medios académicos americanos la “cruzada contra el terrorismo” enarbolada por el Presidente Bush (y en el caso de Dershowitz la sensación de continua amenaza terrorista islamista que se vive en Israel) ha calado hondo y está encontrando eco en personas que objetivamente y en teoría deberían estar más a favor de los principios constitucionales y del respeto a los derechos humanos de lo que suele estarlo el ciudadano medio (¿aceptaría el gran abogado Alan Dershowitz como prueba contra alguno

de sus famosos clientes la confesión de uno de ellos obtenida mediante tortura?).

Pero las argumentaciones de Dershowitz, por demagógicas y populistas que puedan parecer, han prendido también en la vieja Europa, y concretamente en Alemania, donde un caso de delincuencia común (el secuestro y posterior asesinato de un niño dio lugar a que el Jefe de la Policía autorizara a amenazar con torturar al sospechoso que luego resultó ser el autor del secuestro, aunque de este modo no se pudo salvar la vida del niño que ya había sido asesinado<sup>29</sup>) desencadenó una polémica similar a la que desencadenó el libro de Dershowitz en Estados Unidos, que luego se ha extendido también a otros casos relacionados con el terrorismo (el derribo de un avión con pasajeros inocentes que ha sido secuestrado por terroristas que lo dirigen a estrellarse contra un objetivo militar)<sup>30</sup> y con el ejemplo de la “ticking-time-bomb”. Por razones de tiempo no puedo ocuparme aquí de los argumentos que se esgrimen en estos casos para autorizar el empleo de la tortura (o en el caso del avión secuestrado, su derribo para impedir que se estrelle contra un objetivo militar). El argumento básico es, desde luego, siempre el *estado de necesidad*, el conflicto de deberes y la ponderación de los intereses en juego. No cabe duda de que los casos más extremos siempre serán objeto de discusión y difícilmente se llegará a un acuerdo, sobre todo si se analizan desde el prisma de la distinción tan cara a la Dogmática penal alemana entre Justificación y Exculpación, porque lo que desde el punto de vista individual puede llegar a constituir una causa de exculpación por miedo insuperable o cualquier otra causa de inexigibilidad que excepcionalmente impedirían reprocharle al sujeto la acción que realizara en una circunstancia tan extrema, pretende convertirse de forma general e incluso reconocida legalmente en una “licencia para matar” (o para torturar). Es como si la reacción humana y lógica del padre que se abalanza contra el asesino y violador de su hija pequeña intentando matarlo, la convirtiéramos en una especial causa de justificación reconocida expresamente en la ley que autorizara a todos los padres de los menores asesinados a que mataran o torturaran a su vez al asesino de sus hijos. Se trata, por supuesto, de una paráfrasis que difícilmente puede ser trasplantada a los casos de tortura sistemática de los presuntos o

29 Sobre este caso y sus implicaciones jurídicas materiales y procesales penales, véase Claus Roxin, “¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?” A. cit. Más recientemente sobre el tema de la tortura en la literatura alemana, véanse Reinhard Merkel, “Folter und Notwehr”, en *Festschrift für Jakobs*, 2007, p. 375; Manfred Seebode, “Folterverbot und Beweisverbot”, en *Festschrift für Harro Otto*, 2007, p. 999.

30 El Tribunal Constitucional Federal alemán declaró en el año 2006 como inconstitucional la disposición de la Ley alemana de seguridad aérea que permitía el derribo del avión secuestrado. Ello provocó grandes polémicas políticas y jurídicas que aún siguen latentes. Véase al respecto Josef Isensee, „Leben gegen Leben, Das grundrechtliche Dilemma des Terrorangriffs mit gekapertem Passagierflugzeug”, en *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007, p. 205.

31 Véase, por ejemplo, *Die Tageszeitung*, lunes 14 de enero 2008: "Folter nicht ganz ausgeschlossen", donde con grandes titulares se recoge la noticia y se incluye un comentario de su colaborador Christian Rath.

32 Günther Jakobs, "Diritto penale del nemico?", una analisi sulle condizioni della giuridicità", en *Delitto politico* cit. nota 4, pp. 128/129 (se trata de la versión italiana realizada por Luigi Corraccchia de un artículo que Jakobs ha publicado también en Alemania y otros países y del que hay también traducción española). Como ya se ha dicho en una nota anterior, las teorías de Jakobs no han tenido un gran respaldo académico e incluso han sido rechazadas expresamente por sectores de la praxis alemana, sobre todo por los abogados defensores que en su Congreso celebrado en Frankfurt am Main en marzo del 2006 rechazaron expresamente sus planteamientos por ser contrario al derecho a la defensa y al Estado de derecho (una crónica de este Congreso se contiene en la segunda edición de mi libro *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo* ant. cit. recogida también en *Revista Penal* 2005). También desde el punto de vista de los medios de comunicación, la tesis de Jakobs ha sido fuertemente criticada por Prantl, *Der Terrorismus als Gesetzgeber. Wie man mit Angs Politik macht*, 2008. Recientemente, en la doctrina española, la Profesora de Derecho penal y Letrada del Tribunal Constitucional, Teresa Rodríguez Montañés en un trabajo publicado en la *Revista de Pensamiento Jurídico Teoría & Derecho*, núm. 3, 2008, p.99 ss., bajo el título "Terrorismo, enemigos y tortura", ha denunciado este planteamiento que, en su opinión, podría incluso llevar a legitimar la tortura como medio de obtener pruebas contra los terroristas, lo que conculcaría todos los principios del Estado de Derecho, empezando por el principio *nemo tenetur*. Y como prueba de que la nulidad de una prueba derivada del empleo de tortura puede abarcar casos en los que directamente no se realiza ésta, sino simplemente no se investiga adecuadamente la denuncia que hace el presunto torturado de haber sido objeto de tortura, cita una sentencia del Tribunal Europeo de Derecho humano de 2 noviembre 2004, en la que se anuló una con-

reales terroristas. Con ello no estoy diciendo ni mucho menos que habría que conceder por lo menos y ya a priori una causa de exculpación al funcionario público o autoridad que torture a un terrorista para sacarle cualquier información valiosa en la lucha contra el terrorismo, porque no se dan en este caso generalmente las razones de urgencia y la angustia personal que se da cuando el sujeto resulta directamente afectado, y porque la mayoría de las veces la tortura se produce de una forma rutinaria, como cualquier otra actividad que desarrolle profesionalmente el funcionario que la practica, que luego se va tranquilamente a su casa a ver la televisión, a partir cómodamente con su familia o comentar con sus amigos en el bar de la esquina los resultados del campeonato de *baseball*.

La reacción de rechazo que produce, por ejemplo, en los medios alemanes la posibilidad de admitir la tortura aun en casos extremos la demuestra el hecho de que en marzo del 2008, se suspendió el nombramiento, ya acordado por los partidos políticos, del Profesor Horst Dreier como Magistrado del Tribunal Constitucional Federal alemán, porque en unos Comentarios a la Ley Fundamental de Bonn, dirigidos por él, mantiene que no puede ser del todo excluida la aplicación del principio de la colisión de deberes como causa de justificación en los casos de tortura cuando se trata de salvar la vida de un inocente<sup>31</sup>. Sin embargo, menor conmoción han despertado las declaraciones de otro Profesor alemán, que sin duda tiene menos proyección política, pero que goza de merecida fama en el ámbito de la Dogmática jurídico penal. Me refiero al Profesor Günther Jakobs, Catedrático emérito de Derecho penal en la Universidad de Bonn, quien en sus conocidas tesis sobre la necesidad de admitir un Derecho penal del enemigo frente entre otros a los terroristas, dice respecto a la tortura lo siguiente<sup>32</sup>:

"Ciertamente puede ser necesario que la fuerza con la que se exige el cumplimiento de las obligaciones se convierta de entrada en algo que se puede llamar tortura, un modo de actuar que despersonaliza al sujeto pasivo de la tortura. Éste sería el ámbito de la relación con el enemigo. Un Estado que admite que se debe derribar un avión con ocupantes inocentes no puede conceder todas las garantías del Estado de Derecho a los culpables. En otras palabras, las víctimas potenciales del derribo tienen una pretensión legítima frente al Estado a que este intente evitar con todos los medios que se llegue a esta situación de necesidad. Todavía una vez más, con otras palabras, en *Derecho* existe una prohibición absoluta de la tortura, que es el contenido conceptual puro y simple del Derecho; pero el problema se plantea de modo diverso, es decir, en los siguientes términos: Si el Estado puede permanecer en *Derecho* siempre y frente a todos.

Una cuestión completamente diversa es si admitir todo lo que es posible no contrasta con un deber derivado de la racionalidad. El peligro de un abuso puede ser excesivamente elevado –no me detengo ulteriormente sobre este perfil. He hablado de las condiciones de la juridicidad y con ello también de sus límites, no de la *praxis política*".

Lo menos que se puede decir de este párrafo de Jakobs es que es ambiguo. Desde luego si se mira su afirmación desde el punto de vista del trato que reciben en estos momentos los presos de Guantánamo y de las tácticas en los interrogatorios que practican los agentes de los servicios secretos o militares norteamericanos con los sospechosos de terrorismo, no cabe duda de que el Estado más poderoso militarmente del mundo no permanece precisamente en el ámbito del Derecho. Más bien sucede lo contrario, y con ello se coloca en la situación de un Estado de No Derecho. En Alemania se emplea esta expresión, que en alemán se escribe “Unrechtsstaat”, para denominar al Estado creado por el régimen nazi en 1933 y que se prolongó hasta 1945. Las consecuencias que produjo ese Estado para su propio país, y para otras naciones del mundo, son conocidas: la Segunda Guerra Mundial, con sus casi cincuenta millones de muertos, los horrores de los campos de exterminio, el Holocausto y el exterminio de millones de personas. Y estas consecuencias que todavía hoy están en la memoria de todos nos deben llevar a reflexionar un poco más detenidamente sobre qué es lo que se quiere decir cuando se afirma que “el Estado no siempre se atiende o permanece en el Derecho”. Si se trata de la descripción de una realidad, Guantánamo es, desde luego, un ejemplo viviente y lacerante de este modelo de Estado, como lo fueron en su día Auschwitz o Birkenau, y como lo son tantas y tantas otras atrocidades que se han cometido en

el mundo en nombre de la Razón de Estado. Pero si de lo que se trata es de justificar todo lo que el Estado considere conveniente, útil o funcional para sus intereses, sin ningún tipo de límites o referencias valorativas, para conseguir la “seguridad cognitiva”, que otros llaman “seguridad nacional” o “políticas securativas”, entonces se debe decir claramente que el Estado de Derecho deja de serlo para convertirse en un Estado de No Derecho, y que el Derecho penal del Estado de Derecho con todas sus garantías deja el paso libre a un Derecho penal del enemigo con muy pocas o sin ninguna garantía, asumiendo claramente las consecuencias que de todo ello se derivan. Este es el peligro que, en el fondo, siempre anida en cualquier construcción jurídica teórica que pretendiendo ser meramente descriptiva, puede terminar prescindiendo de cualquier referencia valorativa mínimamente humanitaria, como es la prohibición de la tortura, y justificar desde una perspectiva funcionalista cualquier exceso que se cometa en nombre de la Razón de Estado. Desde luego si algo demuestra la Historia y particularmente la Historia del Derecho es que la cultura y la más refinada técnica jurídica no siempre son incompatibles con la más cruel barbarie. Ciertamente los juristas, como los intelectuales en general, no pueden impedir la barbarie, pero si negarse a justificarla, o a presentarla como una exigencia de la razón. A veces, como reza el título del famoso aguafuerte de Goya, “el sueño de la razón produce monstruos”.

dena pronunciada por un Tribunal español, no porque quedara probado que el demandante había sido torturado, sino porque no se investigaron adecuadamente las quejas y denuncias que éste hizo al respecto. Y en este sentido también cita una sentencia del Tribunal Constitucional español (224/2007) , en la que por la vía del derecho a la tutela judicial efectiva, recogido en el art.24, CE, se reconoce que se viola este derecho cuando no se investigan suficientemente los malos tratos o denuncias de tortura realizadas por un detenido. Pero en lo que se refiere al hecho mismo de la tortura, Rodríguez Montañés menciona otra sentencia del mismo Tribunal en las que se anula una condena que se había basado en pruebas obtenidas mediante torturas, como por ejemplo, la 7/2004, de 9 febrero, en la que se da la particularidad de

que aunque en la declaración de los detenidos ante el Juez ya no hubo torturas, el hecho probado de que sí las hubo durante la detención policial, determina la nulidad también de la declaración ante el Juez, que se hizo acto seguido de la realizada ante la policía, después de un período de incomunicación. Y es que como resalta Rodríguez Montañés (lug. cit., p.114), lo verdaderamente destacable de esta sentencia no es que la declaración ante el juez sin tortura tenga una conexión de antijuridicidad con la realizada bajo tortura ante la policía, sino que la declaración ante el juez misma es nula “en la medida en que la existencia de éstas (las torturas previamente ejercidas) impide considerar materialmente garantizadas la libertad de actuación y las posibilidades de autodeterminación del declarante”.

# El acceso a la justicia como garantía del derecho de defensa de las personas afectadas en su salud mental

Por Gonzalo López y Gabriel Fava\*

**Una mirada del nuevo paradigma en discapacidad y salud mental a la luz de las herramientas del fuero penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De la declaración legislativa a los mecanismos concretos de protección**

*“Para que pueda florecer un sueño, primero tiene que haber un árbol, y para que una persona pueda ser feliz, primero tiene que ser persona.”*  
Saint-Exupéry, Antoine, Ciudadela.

## I. Introducción

Cuando una persona con padecimiento mental se encuentra involucrada en un proceso penal rige un cuerpo normativo específico de protección de derechos humanos por su condición de sujeto con discapacidad y vulnerable.

La sanción de la ley N° 26.657 (Ley Nacional de Salud Mental), representa, en el ámbito específico de la salud mental, la concreción de estos derechos humanos. Con ella se intenta asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, como también el pleno goce de los derechos humanos de aquellas personas que tengan padecimiento mental. Esta ley nacional se encuentra enmarcada dentro de la construcción de un incipiente modelo de salud que intenta superar las viejas respuestas de cortes tutelares o, aún peor, de corte netamente biologicistas para partir del reconocimiento de la persona en su integridad bio-psico-social y espiritual.

Ahora bien, si bien reconocemos que esta nueva ley implica un cambio de paradigma concreto con el modelo de protección anterior, entendemos que solo establece un marco de protección para que, por medio de mecanismos precisos de protección, se efectivice el pleno goce de los derechos humanos de personas con padecimientos mentales.

De allí que nos resulta necesario entender que, en los casos en que los afectados en su salud se encuentran imputados en procesos penales, ellos necesitan herramientas adecuadas y especializadas para ejercer materialmente su derecho de defensa a fin de que no se tornen ilusorios los derechos que la Ley Nacional de Salud Mental intenta proteger.

Sobre la base de este esquema, en primer lugar, se describirá brevemente el concepto de hombre en la modernidad, partiendo desde una perspectiva histórico-filosófica y siguiendo la posición cartesiana. Mostraremos cómo, en la modernidad, se construyó un concepto de hombre que debe ser signado por la

\* Gonzalo Andrés López es abogado (UBA), se desempeña como Prosecretario Coadyuvante de la Asesoría Tutelar de Primera Instancia N° 1 del fuero en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA. Está finalizando la Especialización en Administración de Justicia (UBA), es maestro en Problemáticas Sociales Infanto-Juveniles (UBA), ha ingresado por concurso como ayudante de segunda en la materia “Teoría General del Derecho”, en la cátedra del Dr. Guibourg, comisión a cargo de la Dra. Diana Cañal (UBA) y desde hace varios años es colaborador en la materia “Fundamentos de los Derechos Humanos” en la cátedra del Dr. Héctor Negri (UBA). Gabriel Carlos Fava es abogado (UBA), se desempeña como Secretario int. de la Defensoría Oficial N° 2 ante la Cámara de Apelaciones del fuero en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA. Ha realizado un curso postgrado sobre “Solución alternativa de conflictos” en la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM-España), está finalizando la Especialización en Derecho Penal (UBA), ha ingresado por concurso y se desempeña desde hace varios años como ayudante de segunda en la materia “Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal”, en la cátedra del Dr. Hendler, comisión a cargo del Dr. Diego Zysman (UBA). A su vez, ambos finalizaron los módulos pedagógicos correspondientes a la Carrera Docente (UBA).

razón para considerarlo “normal” y no depositarlo en una institución de encierro.

En la segunda parte, pondremos énfasis en las normas de derechos humanos que rigen en el cambio de paradigma que implicó la sanción de la nueva Ley Nacional de Salud Mental y su reglamentación, mostrando cómo se ha logrado, al menos formalmente, dejar atrás el viejo esquema tutelar para reemplazarlo por uno nuevo basado en el consentimiento y en el verdadero respeto por la dignidad y, en consecuencia, por los derechos humanos de las personas afectadas en su salud mental.

En la tercera parte, se analizará el acceso a la justicia como garantía previa e integradora del derecho de defensa, para luego analizar con qué herramientas concretas se cuentan en el fuero penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para lograr que se cumpla lo que esa normativa protege.

Finalmente, se verá cómo resulta necesaria la implementación de mecanismos determinados que doten de efectividad a la Ley de Salud Mental y a todo el cuerpo normativo de derechos humanos, para que las personas afectadas en su salud mental involucradas en un proceso penal puedan, en primer lugar, acceder a la justicia para después ejercer con plenitud su derecho de defensa.

## **II. El concepto de hombre en la modernidad. La construcción de la razón**

Con el comienzo de la modernidad se construyó el concepto de hombre asociado a la idea de un individuo autosuficiente. En ese momento histórico, los intelectuales de la época dejaban atrás las ideas oscuras imperantes durante la Edad Media. Se quiso dejar en el olvido la idea de un hombre frágil, dependiente del grupo al que pertenecía o dependiente de un dios. Surgió la figura de un hombre fuerte, solitario y poderoso.

Marcelo Raffin explica el “origen” del hombre en la modernidad del siguiente modo:

La modernidad necesitó de una idea clave que pudiese sostener su pilar central. He aquí el origen del hombre. Y he aquí el origen de todos los discursos que se generaron alrededor de los ejes del nuevo tiempo, de las partículas que lo ponían en funcionamiento, de los átomos pensantes que adquirían un valor por sí mismos como nunca antes habían conocido en la historia considerada común a un género y que se denomina, para sentirse reconfortado, “de la humanidad”. [...] De ahora en más, lo que se denomina “el hombre” ya no pertenece al refugio del señor, de la oración, de la guilda y ni siquiera del castillo. Se vuelve libre y solo, aislado del resto y de las totalidades. Un drama que aún no llegó a su fin comienza en el siglo XVI. La historia del nuevo paradigma no es otra que la de nuestro mundo. (Raffin, 2006:67)

René Descartes es un pensador fundamental para comprender cómo comenzó esta construcción que, con variaciones, se mantiene vigente en la actualidad.

El sujeto moderno occidental ha tratado de encontrar en su propia realidad individual la manera de llegar al otro. René Descartes, en el siglo XVII, ha construido la idea de un “yo” fundamental, autosuficiente. Un “yo” recluido en su propia realidad. Así, el otro se presenta como algo exógeno, como algo a lo que se llega, utilizando el método adecuado, desde el seno de la razón solitaria.

Ante la presencia de otra persona, el individuo cartesiano duda, en principio, de que lo que se le presenta sea un hombre. La duda, en Descartes, es el punto de partida de todo pensamiento. Ante la presencia de otro hombre, Descartes duda de su condición humana<sup>1</sup>.

Según su método, se debe dudar de todo lo que pueda dudarse. Así, ese otro que se presenta es externo y para poder descubrir que es un verdadero hombre tiene un primer punto de apoyo: existe un yo pensante (*res cogens*) como única realidad cierta e indubitable. Mientras piensa, el sujeto sabe que es, que existe. Todo lo que está por fuera del yo pensante, incluso su propio cuerpo (*res extensa*), es dubitable.

Puede observarse, entonces, que en la concepción antropológica cartesiana se considera que el propio cuerpo es una cosa, cuya realidad tiene que ser inferida por el yo pensante. El cuerpo, entonces, debe ser inferido desde el yo pensante y es, en principio, ajeno a toda actividad de este (Descartes, 2004:124-126).

Hasta aquí expusimos que Descartes, en

1 En *Meditaciones metafísicas*, Descartes plantea: “[L]a casualidad hace que mire por la ventana a unos hombres que pasan por la calle, a cuya vista no dejo de exclamar que veo unos hombres [...] y, sin embargo, ¿qué es lo que veo desde la ventana? Sombreros y capas que muy bien podrían ocultar máquinas artificiales, movidas por resorte. Pero juzgo que son hombres y así comprendo, sólo por el poder de juzgar, que reside en mi espíritu, lo que creía ver con mis ojos” (Descartes, 2004:130).

primer término, desde un yo pensante imagina a su cuerpo como una extensión maquinal y que duda de todo lo exterior a él (incluso de su cuerpo). Ahora bien, aquí es donde nos podemos preguntar cómo el ego cartesiano se puede enfrentar la cuestión de la alteridad, a la existencia del otro.

Dado un ente, un cuerpo semoviente con forma humana, la postura cartesiana nos dirá que debemos averiguar si ese cuerpo es un verdadero hombre o una máquina que imita sus acciones. Dudando, primero, de su existencia, y luego de su condición, Descartes en su *Discurso del método* propone dos técnicas para disipar la duda acerca de si ese ente que se nos aproxima es o no un hombre (Descartes, 2004:76).

La primera de ellas es reconocer la expresión verbal del sujeto. Descartes sostiene que una máquina que imita a un ser humano jamás podría usar las palabras tal como lo hace un verdadero hombre para declarar a los demás sus pensamientos. Entiende que, aun cuando una máquina profiera palabras, nunca podrá utilizar las palabras de modo tal para responder coherentemente, como puede hacerlo cualquier ser humano.

La segunda técnica que propone el autor es identificar la razón universal. Descartes entiende que incluso cuando una máquina antropomórfica pudiera realizar ciertas actividades mejor que un hombre, se equivocaría en otras, en tanto no obra con conocimiento, sino tan solo con la disposición de sus piezas. Así, resultaría imposible que una máquina pueda obrar como un hombre en tanto carece de razón. La capacidad de razonar, entonces, se torna fundamental al momento de distinguir un hombre de un conjunto de resortes.

De este modo, el otro, al igual que yo, es capaz de conducirse razonablemente, en tanto posee la misma razón universal que yo. Así, el otro es una sede individual, corpórea y racional.

Luego de la utilización de estas técnicas, Descartes llega a la conclusión de que el otro que se aproxima no es una máquina que emula a un hombre. Es un yo pensante situado fuera de mí. Es un ente análogo a mí.

Pues bien, la teoría antropológica cartesiana distingue un yo fuerte que define como hombre a un otro débil. De este modo, el otro parece alejarse del originario yo pensante, pues primero este debe definir su cuerpo, para luego llegar al otro yo pensante. No parece que el descubrir la humanidad del otro sea un acto de certeza asimilable al originario “*cogito, ergo sum*”. Por el contrario, pareciera que los niveles de certeza se van debilitando a medida que nos alejamos del primigenio yo pensante.

El solipsismo presentado por Descartes permite distinguir a dos tipos de otro: un sujeto que reviste cualidades análogas a las mías y aquel diferente a mí.

Del primero se puede decir que es aquel con el que me puedo relacionar, que no entraña peligro, con el que comparto el mismo lenguaje, con el que puedo contratar. En cambio, el otro distinto representa una promesa de daño, es un otro anormal, peligroso, salvaje, loco, delincuente, inmoral.

Así, se infieren dos características que definen la humani-

dad del otro según la postura cartesiana. Sin ellas, el otro se convierte en ese otro precario, sin rasgo de humanidad. La primera característica es la razón; el lenguaje es la segunda característica.

De esta forma, en la modernidad, la capacidad de razonar, la de exteriorizar dicho razonamiento y la de comunicar se constituyeron como la base para el ejercicio de los derechos, y establecieron barreras actitudinales, sociales y legislativas para aquellas personas que no cumplían con esos parámetros (Espósito, 2012:100).

La presunta “carencia de razón” también fue el fundamento para separar en dispositivos de encierro a determinadas personas.

Michel Foucault entiende que aquello que se denomina sujeto moderno no es más que el resultado de un juego de fuerzas que desembocaron en ciertos dispositivos de encierro que lo produjeron como tal (Raffin, 2006:101).

De esta forma, el encierro se convierte en la base de la construcción de la subjetividad moderna. Foucault, en *Historia de la locura en la época clásica* explica que con la creación, en 1656, del Hospital General de París, se marca el comienzo de una nueva manera de concebir la normalidad y la locura y de un nuevo sujeto “normal” del que no lo es. En un principio se encerró en el Hospital General, indiscriminadamente, a distintos “anormales”: pobres, locos, prostitutas, homosexuales, libertinos, vagabundos, magos, brujas, expulsados e insensatos (Raffin, 2006:104).

Michel Foucault, en el resumen del curso sobre *Los anormales*, explica:

El encierro excluye de hecho y funciona al margen de las leyes, pero se atribuye como justificación la necesidad de corregir, mejorar, llevar al arrepentimiento, provocar la vuelta a los buenos sentimientos. (Foucault, 2011:298-299).

De este modo, como Foucault lo describiera, el tratamiento de las enfermedades mentales se refería al aislamiento y segregación institucional. A partir del siglo XIX comienzan a desarrollarse diversos dispositivos de control, imponiendo hábitos prescriptos a los que es necesario someterse. Las categorías de “normal” y “patológico” constituyen un anudamiento inseparable, ambas se nutren entre sí y por medio de estas categorías cada época logra vehiculizar el conjunto de mecanismos y dispositivos disciplinarios orientados al control y la segregación.

Goffman refiere que los hospitales psiquiátricos son un tipo “institución total”. El autor define a las instituciones totales como un lugar de residencia y trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad por un período apreciable de tiempo, comparten en su encierro una rutina diaria, administrada formalmente (Goffman, 2009:15). Así, los hospitales psiquiátricos, al igual que los hospitales para enfermos infecciosos o leproserías, representan instituciones erigidas para cuidar aquellas personas que, incapaces de cuidar a sí mismas, constituyen además una amenaza involuntaria para la comunidad (Goffman, 1973:20).

En el siglo XX, surgieron los hospitales psiquiátricos penitenciarios. Hegglin señala que este tipo de institución se convirtió en centros penitenciarios de contención, con un régimen especial en función del tipo de internos y en los que primaron las funciones de vigilancia. La autora explica que en Italia, en la época del fascismo, estos hospitales surgieron con una doble finalidad: impedir la promiscuidad entre “locos comunes” y “locos delincuentes” en los manicomios ordinarios, y como instrumentos para la “represión y curación” de los condenados enfermos mentales (Hegglin, 2006:44). Aquí no solo surgen las críticas que podemos hacer a los hospitales psiquiátricos, sino también aquellas que podemos hacer al sistema penitenciario. De allí que Ferrajoli entendió que en estos lugares se consumaba una doble violencia institucional -cárcel más manicomio- (Hegglin, 2006:44).

En la actualidad, la práctica de internar personas con discapacidad mental en este tipo de institutos sigue vigente. Juan Seda explica que estas personas suelen producir miedo, aversión, incertidumbre y se pregunta: ¿Internarlos implica “depositarlos y olvidarlos”? , ¿Su internación tiene por objeto cuidarlos o estar a salvo de ellos? (Seda, 2011:55). Por ello, el autor entiende:

[E]n la práctica, los pacientes internados en la Colonia Montes de Oca son sujetos equiparables a la figura que Giorgio Agamben tomó del antiguo derecho romano, el homo sacer, o sea, seres a quienes no era lícito matar, pero que si alguien lo hacía no recibía castigo (Seda, 2011:56).

De las distintas significaciones que expresa la creación de la institución en la que comenzó a encerrar a personas con afección en su sa-

lud mental rescatamos que se trató de un acontecimiento que muestra un cambio en la concepción de lo que es la racionalidad. Debe resaltarse que, como se explicó, Descartes intentó demostrar cómo la razón recta permite llegar a la verdad esquivando los obstáculos de la locura y los engaños de los sentidos y del sueño. Conforme a esta postura, arraigada en la cultura moderna, un sujeto carente de razón debe ser considerado un anormal.

Como explicaremos a continuación, pese a este esquema que dominó a la humanidad durante mucho tiempo, en la actualidad percibimos un cambio de paradigma en el abordaje de las cuestiones relacionadas con la salud mental, en el que priman el reconocimiento de la dignidad y autonomía personal que habilita una participación social plena y el abordaje social e interdisciplinario, superador de aquellas viejas respuestas fragmentadas de tipo médico-biologista. Sin embargo, notamos que esta nueva perspectiva de modo alguno ha reemplazado por completo el modelo racionalista descripto<sup>2</sup>; pero que, aun así, define un horizonte claro para abordar la temática.

### III. Nueva Ley Nacional de Salud Mental

Según la definición presentada por la Organización Mundial de la Salud en su constitución aprobada en 1948 la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente ausencia de enfermedad, dolencia o afección. Así, la salud se encuentra íntimamente vinculada a la vida, e incide tanto en cada uno de los individuos como en todo el cuerpo social.

En este sentido, la salud mental debería verse como inescindible de la salud integral, partiendo del reconocimiento de la persona en su integridad bio-psico-socio-cultural y de la necesidad del logro de las mejores condiciones posibles para su desarrollo.

Ahora bien, en lo que respecta solo a la salud mental, históricamente en nuestro país existía un paradigma tutelar de protección con el que nació nuestro Código Civil acompañado por la vigencia de la vieja ley de internaciones, ley N° 22.914<sup>3</sup>.

Sin embargo, en los últimos veinte años la salud se esgrimió como un bien esencial de los sujetos, y empezó a ser objeto de tutela y protección por parte de las diferentes normas internacionales y de derechos humanos. Así, en nuestro país, se recogieron varios de estos instrumentos internacionales, como la Declaración de Caracas de la OPS-OMS (1990)<sup>4</sup>, los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (1991), y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006)<sup>5</sup>.

El cambio de paradigma que se pretendía por medio de estos instrumentos era, por un lado, abandonar el histórico abordaje asistencialista sobre la discapacidad mental y, por otro, implementar reformas efectivas que permitan el acceso a la justicia de las personas con padecimientos mentales. En este sentido, María Florencia Hegglin y otros autores afirman que con estos incipientes instrumentos se intenta que la persona deje de ser considerada objeto de protección, para empezar a ser conside-

2 A este respecto, por ejemplo, Thomas Kuhn consideraba que el nuevo paradigma será muy diferente del viejo paradigma, pero ello no implica que durante un largo periodo de tiempo ambos puedan coexistir (Kuhn, 1971).

3 La ley N° 22.914 fue derogada por la ley N° 26.657 "Ley Nacional de Salud Mental". Además, y tal como reconocen Mariano Laufer y Facundo Capurro Robles en su artículo, en la Argentina hasta el año 2010, el artículo 482 del Código Civil se encontraba redactado en términos tan vagos y ambiguos que contenía varias causales legales para proceder a la internación forzosa de una persona (Laufer y Capurro Robles, 2012:130).

4 Dicha declaración alude a la reestructuración de la atención psiquiátrica, propende a la preservación de los sujetos en su medio comunitario, garantiza los derechos humanos y propicia la internación psiquiátrica en hospitales generales.

5 Esta Convención ha sido aprobada por la República Argentina en la ley N° 25.280 y su implementación impone un cambio de paradigma en la función tradicional de la justicia respecto a la salud mental y la necesidad de implementar reformas. Así, el artículo 1º de la Convención establece: "El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente".

rada sujetos de derechos fundamentales<sup>6</sup>. Asimismo, nuestra CSJN se refiere a la protección del derecho a la vida, a la salud y al debido proceso, a la vez que advierte la necesidad de contar con una protección normativa interna que asegure dicha protección<sup>7</sup>.

En el marco de este incipiente paradigma, y junto a los compromisos internacionales que asume la Argentina al suscribir la Convención

6 Cfr. María Florencia Hegglin, en la tercera Jornada de Actualización del fuero Penal Contravencional y de Faltas que tuvo lugar el 26 de octubre de 2011.

7 La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Tufano" establece que: "la debilidad jurídica estructural que sufren las personas con padecimientos mentales, de por sí vulnerables a los abusos, crea verdaderos 'grupos de riesgo' en cuanto al pleno y libre goce de los derechos fundamentales, situación que genera la necesidad de establecer una protección normativa eficaz, tendiente a la rehabilitación y reinserción del paciente en el medio familiar y social". Asimismo, la CSJN afirmó en varios precedentes que la garantía del debido proceso que rige para toda privación de libertad adquiere un vigor especial cuando la razón que motiva el encierro es la incapacidad psíquica de la persona de cuya libertad se dispone (Fallos, 139:154, 328:4832 y 331:211), citados por Plazas 2013:147.

8 El artículo 1º define el objeto y establece que: *La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho a la salud integral, mediante la regulación y ordenamiento de todas las acciones conducentes a tal fin*. Asimismo, la ley N° 153 requiere que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires impulse la desinstitucionalización progresiva y la implementación de modelos de atención alternativos en salud mental que se orienten a lograr la integración social, tales como casas de camino, talleres protegidos, comunidades terapéuticas y hospitales de día (CELS, 2007).

9 El artículo 1º de la ley 448 establece: *la presente ley tiene por objeto garantizar el derecho a la salud mental de todas las personas en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y el artículo 2º, al fijar los principios, establece: La garantía del derecho a la salud mental se sustenta en: a- Lo establecido por la Ley Básica de Salud N° 153 en el Artículo 3º y en el Artículo 48, inc. c)*. A su vez, dicha ley fue reglamentada por el decreto 635/004 del 22-04-2004, y también, para dar cumplimiento a la mencionada ley, mediante el decreto N° 1551/06 del Ministerio de Salud de la Ciudad de Buenos Aires se incorporan trabajadores sociales, psicólogos y psiquiatras a la dotación diaria de las áreas de urgencia de los hospitales generales de agudos, de niños y de salud mental de la Ciudad de Buenos Aires a los efectos de un abordaje integral de estas problemáticas. Asimismo, a partir de esta ley se fueron implementando otros dispositivos para dar respuestas a las problemáticas de salud mental como atención domiciliaria, talleres protegidos y casa de medio camino. Dichos dispositivos, por un lado, fortalecen el abordaje integral y, por otro, intentan disminuir las internaciones.

10 El artículo 152 ter dispone que el juez debe establecer para qué actos limita la capacidad de las personas. Esta limitación no puede ser por más de 3 (tres) años (artículo 42 de la ley). A su vez, el art. 482 del Código Civil quedó redactado de la siguiente forma: No podrá ser privado de su libertad personal el declarado incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones, salvo en los casos de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros, quien deberá ser debidamente evaluado por un equipo interdisciplinario del servicio asistencial con posterior aprobación y control judicial (artículo 43 de la ley).

se empiezan a sancionar diferentes leyes que tienden a proteger la salud mental de una manera integral. En lo que respecta a la Ciudad de Buenos Aires, en el año 1999 se sancionó la ley N° 153 "Ley Básica de Salud de la Ciudad de Buenos Aires", que establece un marco integrador respecto de la concepción de salud<sup>8</sup>. A su vez, en el año 2000 fue sancionada la ley N° 448 "Ley de salud mental de la Ciudad de Buenos Aires", la cual se constituyó durante años en una herramienta específica para el tratamiento de las personas afectadas en su salud mental en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires<sup>9</sup>. La ley N° 448, además de garantizar el derecho a la salud mental de todas las personas en el ámbito de la CABA, parte de reconocer a la salud mental como inescindible de la salud integral y del reconocimiento de la persona en su integridad bio-psico-socio-cultural, a la vez que reconoce a la salud mental como un proceso determinado histórica y culturalmente en la sociedad.

Pese a ello, como advierte Gorbacz para modificar la realidad imperante lo que se necesitaba era una ley marco que pudiera funcionar de piso mínimo para todas las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Gorbacz, 2011:17), y así es como el 2 de diciembre de 2010 se promulga la ley N° 26.657 (B.O. 3/12/2010), "Ley Nacional de Salud Mental". La Ley Nacional de Salud Mental se trata de una ley de orden público porque regula materia de derechos humanos. Esto, a su vez, implica que todas las provincias la tienen que aplicar sin necesidad de que deba ser adherida por ellas. También, en virtud de las facultades delegadas, las provincias pueden legislar en materia de salud mental, pero siempre respetando el piso mínimo establecido por la Ley Nacional.

Dicha ley acorta significativamente la brecha existente entre la legislación nacional y las exigencias de los estándares de derechos humanos. Entre las modificaciones que introduce la ley 26.657, por un lado, podemos decir que existen importantes modificaciones a nivel legislativo, puesto que incorpora el artículo 152 ter al Código Civil y modifica el artículo 482 del Código Civil en lo que respecta a las internaciones<sup>10</sup>, y, por otro, y como consecuencia de lo anterior, genera importantes modificaciones en la práctica de las internaciones.

A partir de la nueva ley, la internación es considerada como un recurso terapéutico de

carácter restrictivo, y solo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizable en su entorno familiar comunitario o social<sup>11</sup>. Además, la internación debe ser lo más breve posible y solo en función de criterios terapéuticos interdisciplinarios, al margen de que en ningún caso la internación puede ser indicada o prolongada para resolver problemáticas sociales o de vivienda.

El juez ya no dispone la internación, sino que ahora se requiere el examen de un equipo interdisciplinario. Conforme al artículo 5 de la ley, la labor del juez se centra en convalidar o no la internación. A pesar de esto, la ley distingue entre dos tipos de internaciones: *a) la voluntaria*, que es aquella prevista en el artículo 18 en donde la persona afectada en su salud mental debe brindar su consentimiento informado; y *b) la involuntaria*, que está prevista en el artículo 20, y puntualmente es aquella que debe concebirse como un recurso terapéutico excepcional en caso de que no sean posibles los abordajes ambulatorios.

Además, en el caso de las internaciones involuntarias, se establecen requisitos para su procedencia. En concreto, se requiere: *1) a criterio del equipo de salud mediare situación de riesgo inminente para sí o para terceros; 2) la persona debe contar con defensa técnica (artículo 22 de la ley); y 3) se requiere el control judicial (artículo 21 de la ley)*. La internación involuntaria debe notificarse en un plazo de 10 horas al juez competente. El juez puede: *a) autorizarla; b) requerir informe ampliatorios de los profesionales tratantes; o c) denegarla*. El juez *solo* puede ordenar por sí mismo una internación involuntaria cuando, cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 20, el servicio de salud responsable de la cobertura se negase a realizarla.

Además, conforme al artículo 16 de la norma que venimos trabajando para todo tipo de internaciones se requiere: *a) evaluación, diagnóstico interdisciplinario e integral y motivos que justifican la internación, con la firma de al menos dos profesionales del servicio asistencial donde se realice la internación, uno de los cuales debe ser necesariamente psicólogo o médico psiquiatra, b) búsqueda de datos disponibles acerca de la identidad y el entorno familiar, c) consentimiento informado de la persona o del representante legal cuando corresponda<sup>12</sup>*.

Para las personas menores de edad funcionan las mismas reglas que para las internaciones involuntarias, pero esto no la convierte en una internación involuntaria. Entonces, los requisitos para su procedencia son *a) deben brindar consentimiento informado<sup>13</sup>, b) deben contar con defensa técnica (unidad de letrados de niños), c) también se requiere control judicial*.

A su vez, y conforme al texto del artículo 28 de la norma mencionada, las internaciones de salud mental deben realizarse en hospitales generales y no monovalentes como antes<sup>14</sup>. También, el texto del artículo 27 establece que queda prohibido por la presente ley la creación de nuevos manicomios, neuropsiquiátrico o instituciones de internación monovalentes públicos o privados, posición que no hace más que reforzar el carácter restrictivo de la internación.

11 Cabe destacar que nuestra CSJN en el precedente "M.R.J." aún antes de que la propia Ley Nacional de Salud Mental lo estableciera, definió que la razonabilidad de la internación depende de su legitimación y fijó que solo resulta legítima una intervención coactiva cuando no exista una medida menos gravosa que pueda evitar la concreción de actos graves inmediatos o inminentes.

12 Cabe aclarar que solo se considera válido el consentimiento cuando se presta en estado de lucidez y con comprensión de la situación, y se considerará inválido si durante el transcurso de la internación dicho estado se pierde, ya sea por el estado de salud de la persona o por efecto de los medicamentos o terapias aplicadas. En tal caso deberá procederse como si se tratara de una internación involuntaria (art. 16.c de la ley).

13 En la práctica no se les toma el consentimiento informado a los niños, aunque por principio rige el consentimiento informado para todo tipo de intervenciones (artículo 10 de la ley).

14 Los hospitales monovalentes son aquellos hospitales especializados en salud mental como el Borda, el Moyano y el Tobar García.

Por otra parte, se incluyen a las adicciones dentro de la salud mental conforme al artículo 4 de la norma, por lo que también las personas con consumo problemático de drogas están reconocidas en la ley de salud mental.

Además de todo lo expuesto, para facilitar las externaciones la normativa requiere promover servicios de inclusión social y laboral para personas después del alta institucional, atención domiciliaria y apoyo a grupos familiares y comunitarios, casas de convivencia, hospitales de días, cooperativas de trabajo, centros de capacitación, etcétera.

Una de las cuestiones nuevas que introduce la ley 26.657 es la previsión de defensa técnica de las personas que son internadas involuntariamente y, así, podemos decir que constituye un avance significativo con relación a lo establecido por la ley N° 448 que no prevé este mecanismo. El artículo 22 de la ley 26.657 establece el derecho de la persona a designar un abogado y, en caso que no lo hiciera, es el Estado quien debe proporcionarle uno desde el momento de la internación. Así, la persona internada coactivamente será representada en su calidad de parte en el proceso por un abogado particular o de oficio que litigará en pos de su externación o del mejor tratamiento que se le pueda otorgar (Plazas, 2013:156). Por esto, justamente, desde la Defensoría General de la Nación se creó un equipo para adultos y la Asesoría General Tuteular creó el cuerpo de abogados del Niño.

Concretamente, mediante Res. DGN N° 558/11 y Res. DGN N° 841/11 el Ministerio Público de la Defensa de Nación creó un área especializada para esta tarea denominado “Uni-

dad de letrados art. 22 Ley 26.657”, que entró en funcionamiento el 1º de agosto de 2011, y desde esa fecha proporciona un abogado defensor gratuito para todas las personas mayores de edad internadas involuntariamente, por razones de salud mental, en la Ciudad de Buenos Aires. Como bien afirman Mariano Laufer Cabrera y Facundo Capurro Robles en su artículo:

[C]on la creación de la Unidad se apunta a garantizar a las personas el goce de sus derechos mientras dure la internación, así como la inmediatez en la cobertura del servicio mediante el contacto rápido y directo con la situación, materializando el derecho a ser oido y el acceso a la justicia de estas personas en especial situación de vulnerabilidad. Así, los defensores pueden -siempre ateniéndose exclusivamente a la voluntad y preferencias de la persona-, oponerse a la internación, solicitar la externación, controlar las actuaciones, historias clínicas y tratamientos, e impulsar que las internaciones sean lo más breve posibles (Laufer Cabrera y Capurro Robles 2013:131)<sup>15</sup>.

A pesar de todo esto entendemos que la brecha entre los documentos internacionales en materia de salud mental y la legislación interna logró estrecharse aún más cuando la ley de salud mental fue recientemente reglamentada mediante el decreto 603/2013 del 28/5/2013. Puede decirse que la reglamentación sigue los mismos lineamientos de la ley, creando la Comisión Nacional Interministerial en Políticas de Salud Mental y Adicciones en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros y el Órgano de Revisión que estará a cargo de la Defensoría General de la Nación. Asimismo, en dicha reglamentación se establece que las políticas públicas en la materia tendrán como objetivo favorecer el acceso a la atención de las personas desde una perspectiva de salud integral, garantizando todos los derechos establecidos en la ley N° 26.657. El eje deberá estar puesto en la persona en su singularidad, más allá del tipo de adicción que padezca (artículo 4 del decreto).

Como se pudo observar la nueva Ley de Salud Mental no hace más que consagrar en definitiva el reconocimiento de la persona como titular de derechos fundamentales, puesto que ahora ya no es más el juez per se el que puede disponer una internación, sino que se impone un abordaje interdisciplinario con distintos profesionales vinculados con la salud para evaluar la necesidad de una internación. Como bien destaca Hegglin en su exposición:

15 Estos autores además refieren: “[L]a Unidad está conformada por letrados que cuentan con el apoyo profesional de equipos interdisciplinarios compuestos –de momento- por médicos psiquiatras, psicólogos y trabajadores sociales, quienes forman parte de la actividad de la defensa técnica, en miras de brindar una prestación especializada. En definitiva, mediante esta experiencia se intenta dar cumplimiento con el cambio de rol asignado a la defensa pública por el modelo social de la discapacidad, en el sentido de abandonar el paradigma tutelar de protección con el que nació el Código Civil argentino, y el deber de considerar a la persona con discapacidad psicosocial como sujeto pleno de derecho, asegurándole una garantía básica como es la igualdad y no discriminación, y el derecho a ser oido, entendiendo para ello a la figura del abogado defensor como uno de los apoyos posibles –en estos procesos- para el pleno ejercicio de la capacidad jurídica. En cuanto a la labor específicamente judicial, la Unidad interviene ante 24 Juzgados nacionales de primera instancia en lo civil” (Laufer Cabrera y Capurro Robles, 2013:131-132).

16 Cfr. María Florencia Hegglin en la tercera Jornada de Actualización del fueno Penal Contravencional y de Faltas que tuvo lugar el 26 de octubre de 2011.

17 Queremos resaltar dos cambios que surgieron en instituciones tradicionales que, a la luz del nuevo paradigma, buscan adaptar sus prácticas.

El primer caso es del centro conocido como CENARESO que fue recientemente rebautizado como Hospital Nacional de Salud Mental y Adicciones que se convertirá en referencia obligada en todo el país en materia de abordaje y tratamiento de consumidores problemáticos de droga. Una de las interesantes iniciativas que presenta el hospital en consonancia con lo establecido en la Ley Nacional de Salud Mental entre otras, son los programas denominados de "vuelta a casa", que tienden a revertir los efectos de la institucionalización de los pacientes, que llevan varios años de encierro por sus padecimientos mentales a fin de trabajar por su emancipación. Edith Benedetti, interventora general del hospital, dijo recientemente tras el reubatismo del Ex CENARESO: "Vamos a abandonar la lógica del castigo, como plantean muchas comunidades terapéuticas de orientación conductista, porque nos parece anacrónica y además pone al profesional en un lugar de dominación, cuando lo que queremos nosotros es trabajar para la emancipación." (Consultado el 31/06/13 en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-222025-2013-06-11.html>)

El otro caso son las recientes "Pautas de intervención de los cuerpos policiales y fuerzas de seguridad con el objeto de preservar la seguridad en situaciones que involucran a personas con presunto padecimiento mental o en situación de consumo problemático de sustancias en riesgo inminente para sí o para terceros" elaboradas por el Ministerio de Seguridad de la Nación mediante la Resolución 506/13, del 31 de mayo de 2013. En ellas, se plantea que ante dichas situaciones el personal perteneciente a los cuerpos policiales y fuerzas de seguridad deben tratar a las personas con absoluto respeto de sus derechos y garantías constitucionales, reiterando lo estipulado en la Ley Nacional de Salud Mental.

Se abandona el juicio de peligrosidad. Las medidas de internación ya no van a ser medidas utilizadas como herramientas para garantizar la tranquilidad pública. Digamos, la razón de ser de una medida de internación no es la defensa social sino que deben ser consideradas expresamente como un recurso terapéutico<sup>16</sup>.

En suma, la Ley Nacional de Salud Mental y su reciente reglamentación marcan su impronta vinculada a un cambio de paradigma dando operatividad a las normas de instrumentos internacionales y reforzando el reconocimiento de la calidad de persona del sujeto con padecimientos mentales en el marco de un mayor respeto por garantizar la intimidad y libertad del sujeto por un lado, y el derecho de defensa, a ser oído y del debido proceso por otro.

Sin duda, la nueva ley y su reglamentación favorecen a disminuir los procesos de estigmatización que durante años sufrieron dichos sujetos y que las diferentes legislaciones avalaron<sup>17</sup>. Cabe preguntarse como cuestionamiento si los hospitales generales cuentan con los recursos suficientes para hacer coexistir a los pacientes con este tipo de padecimientos con el resto de los pacientes, y con qué herramientas se llevará a cabo la integración entre estos distintos tipos de pacientes para no hacer que resurjan los siempre históricos estigmas del paciente psiquiátrico y su peligrosidad.

A nuestro entender también la Ley Nacional de Salud Mental se aplica a los casos que tramitan en el ámbito penal en los que se encuentra una cuestión de inimputabilidad de la persona acusada. Como bien afirma Plazas:

[E]n cuanto a la externación, alta o permiso de salida, la ley plantea que es facultad del equipo de salud otorgarlas y que no requiere autorización judicial, pero exceptúa de esa regla a las internaciones involuntarias derivadas del artículo 34 del Código Penal. Si el legislador especificó que la externación de las medidas de seguridad penal tiene un régimen especial es porque en el resto de las cuestiones se aplica el criterio general (Plazas, 2013:156).

Como crítica a la legislación podemos esbozar que el artículo 34 del Código Penal requiere cuanto menos una revisión. En este sentido, consideramos inadmisible que al menos en este paradigma respetuoso de los derechos humanos no se limite temporalmente las medidas de tratamientos dispuestas a personas que fueron a su vez declaradas inimputables por la supuesta comisión de un delito. Es más, cabría preguntarse a la luz de lo establecido por la Ley Nacional de Salud Mental si en el ámbito penal aún sería posible que se ordene la imposición de una medida de estas características, debiendo inclinarnos si obtenemos una respuesta negativa de dicho análisis por la derogación de la imposición y control de esas medidas en el ámbito penal.

Gorbacz afirma que con el desarrollo de este nuevo paradigma en el texto de la ley se ha pasado a) desde el paradigma de la peligrosidad al paradigma de la capacidad, b) desde un enfoque tutelar hacia uno de derechos, y c) de la exclusión a la inclusión (Gorbacz, 2011:21). Entonces, hoy por hoy trabajar en salud mental ya no se reduce como un tiempo atrás en trabajar

en instituciones monovalentes como hospicio o manicomios, porque si bien parte de estas instituciones se encuentran en funcionamiento el contexto es más complejo surgiendo nuevos escenarios que hacen que los paradigmas no solo coexisten, sino que se tensionen constantemente. Nuevamente, en palabras de Gorbacz:

Una ley que se sanciona para producir un cambio cuyos alcances no son comprendidos ni asumidos por el conjunto de sus actores, es una ley de cumplimiento imposible. Una ley que se sanciona para reflejar una realidad que ya ha cambiado, tal vez sea una ley innecesaria. La ley N° 26.657 fue sancionada en un contexto histórico de convivencia de dos paradigmas, y en tal sentido ha sido un momento propicio. Porque su cumplimiento es posible en tanto hay actores que pueden comprenderla y apropiársela, pero también necesario, porque la realidad aún no ha cambiado todo lo necesario.

El cambio de paradigma que se promueve tampoco es ajeno a una serie de reestructuraciones que se han venido dando a nivel normativo y práctico, en campos como las políticas de la infancia o discapacidad, en las que el proceso de abandono de un abordaje tutelar y el establecimiento de un enfoque de derecho viene avanzando, aunque admitamos que aún resta mucho por hacer (Gorbacz, 2011:19).

Pese a estas críticas y consideraciones finales, no podemos concluir este apartado sin afirmar que la ley 26.657 vino a llenar una serie de carencias normativas en la materia y a establecer un piso mínimo de derechos de las personas afectadas en su salud mental incluso por adicciones. Por ello, en el apartado siguiente, se explicitará el acceso a la justicia como garantía previa e integradora del derecho de defensa

Se establece que la finalidad de la actuación de los cuerpos policiales y fuerzas de seguridad es preservar la seguridad de estas personas, como también, facilitar las condiciones para la correcta intervención de los servicios de salud y sociales, asegurando el contacto con algún familiar o persona allegada.

La atención inmediata del equipo de salud es la primera estrategia de mayor utilidad y prioridad en estas situaciones de urgencia.

En los casos en que existe un riesgo inminente para sí o para terceros, el protocolo establece que "(d)ebe tenerse presente que no se trata de un problema esencialmente policial. Incluso cuando se esté frente a la comisión de un delito." Por ello la función del personal policial y de las fuerzas de seguridad se restringe a la solicitud de presencia de personal sanitario, el cual intervendrá sólo cuando la persona lo desea.

Por último, el protocolo resalta que el personal policial no podrá realizar la evaluación sobre el mérito del traslado, siendo tarea de los efectores de salud.

para, antes de las reflexiones finales, indagar con qué herramientas efectivas se cuenta en el fuero penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para lograr que todo el cúmulo de derechos consagrados en la Ley Nacional de Salud Mental y en la Ley de Salud Mental de la Ciudad de Buenos Aires no se tornen ilusorios, y así, finalmente, poder vislumbrar lo mucho que queda por hacer.

#### **IV. El acceso a la justicia como garantía previa e integradora del derecho de defensa**

Cuando una persona con padecimiento mental se encuentra frente a un conflicto jurídico de índole penal, entra en juego un cuerpo normativo específico de protección de derechos.

Así, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad incluye entre las personas con discapacidad a aquellas que tengan deficiencias mentales o intelectuales que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. En el mismo sentido, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad consideran en condición de vulnerabilidad a aquellas personas que, por razón de su estado mental encuentran especiales dificultades para ejercitarse con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (regla N° 3). De este modo, es claro que las personas con afección en su salud mental padecen de una discapacidad y, por ende, una vulnerabilidad que los sitúa en una desventaja fáctica para acceder a la justicia.

Es evidente que estas personas se encuentran en una situación de vulnerabilidad. Se ha definido a la vulnerabilidad como:

(A)quella situación, objetiva o subjetiva de origen material, emocional o psicosocial, que lleva a experimentar al sujeto una condición de indefensión, dada la fragilización de los soportes personales y/o comunitarios (Franco y Blanco, 2006).

Ahora bien, para adentrarnos en el concepto de acceso a la justicia, entendemos que es necesario referirnos brevemente a la idea de igualdad.

El artículo 16 de la Constitución Nacional establece la igualdad de todos los habitantes.

La igualdad como principio y garantía tiende a condicionar a los poderes públicos en cuanto

al grado de su consideración a la hora de reglar, omitir o actuar. La igualdad de derecho, reconocida históricamente como igualdad jurídica o igualdad ante la ley, pretendió satisfacerse mediante la identificación con la definición de igualdad formal, reducida a la mera igualdad legal (Cayuso, 2007:93). En cambio, la igualdad material se refiere a la formulación del derecho en cuanto al contenido mismo y a las consecuencias. Apunta a la aproximación a las desigualdades reales, a las discriminaciones expresas o encubiertas (Cayuso, 2007:93). Desde la noción de igualdad real o material se propone que la mirada se pose sobre la situación real de las personas, para determinar qué medidas se requieren para eliminar o reducir los desniveles reales en sus condiciones de vida (Rivera Ramos, 2000:55).

Es claro que un derecho subjetivo se encuentra realmente protegido solo cuando el ordenamiento jurídico respectivo, además de declararlo como tal, provee los medios aptos para prevenir en lo posible la violación de la norma que lo instituye, y señala, asimismo, las consecuencias que deberán seguirse en caso de que la violación hágase producido (Squella, 1996:517). La igualdad no debe referirse solo a una expresión de deseos formal, pues es en la realidad donde materialmente hay desigualdad. En los hechos hay personas que son víctimas de la desigualdad, por ello debemos asumir y superar la vulnerabilidad que niega a muchos el ingreso al rango de sujetos de derechos (Ruiz 2008:15). Sobre la igualdad formal Alicia Ruiz nos dice:

El horizonte luminoso de la igualdad es apenas perceptible, una ilusión que sostiene malamente el imaginario de la modernidad frente a un mundo oscuro, opaco, habitado por individuos sin identidad ni reconocimiento, a los que se procura invisibilizar, desconocer y olvidar (Ruiz, 2008:7).

Resaltamos que tanto la Constitución Nacional como la de la Ciudad de Buenos Aires refieren a una igualdad real, a un pleno ejercicio de los derechos de las personas, particularmente respecto de los grupos vulnerables, entre los que se encuentran las personas con discapacidad mental<sup>18</sup>.

En similar sentido, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la igualdad de todas las personas ante los tribunales. El Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas ha entendido que dicho artículo garantiza los principios de igualdad de acceso e igualdad de medios procesales, y asegura que las partes sean tratadas sin discriminación alguna<sup>19</sup>. El Comité ha dicho, en lo referente a una imputación penal, que la igualdad de las personas ante los tribunales:

[...]ncluye el derecho de acceso a los tribunales en los casos en que se trata de determinar cargos penales, así como también derechos y obligaciones en un procedimiento judicial. El acceso a la administración de justicia debe garantizarse efectivamente en todos esos casos para asegurar que ninguna persona se vea privada, por lo que toca al procedimiento, de su derecho a exigir justicia<sup>20</sup>.

En la Opinión Consultiva 16/99, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la igualdad real de las partes en los procesos judiciales, ha explicado que ante la presencia de con-

18 El artículo 75 inc. 23 de la Constitución Nacional determina: "Corresponde al Congreso: [...] 23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

Por su parte, el artículo 11 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires establece: "Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo. La Ciudad promueve la remoción de obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación de la vida política, económica o social de la comunidad". Asimismo, el artículo 42 de la constitución local contempla especialmente la situación de las personas con necesidades especiales, garantizando el derecho a "su plena integración, a la información y a la equiparación de oportunidades".

19 Punto 8 de la Observación General N° 32 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, 23 de agosto de 2007.

20 Punto 9 de la Observación General N° 32 del Comité de Derechos Humanos de la ONU.

diciones de desigualdad real se deben adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses<sup>21</sup>.

El derecho a una igualdad real se halla estrechamente relacionado con el derecho a acceder a la justicia. El acceso a la justicia es el principio esencial de todo sistema jurídico e implica no solamente que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos, sino, además, que sus conflictos sean solucionados adecuada y oportunamente (Álvarez, 2003:33). De este modo, el acceso a la justicia no puede ser encarado en el estrecho esquema de acceso al sistema formal de la jurisdicción e implica el acceso a una tutela eficiente (Álvarez, 2003:46-47).

El acceso a la justicia implica la remoción de todos aquellos obstáculos que de cualquier modo impiden el goce efectivo y material de los derechos consagrados constitucionalmente (Carignano, 2012:39). Es decir, más allá de la consagración formal del derecho de acceso a la justicia se deben eliminar las barreras que hacen difícil para los individuos hacer valer sus derechos y dirimir sus conflictos de manera efectiva (Cormick-Golodny, 2013:116).

Ahora bien, nos detendremos a analizar el significado del acceso a la justicia en un proceso penal. El acceso a la justicia parece especialmente importante para garantizar otros tipos de derechos, como lo son las garantías penales y procesales penales<sup>22</sup>. Anitua destaca que pareciera una burla hablar del acceso a la

justicia de las personas imputadas de la comisión de un delito, en tanto les fue fácil acceder al sistema penal (representado en la institución penitenciaria) y de donde precisamente lo que quieren es salir; sin embargo, entiende que la defensa penal tiene que brindar asistencia jurídica al acusado para ayudarlo a luchar por su libertad (Anitua, 2011:74).

Entendemos que allí se encuentra el núcleo del acceso a la justicia en el proceso penal. Consideramos, asimismo, que el acceso a la justicia es anterior a un ejercicio material del derecho de defensa y de ahí la importancia de las herramientas con las que se permite dicho acceso.

En cuanto al acceso a la justicia de las personas con discapacidad, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su artículo 13 inciso 1º determina que los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás.

Remitiéndose a dicha Convención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resaltó el rol de relevancia que tienen distintos organismos estatales, a fin de garantizar en los procesos judiciales los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad:

[E]l Tribunal considera que en aras de facilitar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, es relevante la participación de otras instancias y organismos estatales que puedan coadyuvar en los procesos judiciales con el fin de garantizar la protección y defensa de los derechos de dichas personas. En este sentido, la Convención de Naciones Unidas sobre Personas con Discapacidad contiene un artículo específico sobre los alcances del derecho al acceso a la justicia en el que se indica que los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos (Caso “Furlan y familiares vs. Argentina”, resuelto el 31 de agosto de 2012, considerando 241).

Así, el acceso a la justicia cuando se trata de personas con discapacidad, aun cuando no hayan sido declaradas formalmente incapaces, nos obliga a que no sean tratadas como objetos de ningún proceso, en tanto toda persona tiene el derecho al reconocimiento de su personali-

21 En el punto 119 de la Opinión Consultiva 16/99, la Corte Interamericana especificó: “[E]l proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados a la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”.

22 La Organización de Estados Americanos ha afirmado: (E)l acceso a la justicia, en tanto derecho humano fundamental es, a la vez, el medio que permite restablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubiesen sido desconocidos o vulnerados (Artículo 1 de las Resoluciones OEA AG/RES. 2656, AG/RES. 2714 y AG/RES. 2801).

dad jurídica (art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). Villaverde aclara que, a pesar de lo dicho, es frecuente la práctica de que un derecho reconocido universal no se aplique del mismo modo, en caso que se aplique, a las personas con discapacidad (Villaverde, 2008). La autora remarca que “el Estado no puede afirmar que el acceso a la justicia se halla asegurado si no lleva a cabo los ajustes de procedimiento precisos que aseguren la llegada real a la institución en particular por parte de las personas con discapacidad” (Villaverde, 2008).

Por otra parte, se ha dicho que a los contenidos básicos del debido proceso se han ido adicionando otras protecciones del debido proceso para corregir situaciones de desventajas reales en las que se encuentran determinadas personas en el procedimiento, en observancia del principio de igualdad tanto formal como sustancial y su corolario la prohibición de discriminación, y por la propia naturaleza y funciones de las garantías procesales, destinadas a proteger, asegurar y afirmar el goce o el ejercicio efectivo de un derecho (Villaverde, 2012:70-71).

Entonces, entendemos que abordar la cuestión con una perspectiva que respete el acceso a la justicia y la igualdad material nos lleva a tomar dimensión de la vulnerabilidad de las personas con afección en su salud mental que se ven sometidas a un proceso penal, y en este sentido, debemos indagar con qué herramientas se cuenta en el fuero penal de la Ciudad de Buenos Aires para garantizar sus derechos<sup>23</sup>.

## **V. Herramientas en el fuero Penal de la Ciudad de Buenos Aires**

En este punto desarrollaremos las herramientas existentes en el fuero Penal de la Ciudad de Buenos Aires a fin de que los afectados en su salud mental imputados de la comisión de un delito puedan acceder a la justicia y ejercer debidamente sus derechos. En primer lugar, explicaremos el rol de la Asesoría Tutelar.

El Ministerio Público de la Ciudad se encuentra compuesto por tres ámbitos independientes entre sí, uno de ellos es el Ministerio Público Tutelar<sup>24</sup>. Este es quien tiene el deber de resguardar los derechos de las personas involucradas como imputadas en un proceso penal afectadas en su salud mental<sup>25</sup>.

En este sentido, la resolución de la Asesoría General Tutelar N° 57/2009 entiende que el asesor tutelar debe intervenir cuando existen suficientes elementos de convicción reunidos en la causa que dan cuenta de que el imputado padece una afección en su salud mental, que tienen una entidad suficiente como para colocarlo en una situación de desventaja procesal y afectar el ejercicio de sus derechos en el proceso. Es decir, por esta resolución la asesoría tutelar se propone intervenir en favor de un imputado aun cuando este no haya sido formalmente incapaz.

Las salas de la Cámara de Apelaciones del Fuero Penal de la Ciudad de Buenos Aires tienen un criterio unánime al respecto. Así, por ejemplo, la Sala III ha dicho:

23 Alicia Ruiz con claridad afirma: “Las 100 Reglas imponen a los integrantes del poder judicial el deber insoslayable de “hacerse cargo” de que la edad, el sexo, el estado físico o mental, la discapacidad, la pertenencia a minorías o a comunidades indígenas, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, la privación de libertad, las condiciones socioeconómicas hacen vulnerables a millones de personas más allá de que el derecho los declare iguales. Al mismo tiempo recomiendan la elaboración de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de quienes estén en situación de vulnerabilidad” (Ruiz, 2008:14).

24 Los otros dos ámbitos son el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa.

25 Conforme lo previsto en el artículo 49 de la Ley N° 1903 (Ley Orgánica del Ministerio Público).

[U]na interpretación pro homine de la normativa local implica reconocer la legitimación del asesor tutelar, para actuar en forma conjunta con la defensa técnica, pues de este modo, se le otorga una mayor tutela a los derechos del imputado<sup>26</sup>.

Por su parte, tanto la Sala I como la Sala II han entendido que un imputado con padecimientos en su salud psíquica se ubica en una situación de desigualdad jurídica que conlleva a reconocer la legitimación de la Asesoría Tutelar para actuar en un proceso penal, aun cuando no exista una declaración judicial de incapacidad de la persona<sup>27</sup>.

Entendemos que el rol de la Asesoría Tutelar es fundamental cuando hablamos de “asistencia jurídica especializada” de las personas afectadas en su salud mental involucradas en la investigación de un delito. Recuérdese que en las 100 reglas de Brasilia, respecto de la asistencia jurídica, se destaca la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales (Regla N° 29), resaltándose la necesidad de garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada (Regla N° 30).

Por otra parte, en el ámbito de los otros dos Ministerios, es decir, el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa se cuenta con un cuerpo de peritos especializado

compuesto por profesionales de distintas disciplinas como médicos, psiquiatras, psicólogos y trabajadores sociales que muchas veces evalúan a la persona en forma conjunta para poder detectar alguna afección concreta en su salud mental. Ello al margen del cuerpo de Peritos oficiales con el que cuenta el Consejo de la Magistratura de la Ciudad.

El Ministerio Público de la Defensa también cuenta con la Oficina de Asistencia al Habitante (OAH), cuyo proyecto base es la descentralización de distintas oficinas de atención por distintos puntos de la Ciudad. La Resolución DG N° 109/7 es la que crea la oficina y establece:

[C]omo siempre ha sostenido la actual gestión; nuestra función es integral, en el sentido que no solo debemos velar por la defensa de la persona y los derechos de los de los justiciables toda vez que nos sea requerida en el marco de una causa, sino que corresponde prestar colaboración para que los involucrados en estas, una vez concluida la misma, cualquiera fuera su resultado puedan contar con mayores posibilidades de inserción social.

Martin Cormick y Federico Golodny afirman en su trabajo que:

[E]n la primera etapa hasta 2008 la tarea de la Oficina se limitaba a atender solo a quienes incurrián en contravenciones y faltas. A partir de la resolución DG N° 3/08, el universo de habitantes se amplió a todos aquellos habitantes que requieran orientación y asesoramiento. Desde entonces corresponde a la OOH brindar al consultante una respuesta integral, teniendo como norte las problemáticas reales de las personas e intentando zanjar los problemas que podrían surgir de la división de las competencias en fero (Cormick y Golodny, 2013:115).

A su vez, la resolución DG N° 91/11, ratifica el compromiso de la Defensoría por el cumplimiento de las 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, por lo que entendemos que, sobre la base de dichas resoluciones y el compromiso aceptado por la Defensoría, estas son las herramientas específicas y los mecanismos concretos con las que cuenta la defensa para garantizar la efectiva protección de los derechos humanos de las personas afectadas en su salud mental. A ello, a su vez, deben aunarse otras áreas de la defensoría como la Secretaría General de Derechos Humanos que también se encarga de cuestiones vinculadas directa o indirectamente a la materia.

26 En las causas N° 3738/10 “P., S. B.”, rta. el 7/10/11; N° 39199/10 “C., A. I.”, rta. el 21/10/11; N° 13273/10 “S., S. M.”, rta. el 17/11/11 y N° 6309/11 “L. C., S.”, rta. el 7/12/11.

27 La Sala I en la causa N° 28357-01-CC/10 “D., V. A.”, rta. el 17/11/10, pronunció: (S)í bien el encartado no fue –al menos hasta el momento- declarado incapaz, ha sido internado en una institución psiquiátrica desde el inicio del procedimiento y se ha admitido que su hermana [...] designe en su nombre defensor particular [...]. Todo ello, sumado a la índole de los planteos efectuados por el Asesor Tutelar –sin perjuicio de que podían haber sido planteados por la defensa-, nos convencen que D. [el imputado] se encuentra en una situación de desventaja jurídica que requiere la intervención del Dr. Bigalli [Asesor Tutelar], pues tal como afirmamos aun cuando por el momento no ha sido declarado incapaz, su estado de salud psíquica –teniendo en cuenta los informes médicos adjuntos a la presente- ha determinado su internación en el Hospital Borda.

Del mismo modo, la Sala II en la causa N° 10605/12 “D. O., M. A.”, rta. el 26/10/12, resolvió:

[S]i bien hasta el momento D. O. [el imputado] no ha sido declarado incapaz, la existencia de posibles padecimientos en su salud psíquica-física [...] conllevan a reconocer la legitimación de la asesora tutelar para intervenir en representación del nombrado. (Voto de los Dres. De Langhe y Bosch).

Resaltamos el rol de la Defensa Pública como herramienta para efectivizar el acceso a la justicia. La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos ha entendido que el acceso a la justicia es un derecho autónomo que permite ejercer y proteger otros derechos y, asimismo, impulsa el rol de la defensa pública oficial como herramienta eficaz para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, para ello es fundamental su independencia y autonomía<sup>28</sup>.

Consideramos importante destacar que muchas veces ocurre que en los casos de detenciones en flagrancia se dificulta la entrada de los médicos de la Defensa Pública que pertenecen a la Oficina de Asistencia Técnica a las comisarías, porque no son autorizados por personal del Ministerio Público Fiscal, por lo que, a veces, se dan supuestos en que personas afectadas en su salud mental ven retardado el efectivo ejercicio de sus derechos fundamentales al no poder ser evaluados debidamente y al no poder recomendar, en consecuencia, de considerarlo necesario el profesional, el traslado a un hospital general para una evaluación interdisciplinaria.

También se advierte que, al margen de esta situación concreta, como herramienta efectiva lo que falta es la sanción de un protocolo de actuación conjunta entre el Consejo de la Magistratura y los tres Ministerios (Ministerio Público de la Defensa, Ministerio Público Fiscal y Asesoría Tutelar), para establecer cómo proceder cuando personas afectadas en su salud mental son detenidos en flagrancia por la supuesta comisión de delitos para, así, no limitar el ejercicio efectivo de sus derechos. Lo cierto es que en este aspecto consideramos que si bien la Dirección de Medicina Forense tiene guardias permanentes y ellos podrían realizar los exámenes, esto no es lo correcto, pues por la nueva Ley Nacional de Salud Mental se exige que los exámenes sean realizados en hospitales públicos y particularmente en hospitales generales.

Por ello, adelantándonos en el camino cuando estos actores se pongan de acuerdo para confeccionar dicho protocolo -que entendemos necesario para la efectiva protección de los derechos-, este debe tender a que la persona después de ser evaluada por los peritos de los distintos Ministerios y, en los casos en que dichos profesionales detecten alguna afección en su salud mental, sea trasladada al hospital público para que debidamente se la evalúe y dar cumplimiento acabado por lo establecido en la ley. De este modo, la circunstancia no quedaría al libre arbitrio de los actores procesales involucrados, como lamentablemente muchas veces ocurre en la realidad, donde se continúan procesos penales indefinidos con personas afectadas en su salud mental, en vez de hacer un análisis integral y respetuoso de los derechos humanos.

Así, se armonizaría el proceso penal con lo establecido en la Ley Nacional de Salud Mental, y se lograría que los derechos que se consagran en la norma no se tornen ilusorios, porque como bien afirma Villaverde:

Son los impedimentos prácticos los que generan mayor preocupación: carencia de intérpretes o de asistencia letrada formada adecuadamente que

28 Asamblea General de la OEA en AG/RES. 2656 (XLI-O/11), "Garantías para el Acceso a la Justicia. El rol de los Defensores Públicos Oficiales" (Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011, en el 41º Período Ordinario de Sesiones). Criterio reiterado en AG/RES. 2714 (XLII-O/12), "Defensa Pública Oficial como Garantía de Acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad" (Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2012, en el 42º Período Ordinario de Sesiones) y en AG/RES. 2801 (XLIII-O/13), "Hacia la autonomía de la Defensa Pública Oficial como Garantía de Acceso a la Justicia" (Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2013, en el 43º Período Ordinario de Sesiones).

obstuye las garantías efectivas de un debido proceso, falta de medios que faciliten la participación y comprensión del proceso judicial, falta de concienciación por parte de los operadores jurídicos y en particular de los jueces, deficiente sistema de información e inexistencia de material legal disponibles en formas accesibles (Villaverde, 2008).

No se nos escapa que el tratamiento de personas afectadas en su salud mental en el ámbito del derecho se trata de una problemática compleja que involucra a múltiples actores y a múltiples disciplinas, y si bien con respecto al paradigma anterior consideramos que avanzamos significativamente, aún restan varias cuestiones a hacer, tales como la creación de un protocolo de actuación conjunta para garantizar la efectiva protección de los derechos consagrados. Por ello, consideramos que si bien resulta un paso significativo, no basta con una legislación innovadora y a la altura de las declaraciones de derechos humanos en la materia, sino que además se debe desterrar la permanencia de las viejas prácticas en la materia y los consecuentes procesos de estigmatización y fomentar la instauración de mecanismos concretos de protección que protejan y vuelvan efectivo lo consagrado en la legislación, para así empezar efectivamente a disminuir los altos grados de inequidad.

## **VI. Reflexiones finales**

Bastará comenzar estas reflexiones finales destacando la obviedad de que todos somos sujetos de derechos, y como tal debemos ser incluidos, y contar con igualdad de posibilidades para acceder debidamente a la justicia. Por ello, en este trabajo hemos reivindicado tanto la sanción de una nueva Ley Nacional de Salud Mental, como su reglamentación más respetuosa y más cercana al paradigma consagrado por los tratados de derechos humanos que no obstaculice la potencialidad de los sujetos con discapacidad como sujetos de derechos. Esto redunda en dos circunstancias, por un lado, y como primer punto, por medio de la legislación tratar de eliminar cualquier barrera para que las personas afectadas en su salud mental puedan acceder a la justicia en el sentido previsto en este trabajo y, por otro, y una vez consagrada dicha legislación, contar con dispositivos concretos que favorezcan la inclusión, el respeto y el resguardo de su calidad como personas.

Pudimos ver que la concepción y los concep-

tos tanto de discapacidad en general como la discapacidad mental en particular han atravesado cambios profundos a lo largo de la historia y también han logrado distintas transformaciones. Así es como de unos años a esta parte se logra pasar de un modelo de corte netamente tutelar a un modelo bio-psico-socio-cultural, y se define a la discapacidad como una problemática de la que todos formamos parte desde un aspecto social, y a partir del que debemos brindar respuestas efectivas y de derechos humanos desde lo jurídico.

Desde este proceso de cambio y transformación, desde hace unos años la Argentina empieza a receptar legislativamente las normas de derechos humanos sobre el tema y, más en concreto, en los últimos años, a sancionar normas específicas que rijan y establezcan un piso mínimo en todo el territorio nacional para adaptar la normativa interna a este nuevo paradigma respetuoso de los derechos humanos. Así es como, en este contexto, la Argentina sancionó la Ley N° 26.657 (Ley Nacional de Salud Mental), norma evidentemente necesaria, pero no autosuficiente, puesto que requiere de otros mecanismos y herramientas para que los derechos que ella intenta proteger se vean efectivamente garantizados.

En base a ello, y una vez desterrado por completo el paradigma que, como vimos, nació en la modernidad y entendía a la salud mental desde un aspecto biomédico y peligroso, y consagrando una legislación para que los estos derechos esenciales no sean vulnerados, asistimos a una realidad en la cual los sujetos afectados en salud mental deben contar con herramientas y mecanismos concretos de protección más allá de lo consagrado legislativamente, para acceder efectivamente a la justicia, y esto es tanto para salir una vez insertos en el aparato penal como para resguardar efectivamente sus derechos mientras dure el proceso seguido en su contra. Solo así podemos empezar a hablar efectivamente de condiciones de igualdad.

Estas herramientas y mecanismos concretos de protección desde lo legislativo a la vez que reafirman el nuevo paradigma por un lado, por otro, constituyen un verdadero desafío, puesto que son demostrativos de la efectiva protección de derechos y de nuevas formas que dejan atrás los arcaicos procesos de reclusión indeterminada y estigmatización, aunque

tampoco podemos desconocer que la permanencia de algunas normas que no resultan compatibles con la nueva ley –v. gr., medidas de seguridad del artículo 34 del Código Penal- parecen demostrar las complejidades propias de la temática que nos deja entrever que falta un importante camino para recorrer hacia la efectiva concreción de estos derechos.

Entonces, adecuando al tema de estudio la frase citada al inicio, concluimos: para que una persona afectada en su salud mental pueda ejercer con plenitud su derecho de defensa, primero tiene que acceder a la justicia, y para acceder a la justicia no basta solo con la sanción de la norma que proteja en el ámbito interno lo que fue consagrado por los mecanismos e instrumentos de derechos humanos, sino que para que esa norma adquiera realmente efectividad se necesitan herramientas concretas que tiendan a garantizar el acceso a la justicia y la igualdad y no tengan ilusorios los mismos derechos protegidos por la ley.

Cabe concluir, retomando la cita de Squella, que no basta con que un derecho subjetivo se encuentre consagrado por el ordenamiento, sino que se hace necesario, además, que se provean los medios aptos para prevenir en lo posible la violación a la norma que lo instituye. En este sentido, la creación de las herramientas y mecanismos concretos de protección para la nueva ley de salud mental que pretendemos señalar a lo largo de ese trabajo tiende, paulatinamente, a ello, admitiendo a su vez que si bien todo esto constituye un avance, aún resta mucho por hacer para que las personas afectadas en su salud mental puedan acceder debidamente a la justicia y desde el primer momento se respete su dignidad, su condición de persona y se resguarde efectivamente sus derechos humanos.

### Referencias bibliográficas

- Álvarez, Gladys (2003). *La mediación penal y el acceso a justicia*. Rubinzal – Culzoni Editores. Santa Fe.
- Anitua, Gabriel (2011). “La defensa pública como garantía de acceso a la justicia”, publicado en *Revista del Ministerio Público de la Defensa*. Año 5, número 7. Defensoría General de la Nación. Buenos Aires.
- Carignano, Florencia (2012). “¿Qué es el acceso a la justicia?”, en *Discapacidad, Justicia y Estado. Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad*. Pablo Rosales (Director). Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Buenos Aires.
- Cayuso, Susana (2007). *Constitución de la Nación Argentina. Claves para el estudio inicial de la norma fundamental*. La Ley. Buenos Aires.
- CELS (2007). “Vidas arrasadas: la segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos. Informe sobre Derechos Humanos y Salud Mental en Argentina.” Disponible en: [www.cels.org.ar](http://www.cels.org.ar) (consultado por última vez el 31/06/2013).
- Cormick, Martín y Golodny, Federico (2013). “La descentralización como herramienta de accesos a la justicia. El caso de la Oficina de Orientación al Habitante”, en *Revista Institucio-*

*nal de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Año 3, número 4. Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires. Buenos Aires.*

Descartes, René (2004). *Discurso del método. Meditaciones metafísicas*. Terramar. La Plata.

Espósito, Claudio (2012). “Acceso a la justicia de las personas con discapacidad intelectual. De la estigmatización al ejercicio de los derechos”, en Pablo Rosales (Director). *Discapacidad, Justicia y Estado. Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad*. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Buenos Aires.

Foucault, Michel (2011). *Los anormales*. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires.

Goffman, Erving (2009). *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*. Amorrortu Editores. Buenos Aires.

Gorbacz, Leonardo (2011). “La ley de salud mental y el proyecto nacional”, publicado en *Panorámicas de Salud Mental*. A un año de la sanción de la ley 26.657. Colección: De incapaces a sujetos de derechos seis. Eudeba y Ministerios Público Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires. Buenos Aires.

Franco, Mariel y Blanco, Laura (1998), “El enfoque de riesgo”, en Eroles, Carlos (comp.). *Familia y Trabajo Social, un enfoque clínico e interdisciplinario*. Espacio Editorial. Buenos Aires.

Hegglin, María Florencia (2006). *Los enfermos mentales en el derecho penal. Contradicciones y falencias del sistema de medidas de seguridad*. Editores del Puerto. Buenos Aires.

Kuhn, Thomas (1971). *La estructura de las revoluciones científicas*. Fondo de cultura económica. España.

Laufer Cabrera, Mariano y Capurro Robles, Facundo (2013). “La internación involuntaria en salud mental. La figura del defensor público como apoyo en la toma de decisiones. Primeras experiencias jurisprudenciales”, en Francisco Bariffi (coordinador). *Práctica Clínica y Litigación estratégica en discapacidad y derechos humanos*.

*manos, Algunas experiencias de Iberoamérica*, Dykinson S.L. Madrid.

Plazas, Florencia (2013), “Medidas de Seguridad y Ley Nacional de Salud Mental”, en Leonardo G. Pitlevnik (Director). *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* 14, Hammurabi. Buenos Aires.

Raffin, Marcelo (2006). *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del Cono Sur*. Editores del Puerto. Buenos Aires.

Rivera Ramos, Efrén (2000). “La igualdad: un enfoque multi-dimensional”, en Roberto Saba (Coordinador). *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Universidad de Palermo. Buenos Aires.

Ruiz, Alicia (2008). “Asumir la vulnerabilidad”, publicado en *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*. Defensoría General de la Nación. Buenos Aires.

Seda, Juan (2011). *Discapacidad intelectual y reclusión. Una mirada antropológica sobre la Colonia Montes de Oca*. Noveduc. Buenos Aires.

Squella, Agustín (1996). “Democracia y Derecho”, en Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta (Directores). *El derecho y la justicia*. Editorial Trotta. Madrid.

Villaverde, María Silvia (2008). “La nueva Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU). En clave de derechos civiles y políticos”, en *Semenario de Jurisprudencia Argentina*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Disponible en: [www.villaverde.com.ar](http://www.villaverde.com.ar) (consultado por última vez el 31/06/2013).

Villaverde, María Silvia (2012). “Participación en el proceso de niñas, niños y adolescentes con discapacidad. Garantías adicionales del debido proceso”, en Pablo Rosales (Director). *Discapacidad, Justicia y Estado. Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad*. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Buenos Aires.

# Violencia de género y/o violencia doméstica: Modelos de intervención

Dra. María Acale Sánchez<sup>1</sup>  
Catedrática de Derecho penal de la Universidad de Cádiz (España).

I. PLANTEAMIENTO. II. MODELO DE INTERVENCIÓN PENAL NORMALIZADA EN MATERIA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA (ARGENTINA). III. MODELO DE INTERVENCION PENAL EXPRESA EN MATERIA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA. III.1 Acercamiento. III.2 El delito de malos tratos habituales en el Código penal español. III.3 El delito de malos tratos del Código penal uruguayo. IV. MODELOS DE INTERVENCIÓN PENAL SEXUADA EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO. IV.1 Acercamiento. IV.2. El modelo brasileño: la circunstancia agravante genérica de discriminación hacia la mujer. IV.3 La sexualización de determinados delitos en particular IV.3.1 La incorporación del género como elemento típico en determinados delitos menos graves. IV.3.1.1 Acercamiento. IV.3.1.2 El modelo español. IV.3.1.2.1 Preliminares. IV.3.1.2.2 Modificaciones en el ámbito penológico. IV.3.1.2.3 Los singulares tipos penales sexuados. IV.3.1.3 El modelo venezolano. IV.4 La tipificación del feminicidio como delito. IV.4.1 Perú y Chile. IV.4.2 México. IV.4.3. Costa Rica, Guatemala y El Salvador. IV.5 La singularidad que representa la referencia a la mujer en el párrafo 2º del art. 321 bis del Código penal uruguayo. V. RECOPILACIÓN Y CONCLUSIONES. Bibliografía

## I. PLANTEAMIENTO

Al día de hoy, y después de una lenta y costosa evolución, los países de nuestro entorno cultural consideran que la violencia que se ejerce en el ámbito familiar constituye un problema público que reclama soluciones también públicas para atajarlo. En particular, de todas las formas de violencia doméstica existentes, brilla con luz propia la que soportan las mujeres a manos de los hombres que son o han sido sus maridos o compañeros sentimentales: basta comprobar la sangría de cifras que proporcionan las estadísticas oficiales.

Este fenómeno se repite por todas partes del mundo. De ahí que Naciones Unidas pronto empezara a tomar cartas en el asunto. En este sentido, la IV Conferencia sobre las Mujeres celebrada en Pekín en 1995 definió la violencia contra las mujeres como “todo acto de violencia sexista que tiene como resultado posible o real un daño de naturaleza física, sexual, psicológica, incluyendo las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de libertad para las mujeres, ya se produzca en la vida pública o privada”. Esta definición es la base sobre la que posteriormente los Estados firmantes han comenzado a identificar el problema y a ponerle coto, implementando mecanismos y adaptándola a sus peculiaridades geográficas, políticas y sociales. Desde

<sup>1</sup> Investigadora responsable del Proyecto I+D “Igualdad y Derecho penal: el género y la nacionalidad como factores primarios de discriminación” (DER 2010-19781).

entonces, los esfuerzos por parte de Naciones Unidas, no cesan, como consecuencia de que tampoco cesa la violencia contra las mujeres; entre ellos, ha de resaltarse la creación de la unidad para la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer ONU MUJERES, visibilizando con su propia existencia la gravedad del problema internacional.

En la Unión Europea, tampoco escasean esfuerzos en esta línea. Basta recordar en este momento la aprobación de la Decisión Marco EU-wide protection for victims of crime. Agreement on the European Protection Order de 23 de septiembre de 2011, cuya finalidad es garantizar también a las víctimas su derecho fundamental a la libre circulación por el territorio de la Unión, llevándose consigo la orden de protección que en cualquier Estado se haya adoptado.

En el marco geográfico y político de América latina es necesario mencionar la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belém do Pará, de 9 julio de 1994), por la incidencia que

ha tenido en la concienciación por parte de los Estados de su obligación de actuar para acabar con semejante problema. Su art. 1 señala que “para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Sin duda, algunos pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Justicia han venido a contribuir a visibilizar esta clase de violencia<sup>2</sup>, concienciando.

No obstante, aunque la necesidad de poner coto a semejante problema es común, cuando se desciende al ámbito del Derecho comparado se comprueba que los modelos internos de intervención difieren considerablemente de unos países a otros. En términos generales se aprecia que existe una amplia coincidencia en las actuaciones procesales previstas para proteger a la víctima<sup>3</sup>, pero cuando se desciende al análisis de las normas penales, se diversifica la respuesta.

Por otro lado, como se analizará a continuación, la mayor parte de los países que han procedido a intervenir en materia penal incluyendo delitos de violencia doméstica y/o de género, lo han hecho aprobando leyes “integrales” que intentan hacer frente al fenómeno que regulan como un todo y con todo el arsenal con el que cuenta el ordenamiento jurídico, acudiendo también a mecanismos de naturaleza civil, procesal, o laboral.

El contexto sobre el que se levanta al día de hoy la preocupación de las distintas legislaciones para hacer frente a la violencia doméstica y/o de género, en particular, cuando se trata de la que sufren las mujeres, no es otro que el de la discriminación, pues se trata de la forma de manifestación más clara –y ejemplificadora– que sufre la mujer por el mero hecho de serlo<sup>4</sup>: en efecto, durante años las mujeres han sufrido estos actos de violencia a manos de los hombres en el marco de la sociedad patriarcal, que le revestía a él de poderes, al tiempo que las desposeía a ellas de cualquier derecho, incluso del derecho a ser protegidas por las leyes penales, pues aunque sin duda alguna han existido tipos penales que han hecho expresa referencia a ellas, lo han hecho no como personas en sí mismas consideradas, sino como madres, esposas o hijas, esto es, velando por el papel que la sociedad patriarcal ha venido disponiendo para ellas<sup>5</sup>.

2 Puede verse la Sentencia de 16 de abril de 2001, en la que se condena al Estado brasileño por no hacer efectiva las penas impuestas a un hombre condenado por intentar matar varias veces a su esposa (Maria da Penha), o la de 16 de noviembre de 2009 en la que se condena al Estado mexicano por no hacer nada por averiguar las muertes violentas de mujeres en Ciudad Juárez, caso González y otras contra México, conocido como “Campo Algodonero”; asimismo, puede verse Informe que presentó ante la Corte Marcela Lagarde, como experta en derechos humanos de las mujeres y que contribuyó ampliamente a la condena del Estado mexicano (<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/expedientes/Lagarde.pdf>).

3 Destaca en particular la perfección que ha alcanzado en estos ordenamientos la orden de protección, en el convencimiento de que la primera necesidad que tiene la víctima del delito, desde el mismo momento en que denuncia los hechos, es que se salvaguarde su propia seguridad personal, sintiéndose arropadas por el Estado, que con institutos como éstos tienden a contrarrestar su precaria situación. Han sido precisamente estas respuestas erróneas las que han determinado en otros momentos históricos que las víctimas tuvieran miedo a interponer la denuncia, pues el Estado no se comprometía con ellas, protegiéndolas; y de que a la vez se sucedieran en el tiempo nuevos actos violentos, aumentando su gravedad y paralelamente aumentando el peligro para la vida de la víctima. Y si ésta no se atreve a denunciar, difícilmente va a salir a flote la bolsa oculta de criminalidad y por ende, difícilmente se van a poder ofrecer respuestas eficaces frente a un fenómeno cuyo contorno se desconoce.

4 Por todos, vid. LAGARDE Y DE LOS RIOS, Marcela, *Identidad de Género y Derechos Humanos. La construcción de las humanas*, ed. Universidad Nacional, Costa Rica, 1999, disponible on line en [www.amdh.org.mx/mujeres3/biblioteca/Doc.../5.../3...mujeres/24.pdf](http://www.amdh.org.mx/mujeres3/biblioteca/Doc.../5.../3...mujeres/24.pdf). (sin paginar).

5 Vid. en sentido amplio, ACALE SÁNCHEZ, María, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, ed. Reus, Madrid, 2006, pp. 21 y ss.

Si se constata el dato de que por muchas leyes que se van aprobando, lamentablemente ninguna de ellas parece haber podido ponerle frente a esta clase de violencia, quizás no sea aventurado afirmar que no solo de leyes puede alimentarse la sociedad: es decir, una sociedad machista no puede generar “a la fuerza” leyes igualitarias de la noche a la mañana; se requiere un cambio profundo de convicciones, que solo mediante una educación en valores de igualdad y de resolución pacífica de conflictos puede acabar de una vez por todas con la violencia de género.

## II. MODELO DE INTERVENCIÓN PENAL NORMALIZADA EN MATERIA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA (ARGENTINA)

La Ley nacional argentina 24.417, de protección contra la violencia familiar de 7 de diciembre de 1994<sup>6</sup> se caracteriza por tener naturaleza puramente procesal, afanándose en la regulación de las cuestiones relativas a la denuncia, las medidas cautelares o la mediación, dejando intacto el Código penal<sup>7</sup>.

Su art. 8 incorpora como segundo párrafo al art. 310 del Código procesal penal la siguiente previsión: “en los procesos por alguno de los delitos previstos en el libro II, Títulos I (delitos contra la vida), II (lesiones), III (homicidio o lesiones en riña), V (abuso de armas) y VI (abuso de personas –abandono–) y título V capítulo I (delitos contra la libertad individual) del Código penal cometidos dentro del grupo familiar conviviente, aunque estuviese constituido por uniones de hecho, y las circunstancias del caso hiciéren presumir fundadamente que puede repetirse, el juez podrá disponer como medida cautelar la exclusión del hogar del procesado...”. De esta forma, se pone de manifiesto la lista de delitos en los que se traduce la violencia doméstica, aunque ninguno de ellos añada ningún elemento objetivo o subjetivo específico que permita valorar de forma expresa lo doméstico en el tipo, en la antijuricidad, en la culpabilidad, ni en la punibilidad.

Con posterioridad, el 11 de marzo de 2009 vio la luz la Ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Es una ley “integral” que define la violencia de género, reconoce derechos a las víctimas, organiza las medidas cautelares penales y civiles, obligando al agresor a realizar terapia. Entre otras cosas, en su art. 6.a define la violencia doméstica contra las mujeres como “aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde esta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres”; y finalmente, a los efectos que aquí interesa, es necesario resaltar el art. 41, en el que se señala que “en ningún caso las conductas, actos u omisiones previstas en la presente ley importarán la creación de nuevos tipos penales, ni la modificación o derogación de los vigentes”<sup>8</sup>.

Visto el contenido de las leyes que regulan la violencia familiar por un lado, y la violencia contra las mujeres por otro, al día

6 Desarrollada por el Decreto Nacional 235/96, Reglamento de la Ley 24.417 de protección contra la violencia familiar, de 7 de marzo de 1996 sobre asistencia letrada, denuncias, registros.

7 Tampoco Cuba castiga ninguna conducta que específicamente tenga que ver con la violencia de género o con la doméstica, aunque a diferencia de Argentina, tampoco han aprobado leyes no penales ni procesales para atajar estas formas de violencia. Dentro del Código penal cubano, pues, para hacer frente a este fenómeno es necesario acudir a los correspondientes delitos de homicidios, lesiones, amenazas o coacciones que se hayan producido, sin que se pueda ir más allá de la aplicación del parentesco como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal para valorar la especial relación existente entre los sujetos activo y pasivo. Tan solo el delito de parricidio parece tener en especial consideración la relación familiar entre los sujetos activos y pasivos del maltrato, pero sin especificar, más allá de ello, el sexo de los implicados (art. 264). Ha de señalarse que las estadísticas criminales en Cuba no son públicas y por tanto, solo puede hacerse un mero acercamiento a la violencia doméstica y de género porque no se sabe si como en todos los lugares del mundo, las mujeres sufren esta clase de atentados o si la revolución cubana, que ha fomentado la igualdad de sexo, ha conseguido atajar las cifras. Vid. HECHEVARRÍA BARZAGA, Kenia y otros “Caracterización de la violencia intrafamiliar hacia la mujer”, en *Revista Electrónica de Ciencias Holguín* mth 2009/4; PROVEYER CERVANTES, Claudia, “Los estudios de la violencia contra la mujer en las relaciones de pareja en Cuba: una reflexión crítica”, en *Academia*, 2002/1, vol. 2.

8 Finalmente, esta Ley ha sido reglamentada a través del Decreto 1011/2010.

de hoy puede concluirse que aunque se legisla para hacer frente a la violencia doméstica y de género, en cumplimiento de las previsiones contenidas en la Convención de Belém Do Pará<sup>9</sup>, no se ha recurrido al Código penal ni para incluir un delito en el que se proteja frente a la violencia doméstica a todos los miembros de la familia, ni a las mujeres en particular frente a la violencia de género que en ese ámbito padecen\*.

Ahora bien, la falta de tipificación expresa no significa que se desprecie el género o los vínculos domésticos a los efectos de la concreción de la responsabilidad criminal; esto es, no se trata de elementos neutros, en la medida en que añaden un plus de injusto y/o de culpabilidad a los resultados de homicidios, lesiones, amenazas o atentados contra la libertad sexual producidos. Esto es lo que pone de manifiesto la lectura de la jurisprudencia argentina, de la que se deduce que se trata de factores que determinan la medición de la responsabilidad criminal, recurriendo a las distintas posibilidades que ofrecen las teorías del delito y de la pena.

En este sentido, la Sentencia número 26, de 31 de agosto de 2011, afirma que la “condición de mujer de la víctima y los vínculos personales con el autor” –en un supuesto en el que se termina condenado por amenazas y lesiones– aumentan la culpabilidad del autor, y se ponderan en el ámbito de las circunstancias modificativas de

la responsabilidad criminal, con claros efectos en la determinación de la pena<sup>10</sup>. Esto conlleva que en cada caso, haya que proceder a la prueba de los elementos confluientes, sin que quepa presumir a priori que todo acto de agresión en el que intervengan un hombre y una mujer sea ya por eso mismo constitutivo de violencia de género. En este sentido, se manifiesta el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 14 Penal, Contravencional y de Faltas. Autos: G., G. D. s/inf. de 23-11-2011: “por ello, debe ser probada autónomamente y por separado del dolo, y solo así podrá fundar una mayor pena, de modo constitucionalmente tolerable, en tanto nuestro derecho positivo admite los ‘bajos motivos’ como fundamento de un incremento de injusto, en sentido similar a lo que sucede con el homicidio ‘por odio racial o religioso’. Aun cuando para el imputado siempre representará, de por sí, una cuestión delicada y problemática la doble valoración que, inevitablemente, se hará de la ‘violencia de género’ en el plano sustantivo (bajos motivos) y en el plano procesal (relajamiento del estándar probatorio)”. Igualmente, según los Autos de 23-11-2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 14 Penal, Contravencional y de Faltas, ha de probarse que los hechos del caso: “a) tuvieron lugar basados en ‘su género’: b) que se basaron en una relación desigual de poder; c) que la mujer vivía sujeta a prácticas sistemáticas que la ponían en desventaja respecto del varón; d) en definitiva deben probarse en el juicio los extremos que dan sustento al entramado jurídico de esos cuerpos legales, que usualmente pretenden ser utilizados para omitir todo esfuerzo razonable y concreto para probar, en legal forma, las acusaciones que se formulan contra personas que, huelga repetirlo, ‘son inocentes hasta que no se demuestre lo contrario’”.

El hecho de que la existencia de un supuesto de violencia de género sea criterio que haya de tenerse en consideración en el caso concreto exige la prueba de la incidencia en el injusto cometido o en la culpabilidad del autor<sup>11</sup>. De esta forma, se evita consagrar presunciones que, como resaltan estas sentencias, causan el efecto perverso de relajar los estándares probatorios, en la medida en que si se presupone una mayor pena en todo caso cuando concurren unas determinadas circunstancias en los sujetos activos y pasivos, se automatiza la respuesta penal, restando sitio a la discreciona-

9 Como afirma el Auto de 23-11-2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 14 Penal, Contravencional y de Faltas “¿Podemos decir, con seriedad, que la actuación del Estado argentino está comprometida por omisión, en función de las obligaciones asumidas en la Convención de Belén do Pará y en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer? No sería válido ni legítimo extraer como conclusión que el dictado de aquellas normas impone a los Estados dar satisfacción a las obligaciones allí asumidas exclusivamente a través de la vía penal”.

\* Este trabajo fue finalizado antes de la sanción de la ley 26.791, aprobada por el Parlamento argentino el 14 de noviembre de 2012.

10 En el mismo sentido se manifiesta el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 Penal, Contravencional y de Faltas. Autos: G., G. D. s/inf. de 23-11-2011 Art. 149 bis (amenazas simples) cuando afirma que “la cuestión de género, en ausencia de tipos especiales dentro de nuestro Código penal, debe ser analizada exclusivamente dentro de la culpabilidad, como especial motivación del autor al hecho”.

11 Vid. la distinción que practica ZAFFARONI entre elementos típicos y elementos que afectan a la motivación y que por ende se valoran en sede de culpabilidad: ZAFFARONI, Ernesto Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, ed. EDIAR, Buenos Aires, 2000, p. 518.

lidad judicial. El juez queda en estos sistemas muchas veces reemplazado por la policía: basta con constatar mediante la investigación la concurrencia de una serie de elementos<sup>12</sup>.

Este modelo tiene la ventaja de que normaliza la reacción penal frente a la violencia de género, con los instrumentos que ofrece la dogmática, aunque deja sin protección el ámbito doméstico como realidad autónoma de los bienes jurídicos individuales que se ven involucrados en el contexto de la violencia en la familia, aunque para que pueda desarrollar todos sus efectos debe contar con operadores jurídicos que dominen una teoría del delito y de la pena “de género”, que les permita con su formación abarcar la complejidad del fenómeno criminal de referencia. De ahí que solo si a la vez que se apuesta por la no sexualización de los tipos penales, se apuesta por la especialización judicial, se podrá asegurar una respuesta judicial que abarque todas las complicaciones de esta clase de violencia<sup>13</sup>.

De todas formas, como se examinará posteriormente, el hecho de que al día de hoy se esté tramitando en Argentina una reforma del Código penal para incluir el delito de feminicidio<sup>14</sup>, al que posteriormente se hará referencia, supone una ruptura con esta línea de pensamiento.

### III. MODELO DE INTERVENCIÓN PENAL EXPRESA EN MATERIA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

#### III.1 *Acercamiento*

Como se ha visto, el ordenamiento jurídico argentino representa un modelo de mínimos, en la medida en que si bien identifica con nombre propio los fenómenos criminales que se producen en el ámbito de la violencia doméstica y de la violencia de género, a través de las Leyes 24.417 y 26.485, no interviene penalmente.

En la línea opuesta se encuentran una pluralidad de países, que sí reconocen la violencia doméstica como delito con nombre: entre ellos, España y Uruguay, a los que se prestará una especial atención a continuación.

Ha de señalarse que en la mayor parte de estos países, los legisladores no se han limitado a incorporar al ordenamiento jurídico un delito específicamente relacionado con la violencia doméstica, sino que han llegado más allá, pues a fin de evitar la fácil huida al Derecho penal, antes, simultáneamente o con posterioridad al momento de la inclusión en el Código penal de las figuras delictivas, han aprobado leyes “integrales” cuya finalidad ha sido la de hacer frente a la violencia doméstica desde todos los flancos. Estos países no coinciden en la técnica legislativa empleada pues si bien muchos de ellos incorporan las figuras constitutivas de delito al interior de sus Códigos penales, convirtiéndolas la mayoría de las veces en leyes penales en blanco que se remiten a los conceptos de violencia doméstica definidos fuera del Código, otras lo hacen las propias leyes especiales, evitando así la dispersión legislativa que lleva aparejada la utilización de la técnica de las leyes penales especiales, pero, eso sí, quedándose formalmente fuera del Código penal.

12 Sobre el relajamiento de los estándares probatorios, afirma la Sentencia de 23 de noviembre de 2011 G.G.D. inf. art. 149 bis que “se corre el peligro concreto de fomentar las denuncias falsas, y de un uso fraudulento de los procesos de separación... Y además, reitero, podría resultar vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, conectado con el principio de culpabilidad, debido a la presunción sin posibilidad de prueba en contrario de que la violencia del varón hacia la que es o fue su pareja constituye una manifestación de discriminación (violencia de género)”.

13 No puede olvidarse que los errores judiciales cometidos en España son los que forzaron al legislador en 2004 a la aprobación de la LO 1/2004, a la que posteriormente se hará referencia; lo mismo podría decirse de la Ley brasileña María Da Penha, que toma nombre de víctima.

14 Vid. Código Mar de Plata, 6 de octubre 2012; Página 12, 4 de octubre de 2012 ([www.pagina12.com.ar](http://www.pagina12.com.ar)).

Pero también otros países europeos como Suecia (Sección 4<sup>a</sup>, del Capítulo IV del Código penal, como “delito contra la libertad y la paz”), Alemania (art. 225 del Código penal, dentro de los delitos de lesiones; el 11 de diciembre de 2001, se aprobó la *Gewaltschutzgesetz*), Italia (art. 572 del Código penal dentro de los “delitos contra la familia” del Título XI, Capítulo IV; junto ello, ha de tenerse en consideración la Legge 254/2001, de 5 de abril de 2001, sobre “Misure contro la violenza nella relazioni familiari”<sup>15</sup>, y americanos, como Chile (art. 14 de la Ley Chilena 20.066, de 22 de septiembre de 2005, sobre violencia intrafamiliar), Colombia (en el interior de la Ley 294 de 1996, modificada por la Ley 1257 de 2008, por la cual se desarrolla el art. 42 de la Constitución política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar: dedica su Título V a castigar los “delitos contra la armonía y la unidad de la familiar”), México (arts. 343 bis y siguientes del Código penal federal, dentro de los delitos “contra la vida y la integridad corporal” -Título XIX; a nivel de los Estados federados, puede verse la Ley del Distrito federal de México, Decreto 198, de 25 de septiembre de 2008 para la prevención y erradicación de la violencia familiar), El Salvador (art. 200 del Código penal, dentro del Título VII donde se castigan los “delitos contra las relaciones familiares”; ha de tenerse en consideración lo dispuesto en la Ley contra la violencia intrafamiliar, Decreto 902, de 5 de diciembre de 1996), Perú (art. 121-B del Código penal, dentro

del Capítulo III sobre las “lesiones” del Título I en el que se castigan los “delitos contra la vida, el cuerpo y la salud”), Costa Rica (a través de su Ley 7.586 contra la violencia doméstica de 10 de abril de 1996; posteriormente ha visto la luz la Ley 8.589 de penalización de las violencias contra las mujeres, de 12 de abril de 2007), Guatemala (a través del Decreto 22-208 que aprueba la Ley contra el Feminicidio y otras formas de violencia contra la mujer) o Estados Unidos (Violence Against Women Act -VAWA- de 1994, posteriormente modificada en 2000 y 2005), proceden a intervenir expresamente en esta materia.

Muchos de estos países, una vez que reconocieron la violencia doméstica como una realidad criminológica que ameritaba una respuesta penal específica, han ido procediendo con el tiempo a identificar dentro de los muros familiares una subclase de violencia doméstica que es la que sufren las mujeres a manos de los hombres con los que están o han estado casadas o unidas sentimentalmente, con o sin convivencia, por el mero hecho de ser mujeres y por los roles que históricamente se han visto forzadas a asumir en el seno de la pareja. De ahí que algunos de estos países cuenten, además, con regulaciones específicas sobre la violencia de género. Pero a esta realidad se hará referencia después, una vez se haya avanzado en el proceso de consolidación del bien jurídico que protegen los delitos relacionados con la violencia doméstica.

La ubicación sistemática de estas figuras delictivas, así como su relación con otras conductas con las que están estrechamente unidas difieren en una y otra regulación, en la medida en que si bien en algunos casos, el delito de violencia doméstica se considera un delito de lesiones, en otros, se le trata como un delito contra las relaciones familiares, o contra la integridad moral. Lógicamente, la identificación del bien jurídico protegido es crucial a los efectos de solventar las relaciones concursales entre el propio delito de violencia doméstica y los actos singulares en los que se concretan las singulares agresiones. Además, de ello va a depender también el momento de la consumación, y de su mano, la mayor o menor dificultad para admitir la legítima defensa de la víctima<sup>16</sup>.

### **III.2 El delito de malos tratos habituales en el Código penal español**

El 4 de diciembre de 1997, una señora has-

15 Ha de hacerse una salvedad respecto a Francia, en cuyo Código penal, tras reforma que del mismo operó la Loi 2006-399 du 4 avril 206 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, dentro del Libro I donde se regulan las reglas de parte general, el art. 132-80, como una regla de determinación de la pena, señala que “en los casos previstos por la ley, las penas previstas para un delito se agravarán cuando la infracción se cometía sobre el cónyuge o la persona unida por análoga relación o por un pacto civil de solidaridad. La circunstancia agravante prevista en el punto anterior se aplicará también cuando los hechos sean cometidos por ex cónyuges o ex compañeros sentimentales. Las disposiciones del presente artículo son aplicables desde que la infracción es cometida debido a las relaciones que han existido entre el autor de los hechos y la víctima”. La ley mencionada también modificó la pena de las agresiones sexuales, así como el art. 41.1 del Code de procédure pénale regulando el alejamiento y las prohibiciones de acercamiento al lugar de residencia de la víctima, a sus aledaños, u otros lugares que se establezca en la orden judicial.

16 Ampliamente: ACALE SÁNCHEZ, María, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 121 y ss.

ta entonces anónima, D<sup>a</sup> Ana Orantes, arropándose en una valentía que no conocía ni ella misma, hizo pública en la televisión los malos tratos a los que la sometía su marido del que se encontraba ya en vías de separación, pero con el que por una decisión judicial arriesgada, seguía compartiendo la vivienda: allí confesó que le daba continuas palizas y que la forzaba “borracho” a mantener relaciones sexuales. La publicación de ambos datos en semejante medio de comunicación dio lugar a muchos comentarios por parte de los vecinos del lugar, que se convirtieron repentinamente en espectadores de sus vidas, lo que provocó las iras de su ex marido que, según varios testigos, “prometió vengarse”<sup>17</sup>. A los pocos días, la ató, la roció con gasolina y la quemó viva. A consecuencia de estas acciones, D<sup>a</sup> Ana murió y su marido fue declarado culpable de un delito de asesinato, imponiéndosele una pena de prisión 17 años y a alejarse del lugar de residencia de sus hijos durante otros 5 años<sup>18</sup>. Este caso espoleó a la sociedad española, que hasta entonces venía haciendo oídos sordos, ignorando los gritos no siempre sofocados de mujeres victimizadas cotidianamente por sus maridos en la intimidad de sus respectivos hogares en el convencimiento de que “los trapos sucios se lavan en casa”.

Hasta entonces, la magnitud de esta clase de violencia era desconocida precisamente porque al no considerarse un “fenómeno”, no era objeto de estudio autónomo. Así, si se analizaban las estadísticas oficiales proporcionadas por el Ministerio del Interior, se comprobaba que se ignoraba el dato esencial de la relación de parentesco que existiera entre sujetos activos y pasivos en los delitos de homicidios, o de asesinatos o de lesiones computados. Cuando por fin esas estadísticas incorporaron semejante variable, la sociedad española empezó a preocuparse por atajar las cifras y de repente, la muerte de mujeres a manos de sus maridos pasó de no ser nada, a convertirse en un “fenómeno criminal especial”, al que las instituciones empezaron a prestar particular celo.

Antes ya de la muerte de D<sup>a</sup> Ana Orantes, la reforma del Código penal operada a través de la Ley Orgánica 3/1989 tipificó por primera vez como delito en el ordenamiento jurídico español los malos tratos físicos habituales en el ámbito familiar (art. 425) con la finalidad según se desprendía de su Exposición de motivos de “mejorar la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo”. Pero se trató de una figura delictiva de muy difícil aplicación judicial, por la complejidad que rodeó la interpretación de sus elementos típicos; ello propició que se convirtiera en un delito hueco, y su inclusión en el Código no sirvió más que para desproteger programadamente a las víctimas, porque nació para no ser aplicado, ensalzando simultáneamente el comportamiento del agresor<sup>19</sup>.

La aprobación del Código en 1995 se aprovechó para corregir algunos de los fallos detectados por parte de la doctrina y la jurisprudencia en el originario –y en cierta forma tosco– art. 425; cuatro años después, a través de la LO 14/1999, de 9 de junio,

17 Diario *El Mundo*, 18 de diciembre de 1997.

18 El 16 de noviembre de 2004 el asesino moría después de sufrir un infarto en la prisión donde cumplía su condena: ella llevaba por entonces siete años enterrada, criando malvas.

19 ACALE SÁNCHEZ, María, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., pp. 33 y ss.

se llevó a cabo una reforma de amplio contenido que afectó tanto a las conductas típicas, como a las personas implicadas, así como a la posibilidad de que el alejamiento pudiera ser impuesto no ya solo como pena para los delitos y faltas de malos tratos, sino también como medida cautelar aunque solo fuera para los primeros. En aquel entonces, ya resultó sorprendente el poco tiempo transcurrido desde el nacimiento del Código hasta el momento de su profunda reforma<sup>20</sup>.

Lejos de lo que podía parecer, sin embargo, este movimiento reformador, no se terminó entonces: en efecto, en 2003 fueron dos las leyes que volvieron a modificar la regulación de los a partir de entonces plurales delitos de mal trato –habitual y singular–: la LO 11 (“para que el tipo delictivo alcance a todas sus manifestaciones y para que su regulación cumpla su objetivo en los aspectos preventivos y represivos”, a lo anterior, se añade que “también se ha incrementado de manera coherente y proporcionada su penalidad y se han incluido todas las conductas que puedan afectar al bien jurídico protegido”) y la LO 15 (que incidió sobre el tratamiento penológico del maltratador)<sup>21</sup>.

Desde entonces, el art. 173 establece: “2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces

que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

”Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

”3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”.

Como se observa, al final del largo camino que comenzó en 1989, el Código penal español cuenta con un tipo penal que es una verdadera obra de ingeniería legislativa, que se sustenta en la existencia de un bien jurídico propio, de titularidad, en su caso, compartida, extensible a todos los miembros de la unidad familiar como “un ‘aliud’ y un ‘plus’ distinto de los concretos actos de agresión” –Sentencia del Tribunal Supremo núm. 927/2000, de 24 de junio [RJ 2000/5.792]<sup>22</sup>–.

De ahí que fuera posible afirmar que cuando en el seno de una misma unidad familiar uno de sus miembros sometía a actos de amena-

20 ACALE SÁNCHEZ, María *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., pp. 41 y ss.

21 A ellas han de añadirse las reformas que han sufrido otros textos legales –en particular, la Ley de Enjuiciamiento Criminal– con la misma finalidad que las primeras: proteger a las víctimas de esta clase de violencia (las más recientes, a través de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica y de la LO 38/2002, de 24 de octubre, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado).

22 Seguida por las Sentencias del mismo Tribunal núm. 20/2002, de 22 de enero [RJ 2002/2.631]; núm. 355/2003, de 11 de marzo [RJ 2003/2.872]; núm. 414/2003, de 24 de marzo [RJ 2003/4.045]; núm. 805/2003, de 18 de julio [RJ 2003/5.649]. Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., p. 133 y ss.

za (violencia psíquica), o maltrato (violencia física) en distintos momentos a la misma o a distintas víctimas, no se violaba el principio *non bis in idem* sancionando cada uno de estos actos individualmente y todos ellos además como conformadores del injusto típico del delito de maltrato habitual, porque el bien jurídico protegido en uno y otro era –y es– distinto tanto por su titularidad como por su contenido, aunque no fuera posible aplicar el parentesco pues en este caso sí que habría *bis*, puesto que indudablemente hay *idem*<sup>23</sup>.

En efecto, si el legislador se decidió por castigar las violencias ejercidas “en el ámbito familiar y asimilados” y no en otros, de determinadas personas frente a otras que están unidas por unos lazos particularmente significativos que no son posibles de sustitución por otros, había que entender que el bien jurídico protegido estaba relacionado con estas características que distingüían los actos de violencias típicas a los efectos del entonces art. 153, es decir, tenía que estar relacionado con la esencia o el núcleo de los vínculos que se establecen en el seno familiar; de esta forma, se podía identificar el interés jurídicamente protegido con la relación de dependencia vital que se establece en el seno de la convivencia familiar, con las situaciones de inferioridad domésticamente creadas, con la potenciación de la inseguridad, del miedo, la minoración de la autoestima, la falta de tranquilidad, en definitiva, con la necesidad de contar con un ámbito familiar en el que vivir y desarrollarse en el respeto a la dignidad de la persona en cuanto que tal y que impide el desarrollo integral, por un lado, de cada uno de los sujetos protegidos y, por otro, del colectivo, esto es, del grupo de personas que ha de convivir en semejantes condiciones. De esta forma, la dignidad de la persona no se constituye en bien jurídico protegido, pero si las condiciones necesarias en el ámbito familiar para que cada uno de sus miembros pueda desarrollarse dignamente como tales personas dentro de su grupo familiar<sup>24</sup>.

En este sentido se vino pronunciando la jurisprudencia. Así, antes todavía de la reforma de 1999, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1060/1996 [RJ 1996/9.036], de 20 de diciembre entendió que el bien jurídico protegido en el delito contenido en el art. 153 era “la paz y convivencia familiar”. La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 927/2000, de 24 de junio [RJ2000/5.792]<sup>25</sup> señaló que “el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad, dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes”. La Sentencia sigue diciendo: “por ello, la violencia física y psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentalmente

23 La Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (sec. 1<sup>a</sup>), de 23 de febrero (ARP 1999/306) incurrió en el error de apreciar el parentesco con carácter agravante en un caso de malos tratos en el ámbito familiar. La Sentencia fue objeto de casación y el Tribunal Supremo (Sentencia núm. 1161/2000 de 26 de junio [RJ 2000/5.801]) eliminó la apreciación de la circunstancia modificativa de la responsabilidad mencionada “por ser insita al mismo (art. 67)”. Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 20/2001, de 22 de enero [RJ2002/2.631], en la que se examina la posibilidad de aplicar la circunstancia mixta de parentesco con carácter agravante a una madre que fue castigada como autora en comisión por omisión de un delito intentado de homicidio, junto a dos faltas de malos tratos y a un delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar. La Sentencia argumenta que en la medida en que el parentesco ha sido tenido en consideración para apreciar la posición de garantía de la madre respecto a la integridad física de su hijo no puede tenerse en consideración a la vez para agravar la pena, pues constituiría un *bis in idem*.

24 ACALE SÁNCHEZ, María, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., p. 133.

25 Seguida por la Sentencia del mismo Tribunal núm. 20/2001, de 22 de enero [RJ2002/2.631].

valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar”<sup>26</sup>.

Si se observa, dentro de este bien jurídico se estaba ofreciendo protección a dos realidades relacionadas entre sí, pero individualizables. En primer lugar, la del concreto miembro del ámbito familiar que recibía el acto individual de mal trato. Y, en segundo, el núcleo familiar en el que habitualmente se realizaban esos actos de mal trato. Desde la primera perspectiva, titular del bien jurídico lo era cada miembro de la unidad familiar que en su persona sufría las

agresiones. Es decir, se trataba de un bien jurídico individual proyectado al ámbito familiar que era el que lo identificaba como propio. Desde la segunda, titular del bien jurídico lo era la unidad familiar que venía sufriendo asiduamente la repetición de actos de mal trato contra sus singulares miembros. En este caso el bien jurídico tenía una titularidad compartida proyectada hacia cada uno de los miembros del grupo familiar que estaban condenados a convivir en semejantes condiciones familiares<sup>27</sup>.

Por otro lado, en lo que a la consumación se refiere, el delito de malos tratos físicos o psíquicos habituales es un delito permanente en cuanto la situación antijurídica se prolonga en el tiempo más allá de los concretos momentos en los que se producen las agresiones. Esto significa que las víctimas viven en un estado de miedo, de sevicias, que duran más allá de los precisos momentos en los que se producen los concretos actos de agresión. En los casos de delitos permanentes, la doctrina admite que la agresión es, por ello, permanente, actual, en el sentido de que se está produciendo la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico protegido de forma incesante<sup>28</sup>: esta característica va a facilitar la aplicación de la eximente de legítima defensa a estos supuestos<sup>29</sup>.

La posterior reforma de 2003, trasladando el delito de maltrato habitual de la sede de las lesiones al interior del delito de trato degradante, no vino más que a entorpecer la labor que hasta entonces había desarrollado la jurisprudencia, en la medida en que a la vista de su nueva ubicación sistemática parece que se está dando a entender que lejos de protegerse un bien jurídico de titularidad compartida entre todos los miembros que compongan la unidad familiar, se protege uno de corte puramente individual (la “integridad moral”). Ante lo cual ha de afirmarse que, o bien el nuevo delito no tiene un injusto propio, con lo que su existencia como figura autónoma debería ser puesta en tela de juicio, o bien se encuentra –de nuevo– mal ubicado. El hecho de que el cambio de ubicación sistemática no haya provocado un cambio de interpretación judicial sobre el mismo parece que avala la segunda de las opciones apuntadas<sup>30</sup>.

### **III.3 El delito de malos tratos del Código penal uruguayo**

La Ley 17.514 sobre “Violencia doméstica”,

26 Vid. ARIAS EIBE, María José, “La respuesta específica a la violencia doméstica en el art. 153 del Código Penal: estudio jurídico penal”, en *Actualidad Penal*, 2001 (nº 32, semana del 3 al 9 de septiembre), p. 754.

27 ACALE SÁNCHEZ, María, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., pp. 135 y ss.

28 LARRAURI, Elena, “Violencia doméstica y legítima defensa -un caso de aplicación masculina del derecho”, en LARRAURI, Elena, VARONA, Daniel, *Violencia doméstica y legítima defensa*, ed. PPU, Barcelona, 1995, cit., pág. 38.

29 Un caso típico de violencia doméstica en Uruguay puede verse en la Sentencia de 10 de noviembre de 2006, del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 3er turno, núm. 347. Se trata de una hija que mata a su padre cuando este estaba propinando una paliza a su madre. De los hechos probados se deduce que se trata de una familia en la que el padre y marido viene propinando golpes desde siempre fundamentalmente a su esposa, por celos, pero también a sus hijos. En uno de esos actos, la hija con ánimo de defender a su madre, dispara tres veces el arma de fuego de su padre sobre él, causándole la muerte. Con argumentos de hombre, el juez castiga a la hija como autora de un delito de homicidio cualificado a la pena de prisión de trece años y cuatro meses, alegando que no cabe la legítima defensa completa; entre otros argumentos porque atendiendo a los resultados del parte de lesiones sufridas por la madre se deduce que “la golpiza que su padre descargó sobre su madre, no dejó en la agredida lesiones clínicamente objetivables, más que algún leve enrojecimiento en una de sus mejillas”, ignorando la amenaza inherente a esos actos así como la violencia psicológica que suponía para su hija presenciar un acto más de maltrato hacia su madre. A todo ello ha de añadirse como el juzgador se detiene intencionadamente en el análisis del elemento subjetivo con el que actuó la autora, resaltando que de la prueba por indicios se deduce que lo hizo con ánimo de matar, ignorando que cuando de una causa de justificación se trata, evidentemente ha de darse el dolo de matar, pero de matar en legítima defensa –propia o ajena.. El Tribunal de Apelación en lo Penal de 2º Turno Sentencia Nº 265, de 12 de septiembre de 2007, con una argumentación exquisita, poniéndose las gafas de género y comprendiendo la violencia que madre e hija venían sufriendo a manos de ese hombre, concluyó que actuó en legítima defensa, eximiéndole de responsabilidad criminal. Véase en comentario que realiza sobre esta sentencia MALET VÁZQUEZ, Mariana, en *Revista de Derecho penal*, 2009/18, pp. 411 y ss, comentario que concluye con la siguiente afirmación: “es sólo una evidencia más, que refleja y patentiza que no sólo debe lidiarse con el sexismio de la legislación”.

30 ACALE SÁNCHEZ, María, “Los nuevos delitos de mal trato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2005/15, pp 40-42.

obliga al Estado uruguayo a “adoptar todas las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica y fomentar el apoyo integral a la víctima” (art. 22). Se trata de una ley de carácter integral cuyo fin es el de ordenar los recursos existentes, a fin de lograr extraer de aquellos el máximo beneficio, sin tener que realizar demasiados esfuerzos económicos. Así, por ejemplo, en vez de crear nuevos Tribunales encargados del conocimiento de estos casos, atribuye las competencias a los juzgados de familia ya existentes.

La Ley define en su art. 2 la violencia doméstica como “toda acción u omisión, directa o indirecta, que por cualquier medio menoscabe, limitando ilegítimamente el libre ejercicio o goce de los derechos humanos de una persona, causada por otra con la cual tenga o haya tenido una relación de noviazgo o con la cual tenga o haya tenido una relación afectiva basada en la coabitación y originada por parentesco, por matrimonio o unión”. Según el art. 19, “las situaciones de violencia doméstica deben ser evaluadas desde la perspectiva de la protección integral a la dignidad humana. Asimismo, se considerará especialmente que los hechos constitutivos de violencia doméstica a probar, constituyen, en general, situaciones vinculadas a la intimidad del hogar, cuyo conocimiento radica en el núcleo de personas afectadas por los actos de violencia”. Por las limitaciones establecidas, puede entenderse que se trata de una clase de violencia doméstica que se produce en las relaciones de pareja, dejando fuera otras modalidades de violencia doméstica entre hermanos/as, padres e hijos/as, madres e hijos/as, hijos/as y ascendientes. A continuación define las formas o “manifestaciones” de la violencia doméstica “constituyan o no delito”: violencia física<sup>31</sup>, psicológica o emocional<sup>32</sup>, sexual<sup>33</sup> y patrimonial<sup>34</sup>. Con ello, el legislador está reconociendo un desfase entre las conductas que se consideran constitutivas de violencia doméstica y las que son constitutivas de delito, en la medida en que está afirmando que hay conductas constitutivas de violencia doméstica que no están castigadas como delito. Lo que ya de por sí causa otra sorpresa, porque se trata de una ley que restringe las clases de relaciones familiares que dan lugar a la violencia doméstica, y posteriormente, amplía las conductas más allá de las que son constitutivas de delito, aunque para estas no tenga ningún sentido la mayor parte del contenido de la propia ley.

Ha de resaltarse del conjunto de la ley que no olvida a los agresores, para los cuales el art. 23 establece que “la rehabilitación y la reinserción social del agresor, deberán formar parte de una política que procure proteger a todas las personas relacionadas. La asistencia y el tratamiento deberán ser instrumentos de esta política”.

Pues bien, el delito de malos tratos lo define el art. 321 bis del Código penal, dentro del Título XII de los “delitos contra la personalidad física y moral del hombre”, en su Capítulo II, como una modalidad más de lesiones: “El que, por medio de violencias o amenazas prolongadas en el tiempo, causare una o varias lesiones personales a persona con la cual tenga o haya tenido una

31 Art. 3, letra A): “acción u omisión o patrón de conducta que dañe la integridad corporal de una persona”.

32 Art. 3, letra B): “toda acción u omisión dirigida a perturbar, degradar o controlar la conducta, el comportamiento, las creencias o las decisiones de una persona, mediante la humillación, intimidación, aislamiento o cualquier otro medio que afecte la estabilidad psicológica o emocional”.

33 Art. 3, letra C): “toda acción que imponga o induzca comportamientos sexuales a una persona mediante el uso de fuerza, intimidación, coerción, manipulación, amenaza o cualquier otro medio que anule o limite la libertad sexual”.

34 Art. 3, letra D): “toda acción u omisión que con ilegitimidad manifiesta implique daño, pérdida, transformación, sustracción, destrucción, distracción, ocultamiento o retención de bienes, instrumentos de trabajo, documentos o recursos económicos, destinada a coaccionar la autodeterminación de otra persona”.

relación afectiva o de parentesco, con independencia de la existencia de vínculo legal, será castigado con una pena de 6 a 24 meses de prisión.

La pena será incrementada de un tercio a la mitad cuando la víctima fuere una mujer y mediaren las mismas circunstancias y condiciones establecidas en el inciso anterior.

El mismo agravante se aplicará si la víctima fuere un menor de 16 años o una persona que, por su edad u otras circunstancias, tuviera su capacidad física o psíquica disminuida y que tenga con el agente una relación de parentesco o cohabite con él" (art. 18, incorporado por la Ley 16.707). El hecho de que se considere un delito de lesiones, impide establecer un concurso de delitos entre el de mal trato y las lesiones ocasionadas, porque existe un bis que obliga a recurrir para solventar el conflicto a las reglas del concurso de normas.

Por otro lado, si se tiene en consideración que el art. 19 de la Ley parte de que las situaciones de violencia de género deben ser evaluadas desde la perspectiva de la dignidad personal y la intimidad del hogar y que el delito de violencia doméstica se refiere a violencias o amenazas que causan lesiones personales, se desvinculan la definición de la violencia doméstica y estas otras violencias que causan los resultados típicos a los efectos del art. 321 bis.

Posteriormente se llevará a cabo el estudio del párrafo 2º, en el que se hace una mención expresa a la mujer pues se lleva al corazón del tipo agravado el género del sujeto pasivo.

#### **IV. MODELOS DE INTERVENCIÓN PENAL SEXUADA EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO**

##### **IV.1 Acercamiento**

Junto a la tipificación como delito de la violencia doméstica, y tras constatar en muchos países que no ha sido suficiente para prevenirla, otros ordenamientos han dado el paso de sancionar penalmente de forma expresa la violencia que sufre la mujer a manos del hombre con el que está o ha estado unida sentimentalmente, sexualizando con ello la letra de la ley penal a la par que se han ido aprobando leyes de carácter más específico no penales –o no exclusivamente penales-. De esta forma se comprueba que precisamente la violencia doméstica está en el origen de la violencia de género, lo que determina que sea la clase de violencia

contra las mujeres que tiene mayor visibilización, lo que no significa que sea la única.

Ahora bien, aunque estos ordenamientos jurídicos coincidan en el fin último, difieren en las vías que utilizan, distinguiéndose los que incluyen expresamente el género entre las reglas de parte general, de aquellos otros que sexualizan la letra de la ley de una serie de delitos en particular, entre los cuales tampoco hay coincidencia. De todos ellos, España fue el país que tomó la iniciativa, y aprobó su Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral frente a la violencia de género, que desencadenó la aprobación sucesiva de otras tantas leyes en otros tantos países a fin de acabar con ese problema social, convertida en modelo a seguir y a corregir, apartándose en muchos casos de sus previsiones.

##### ***IV.2. El modelo brasileño: la circunstancia agravante genérica de discriminación hacia la mujer***

En 1983, María da Penha denunció a su entonces marido, por tentativa de homicidio. Después de varios intentos, la víctima quedó en una situación de paraplejia irreversible, además de otros daños físicos y psicológicos. El 20 de agosto de 1998 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió la denuncia presentada por la víctima contra el Estado de Brasil por "tolerancia estatal" "por no haber tomado por más de 15 años medidas efectivas necesarias para procesar y penar al agresor, pese a las denuncias efectuadas". Durante todo ese tiempo, el acusado estuvo en libertad, recurso tras recurso –todos ellos discutibles desde un punto de vista procesal-. El 16 de abril de 2001 el Estado brasileño es condenado por la Comisión Interamericana de Derechos humanos, recomendándole que llevara a cabo una investigación seria, imparcial y exhaustiva para determinar la responsabilidad por irregularidades o retardos injustificados que impidieron el procesamiento rápido y efectivo del responsable, y tomar las medidas administrativas, legislativas y judiciales correspondientes. Asimismo, se recomendaba llevar a cabo una serie de modificaciones legales, para simplificar los procedimientos judiciales.

Estos hechos han precedido en el tiempo a la aprobación de la Ley María da Penha núm. 11.340 de 7 de agosto de 2006 que ha incorporado instrumentos para proteger a las mujeres

que se encuentran en dicha situación; es más, para impedir que otras mujeres lleguen a ella, en la medida en que se marca como hándicap principal la prevención de actos similares<sup>35</sup>. Se trata de una ley muy parecida a la Ley española 1/2004 de protección integral frente a la violencia de género. En su interior puede decirse que el legislador brasileño la adapta a las características de su propio ordenamiento jurídico, regulando, por tanto, los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género, las medidas de actuación institucional y policial para acabar con semejante problema. Solo hay un apartado de la ley española que no ha tenido ninguna influencia en la brasileña: es la parte que se dedica a regular las reformas del Código penal, en las que como se verá, se sexualizan los tipos penales de lesiones, maltrato, amenazas y coacciones leves. Y de esta forma, puede concluirse que el legislador brasileño se ha apartado del modelo penal previsto en la ley española de referencia conscientemente.

En su lugar, lo que hizo la ley brasileña fue incorporar al catálogo de circunstancias agravantes genéricas en el Código penal una, en virtud de la cual se impone pena superior cuando se cometa el delito “con abuso de autoridad o prevaliéndose de las relaciones domésticas, de cohabitación o de hospitalidad, o con violencia contra la mujer en la forma especificada por la ley” (art. 61), manteniendo inmaculada la letra de la ley en los concretos tipos penales, sin distinguir el sexo ni del sujeto activo, ni del pasivo. En la medida en que se trata de una circunstancia agravante “genérica” es de aplicación a cualquier delito que cometa cualquier sujeto individual y además ha de probarse que el dolo del autor abarca a los elementos objetivos de la propia circunstancia, sin que se presuma ningún elemento por parte del legislador, pues ha de concurrir junto al dolo de matar, lesionar, etc., la finalidad de discriminar a la mujer por el hecho de serlo<sup>36</sup>.

En forma alguna, por tanto, se produce en este modelo aquella relajación de los estándares probatorios que denunciaba la jurisprudencia argentina, pues sin prueba de los elementos objetivos y subjetivos que la conforman, no hay agravación. Y ello da fe de que hay formas de incorporar el género de forma expresa a las leyes penales, sin necesidad de presumir nada, como ocurre con cualquier otro elemento –ya sea del tipo básico, o que configure un supuesto agravado–: es una cuestión de política criminal.

#### **IV.3 La sexualización de determinados delitos en particular**

##### **IV.3.1 La incorporación del género a determinados delitos menos graves**

###### **IV.3.1.1 Acercamiento**

A continuación se van a someter a examen una pluralidad de ordenamientos jurídicos que sí han sexualizado determinados delitos específicos, recurriendo pues a la tipicidad para otorgar mayor protección a la mujer frente a concretos actos violentos. En esta línea, ha de comenzarse afirmando que no existe coincidencia en lo que a las concretas figuras delictivas elegidas se trata.

El estudio de todos estos sistemas se facilita si se distribuyen en tres grupos: en primer lugar, se hará referencia a los ordena-

35 BERENICE DIAS, María, “A Lei Maria da Penha na justiça”, ed. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2007; SANCHES CUNHA, Rogerio, “Violencia doméstica”, ed. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2008.

36 Ampliamente vid. ACALÉ SÁNCHEZ, María, “Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 113 y ss.

mientos jurídicos de España y Venezuela, que han sexualizado la letra de la ley en una pluralidad de delitos menos graves; posteriormente se analizarán aquellos otros ordenamientos que han procedido a incorporar el género en los delitos contra la vida, castigando el feminicidio/femicidio<sup>37</sup>; finalmente, habrá que referirse a otras legislaciones en las que se castigan de forma agravada tanto unos como otros.

#### IV.3.1.2 *El modelo español*

##### IV.3.1.2.1 Preliminares

A principios de los años 2000, el número de mujeres muertas a manos de sus maridos o compañeros sentimentales era cada vez más elevado, a pesar de que el Código penal castigara el delito de violencia doméstica habitual y de que el parentesco fuera circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal que en los delitos contra la vida o la integridad física o psíquica de la víctima funciona con carácter agravante. En esos momentos, empezó a cuajar una idea dentro de un sector del feminismo español: a lo largo de la historia, los legisladores han utilizado las normas penales para incorporar a los sucesivos Códigos penales una trasnochada visión del “género femenino”. Se trataba de normas que venían a poner de manifiesto el sexo masculino del legislador que articulaba tipos penales para velar por el papel que como madres, esposas e hijas, debían desempeñar las mujeres en la sociedad patriarcal, dejándolas a ellas mismas en cuanto personas, huérfanas de tutela, desemponderándolas del derecho a ser protegidas por las leyes penales, como de tantas otras cosas<sup>38</sup>. Pues

bien, ese mismo feminismo concluyó planteándose la inversión de roles: si el patriarcado ha recurrido al Derecho penal durante años como instrumento para controlar –criminalizando– a las mujeres, por qué el feminismo una vez que ha llegado al poder, no va a recurrir de nuevo al mismo instrumento a fin de protegerlas de forma específica: así vio la luz la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral frente a la violencia de género, que terminó incorporando al ordenamiento jurídico español instrumentos específicos para proteger a las mujeres que se encuentran en dicha situación; es más, para impedir que otras mujeres lleguen a ese extremo, en la medida en que se marca como hándicap principal la prevención de actos similares.

Es el art. 1 el que se encarga de definir qué haya de entender por tal; por ello, dicho artículo debería haberse convertido en techo y suelo del conjunto de reformas que a lo largo de toda la Ley se lleva a cabo en una pluralidad de textos legales. Según se establece en el precepto mencionado “1. La presente ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. 2. Por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas. 3. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”. Ardua fue la discusión sobre la definición de violencia de género que acuñaba el Anteproyecto de la hoy Ley Orgánica, en la que se hacía gravitar el concepto en torno a un elemento subjetivo, pues solo entraña dentro de dicha definición la violencia “utilizada como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”<sup>39</sup>, lo que determinaba que la protección de la mujer quedaba condicionada a que en cada acto de victimización el hombre actuara movido por la finalidad de mantener discriminada a la mujer en el futuro, dejando fuera de su contorno una

37 Sobre sus orígenes, vid. LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela, “Identidad de género y Derechos Humanos. La construcción de las humanas”, cit., versión on line sin paginar. Al respecto, véase: TOLEDO VÁZQUEZ, Patsilí, *Feminicidio*, ed. Naciones Unidas, México, 2009, pp. 23 y ss; MUNEVAR, Dora Inés, “Delito de femicidio. Muerte violenta de mujeres por razones de género”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2012, 14/1, pp. 135-175.

38 En extenso, véase ACALE SÁNCHEZ, María, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, cit., pp. 21 y ss. Vid. el estudio que realiza LAURENZO COPELLO, Patricia, («La violencia de género en la Ley integral. Valoración político criminal», en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología* (RECPyC) 07-08/2005), pp. 11 y ss) sobre el principio de igualdad y el mandato de no discriminación.

39 Véase el Informe del Consejo General del Poder Judicial en [www.poderjudicial.es/CGPJ](http://www.poderjudicial.es/CGPJ).

pluralidad de situaciones en las que por la fuerza de la costumbre, muchos hombres vienen sometiendo a sus mujeres a actos de violencia de forma casi automática, esto es, sin plantearse nada más, pues así ha sido siempre en el pasado.

Aunque la envergadura de la reforma impide hacer una valoración in toto de ella, en términos generales no cabe duda de que es una ley en la que se ofrece una ayuda institucional idónea para que la mujer víctima de esta clase de violencia tenga la valentía suficiente para dar el complicado paso de romper, con su denuncia pública, la lacerante vida privada que sufre, bajo el paraguas dominante del machismo. Y es que, en efecto, se trata de una clase de violencia que ejercen los hombres sobre las mujeres por el hecho de serlo, fundamentada en la menor consideración de ellas con independencia de su dignidad personal. Y por la tradicional asignación de roles.

Con ese objeto tan preciso, se sometieron a reforma los órdenes procesal (con la creación de un Juzgado competente en materia de violencia contra la mujer), laboral (ampliando las prestaciones a recibir las trabajadoras que sufran esta clase de violencia), educativo (se incluyen en las enseñanzas regladas asignaturas referidas al respeto al principio de igualdad por razón de sexo, así como a la resolución pacífica de conflictos personales), sanitario (incidiendo en la detección precoz de la violencia) y el de la publicidad (prohibiendo determinadas formas de utilización de la imagen de la mujer) y el penal, incorporando al Código tipos penales sexuado<sup>40</sup>.

Todo ese conjunto de medidas ha venido a contribuir a que las víctimas de esta lacra no se sintieran solas, animándolas a interponer las denuncias –que han crecido desde 2004 hasta el día de hoy, aunque durante los últimos años, en menor medida– y con ello, a romper los lazos que les unen a sus agresores, facilitándoles los medios materiales, económicos y humanos que necesitan para dar semejante salto acompañadas para no caer en el vacío de la inseguridad inherente a la condición de víctima<sup>41</sup>.

#### IV.3.1.2.2 Modificaciones en el ámbito penológico

La primera de las modificaciones es la que afectó a los artículos 83, 84 y 88 en materia de suspensión y sustitución de las penas, estableciendo un régimen especial cuando se trate de un supuesto de violencia de género, ante la pérdida de confianza del legislador en la labor judicial: de ahí que si bien no se anula, se limita en gran medida la discrecionalidad judicial<sup>42</sup>, en la medida en que “en todo caso”, si los jueces deciden suspender la ejecución de la pena, habrán de acordar como pautas de comportamiento las prohibiciones de acudir a determinados lugares y de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos, así como la obligación de participar en programas formativos. En el supuesto de que se incumpla la pauta, en todo caso, de nuevo, el juez decretará el cumplimiento de la pena privativa de libertad que hubiera dejado en suspenso, en vez de aplicarle el régimen general previsto en estos casos en el art. 84, en vir-

40 En extenso, vid. ACALÉ SÁNCHEZ, María, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, cit., pp. 97 y ss.

41 Según su art. 1, “1. La presente ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. 2. Por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas. 3. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”.

42 Así, la suspensión de la ejecución de la pena, con carácter general, se adopta “atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena” (art. 80); mientras que la sustitución de las penas privativas de libertad tiene en consideración “las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado” (art. 88).

tud del cual, atendiendo a las características del caso concreto, podrá sustituir la pauta por otra, prolongar el plazo de ejecución y, solo en caso de incumplimiento reiterado de esta, decretar el levantamiento de la suspensión<sup>43</sup>.

Las especificaciones que se introdujeron en el mecanismo de la sustitución de la pena en el ámbito de la violencia de género fueron dos: la pena privativa de libertad solo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad, impidiendo la aplicación de la pena de multa que tan fácilmente termina recayendo sobre las propias víctimas en supuestos de dependencia económica<sup>44</sup>, y, además, “en todo caso”, el juez, al decretarla, impondrá adicionalmente la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, las prohibiciones de acudir a determinados lugares y de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos<sup>45</sup>.

#### IV.3.1.2.3 Los singulares tipos penales sexuados

Centrando ahora el estudio en las reformas que operó la LO 1/2004 del Libro II, el primero de los delitos que sufre modificación es el previsto en la modalidad agravada de delito de

lesiones del art. 148, en el que se incluyeron tres nuevos criterios de agravación de la pena: en el número 2º, junto al ensañamiento, que ya estaba, apareció la “alevosía”; además se incorporaron en ese momento otros dos nuevos supuestos, en los números 4º “si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia” y 5º “si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.

También se modificó el delito de mal trato singular del art. 153, en el sentido de imponer distintas penas “cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”, y cuando “la víctima del delito... fuere alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo”<sup>46</sup>, es decir, a igualdad de conducta, pena más grave en uno que en otro caso.

En materia de amenazas, en tercer lugar, se impuso penas distintas si, por un lado, se amenaza de modo leve a “quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia” o “a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor” y, por otro, si se amenaza de modo leve con armas u otros instrumentos peligrosos “a alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo”. Con ello, el efecto que se produce desde el punto de vista de la seguridad de víctima es que a mayor gravedad objetiva de la conducta –amenaza con armas u otros instrumentos peligrosos–, menor pena.

La reforma llevada a cabo en el ámbito de las coacciones, en cuarto lugar, consistió en elevar a la consideración de delito las de carácter leves –antes definidas en el art. 620– si la víctima es o ha sido “esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia” o “una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”, mientras que si la víctima de la coacción leve es “alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2”, la conducta es castigada como falta en el art. 620.

43 Por todos véase: FARALDO CABANA, Patricia, “Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género”, en MUÑOZ CONDE, Francisco (dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 741 y ss.

44 Ello determina que no pueda aplicarse el mecanismo de sustitución de la pena establecido en el art. 88.1 párrafo 2º, en virtud del cual, el juez o tribunal podrá sustituir “por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social”.

45 En extenso, vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “Ejecución de penas y tratamiento postdelictual del maltratador”, en DE HOYOS SANCHO, Montserrat (coord.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 65 y ss.

46 Véase el análisis que lleva a cabo VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (REPDC 09-12-2007), <http://criminet.ugr.es/recpc>. También, véase: RUBIDO DE LA TORRE, José Luis, *Ley de violencia de género. Ajuste de constitucionalidad en materia penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 81 y ss.

En penúltimo lugar, se introdujo un número 2 dentro del art. 468, en el que se señala que “se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2”, sin distingo alguno, esto es, sin señalar sexo o relación de las personas que conforman la unidad familiar a que se refiere el delito de malos tratos habituales del art. 173.2 y 3.

Y finalmente, se procedió a modificar la falta de vejaciones leves del art. 620, aunque su aplicabilidad en los casos de violencia de género es por propia decisión legislativa puramente residual, pues el objetivo del legislador no fue otro que elevar estas conductas al ámbito de los delitos, no así en los supuestos de violencia doméstica pues el art. 620 sigue castigando las vejaciones leves en ese ámbito como mera falta<sup>47</sup>.

No es este el lugar adecuado para llevar a cabo un análisis en profundidad de las sentencias del Tribunal Constitucional español que han refrendado –todas– la constitucionalidad de la reforma penal operada por la LO 1/2004<sup>48</sup>. Sin embargo, puede dejarse apuntado que desde los mismos lazos usados para asegurar su constitucionalidad, se extraen argumentos suficientes para criticar desde un punto de vista feminista los efectos alcanzados.

La STC 59/2008, de 14 de mayo (así como todas las que le han seguido en el tiempo) ha venido a consagrar la constitucionalidad de esa amplia reforma, afirmando desde la perspectiva del principio de ofensividad que la imposición de mayor pena al hombre que a la mujer por la realización de una misma conducta, tiene su fundamento en la presencia de un bien jurídico propio de carácter relacional, en cuya construcción tiene una especial trascendencia el ámbito –como contexto– en el que históricamente y en el presente, se sitúan las agresiones del hombre sobre la mujer, de forma que comparar individualmente la gravedad de dos malos tratos –uno cometido por un hombre, y otro por una mujer, tengan a una mujer o a un hombre como sujeto pasivo– desde el punto de vista de la ofensividad de la conducta, así como desde el otro de la culpabilidad del autor, conduciría a error, pues es el contexto lo que viene a legitimar la distinta respuesta punitiva.

Tampoco puede desconocerse que autor y víctima, se encuentran incluidos en unos concretos colectivos: el de quienes históricamente discriminan a las mujeres, y el de quienes históricamente sufren las agresiones de aquellos. En esta línea parece no ser descabellada la siguiente afirmación: el plus de pena se justificaría por la “pertenencia al género femenino históricamente discriminado a manos del masculino”, que es un bien jurídico de exclusiva titularidad femenina. Este es el “grupo menoscambiado” al que se refiere la STC 59/2008, de 14 de mayo, desde donde habría que deducir quién es el grupo menoscambiante: el formado por los hombres, o lo que parece ser lo mismo, el género masculino, que es el “culpable” de la situación en la que se encuentra aquél<sup>49</sup>.

La decisión político criminal de proteger penalmente dicho

47 Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, cit., pp. 190 y ss.

48 En extenso vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, cit., pp. 113 y ss.

49 En este sentido, vid. ACALE SÁNCHEZ, María, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, cit., pp. 149 y ss.

bien jurídico, con la presunción *iuris et de iure* de especial necesidad de protección de la mujer por el hecho de serlo, acarrea una serie de efectos colaterales. En este sentido, al no tener que probarse la finalidad discriminadora en el caso concreto, se presume en todo caso, de forma que no es que se “relajen los estándares probatorios” como sospechaba la jurisprudencia argentina, sino que la práctica de la prueba está de sobra.

Así, no puede ignorarse que la protección de dicho bien jurídico se lleva a cabo según el Tribunal Constitucional, porque las mujeres son más vulnerables que los hombres desde el momento en el que establecen relaciones sentimentales con ellos. Su afirmación la sustenta en los alarmantes datos estadísticos de mujeres muertas a manos de sus maridos o compañeros sentimentales. Y esto es tanto como afirmar que el sexo de los sujetos activos y pasivos es “causa” de la mayor ofensividad de la conducta, no mero factor que incremente el riesgo y lo presume en todo caso.

Por otro lado, de esta forma, la víctima de estas conductas no sería ya la concreta mujer que ha sufrido en sus carnes los actos de violencia, sino el género femenino y el autor del delito no sería ya el hombre que en particular ha llevado a cabo los actos constitutivos de delito, sino todo el género masculino. Con ello, se sobrepasa la perspectiva de la responsabilidad individual que como es sabido es la que se liquida en el ámbito penal. Y se consagra a su vez una segunda presunción *iuris et de iure*: la pertenencia al género femenino determina la mayor vulnerabilidad de las mujeres, lo que justifica la ultra protección.

Desde esta perspectiva, tampoco se alcanza a comprender cómo puede ser posible que la pertenencia al género femenino históricamente discriminado a manos del masculino se sienta resentido cuando se lesioná, se maltrata o se amenaza levemente con causar la muerte, y no cuando efectivamente, el hombre acaba

con la vida de su mujer. Por otro lado, el haber aumentado las penas de solo las modalidades más leves de amenazas y coacciones y no de las modalidades más graves, puede causar el efecto criminógeno de incitar al autor a amenazar o coaccionar de forma más grave<sup>50</sup>.

Ante estas dudas, el Tribunal Constitucional ha afirmado que los delitos de mal trato habitual, contra la libertad sexual, lesiones graves u homicidios “al tratarse de delitos de un significado mayor desvalor” tienen asignada una “pena significativamente mayor”, es decir, están suficientemente penados, por lo que no ha sido necesario agravar su pena. Esta afirmación no puede convencer si se tiene en consideración que aunque efectivamente son delitos más graves y tienen prevista una pena también más grave, lo cierto es que en su interior no se está teniendo en consideración la afección negativa al bien jurídico que supuestamente protegen los tipos penales reformados por la LO 1/2004.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha tenido que manifestarse en torno a la posible vulneración del principio de culpabilidad, en particular, sobre si existe una presunción legislativa de que en las agresiones del hombre sobre la mujer concurre una intención discriminatoria o un abuso de superioridad, o una situación de vulnerabilidad de la víctima; y si no se está además liquidando la responsabilidad no del concreto autor individual, sino más bien que se trataría de una “responsabilidad colectiva del varón como representante o heredero del grupo opresor”. De forma muy escueta responde el Tribunal Constitucional a ambas aseveraciones, aunque en su respuesta no puede desvincularse del concreto bien jurídico que ha delimitado previamente: parece que se admite una construcción interactiva del principio de culpabilidad, en la medida en que la constitucionalidad de estas figuras parte del necesario contexto social colectivizado en el que se produce; por ello, es fácil comprender que no se trata de liquidar una responsabilidad puramente individual, sino la de un sujeto por realizar unos hechos que se producen en un contexto en el que históricamente los hombres han sometido a actos de violencia a sus mujeres. De ahí que las sospechas de violación del principio de culpabilidad sigan en el aire<sup>51</sup>.

Todo lo anterior conduce a afirmar que el bien jurídico, pertenencia del género femenino históricamente discriminado a manos del gé-

50 ACALE SÁNCHEZ, María, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, cit., pp. 151.

51 ACALE SÁNCHEZ, María, “Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, cit., p. 143.

nero masculino, no puede ser admitido en un ordenamiento jurídico que parta de los principios de ofensividad y de culpabilidad, en la medida en que estaría sosteniendo el desvalor de acción en el mero hecho de pertenecer al género masculino el autor, con lo que estaría afirmando que se trata de un supuesto de responsabilidad puramente objetiva y, a la vez, desde el punto de vista del desvalor de resultado, se trataría de proteger un bien jurídico de carácter supra individual, que puede terminar olvidándose de la concreta víctima que en un determinado momento sufre a manos de un hombre.

Estando así las cosas, todo apunta a que cada vez que un hombre históricamente “maltrate” a su cónyuge femenino, tendrá que responder por los concretos comportamientos que haya llevado a cabo (lesiones, coacciones, mal trato, amenaza) de los que es su autor, pero además se le hará “cargar” sobre sus espaldas el peso de la historia, esto es, se le hará responsable de toda la culpa del género masculino que ha sometido durante años al género femenino, a modo de una especie de responsabilidad de carácter objetivo puramente moralizante y ejemplificadora, que sólo encontraría respuesta en el marco de un Derecho penal basado en las características de un autor -hombre- que pertenece al género que ha subyugado al otro.

En el ámbito penal el problema que en particular se plantea es que en la medida en que es una rama del ordenamiento jurídico que parte de la responsabilidad personal, no puede tener en consideración más que al concreto autor de la particular conducta constitutiva de delito. Además, el Derecho penal parte de la responsabilidad individual, y no admite en sentido alguno la responsabilidad de carácter colectivo y no cabe duda que la LO 1/2004 está teniendo en consideración la situación en la que históricamente se ha encontrado el género femenino, a consecuencia de la discriminación que hacia ella ha operado el género masculino, haciendo responder penalmente al hombre que someta a actos de violencia a su mujer por los actos que en un determinado momento histórico ha realizado, pero también por los actos que muchos hombres han venido realizando históricamente sobre las mujeres<sup>52</sup>.

Estas críticas no impiden defender simultáneamente que el Derecho penal debe intervenir para acabar con la violencia de género, pero a través de la inclusión dentro del catálogo de circunstancias agravantes genéricas del móvil discriminatorio hacia la mujer. Se trataría de una circunstancia que añadiría un plus de desvalor de acción al ataque sufrido por el concreto bien jurídico protegido de que se trate, según se haya cometido un delito de homicidio, lesiones, amenazas, etc., sin ocupar el lugar de este, debiéndose probar en cada caso que la finalidad del autor es la de discriminar a la mujer por el mero hecho de ser mujer ejerciendo sobre ella la violencia que históricamente han venido ejerciendo los hombres sobre las mujeres para controlar su comportamiento. Con ello, se corre el riesgo de que no pueda probarse la concurrencia de dicha finalidad en cada acto violento, lo que determinaría que sirviese tan solo para agravar

52 ACALÉ SÁNCHEZ, María, “Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, cit., p. 156.

la pena en unos pocos casos. Ahora bien, se aseguraría el respeto a los principios de ofensividad y de culpabilidad.

#### IV.3.1.3 *El modelo venezolano*

La situación venezolana es bastante compleja. Por un lado, cuenta con la Ley Orgánica sobre el Derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, de 25 de noviembre de 2006, que es una ley amplísima, que abarca integralmente la violencia que sufren las mujeres, hasta comprender, según señala su artículo 14 “todo acto sexista que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, emocional, laboral, económico o patrimonial; la coacción o la privación arbitraria de la libertad, así como la amenaza de ejecutar tales actos, tanto si se producen en el ámbito público como en el privado”, siguiendo a pies juntillas en este punto lo establecido en los arts. 1 y 2 de la Convención de Belém do Pará.

En su interior –arts. 39 y ss– castiga como delitos una gama de conductas bastante amplia, que van desde la violencia psicológica, el acoso u hostigamiento, amenaza, violencia física, violencia sexual, acto carnal con víctima especialmente vulnerable, actos lascivos, prostitución forzada, esclavitud sexual, acoso sexual, violencia laboral, violencia patrimonial y económica, violencia obstétrica, esterilización forzada, ofensa pública por razones de género, violencia institucional, tráfico ilícito de mujeres, niñas y adolescentes, trata de mujeres, niñas y adolescentes. Se trata de conductas que además, en atención a los elementos típicos exigidos, no tienen que producirse en el ámbito familiar, en coherencia con el nombre de la propia ley que tiende a garantizar a las mujeres el derecho a una vida libre de violencia sin limitación del ámbito.

La amplitud del catálogo de conductas sancionadas llama más la atención cuando se

comprueba que no se tipifica el delito de femicidio, que en coherencia con aquellas, parece que debería haber sido castigado, pues no es más que el atentado más grave que pueden sufrir las mujeres, o si se quiere, la negación más grave –por irreversible– del derecho a una vida libre de violencia de la víctima.

Si para buscar la respuesta a esta no punición expresa se analiza el contenido del Código penal, entonces se produce la situación más paradójica, en la medida en que en su interior se castiga el delito de parricidio, con independencia del sexo y de la concreta relación parental de los sujetos activos y pasivos.

Ahora bien, resulta chocante e incluso “reprochable” que un ordenamiento jurídico que garantiza los derechos de la mujer a una vida libre de violencia, siga castigando en el art. 423 de su Código penal el delito de uxoricidio, a tenor del cual “no incurrirán en las penas comunes de homicidio ni en las de lesiones, el marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer y a su cómplice, mate, hiera o maltrate a uno de ellos o a ambos. En tales casos las penas de homicidio o lesiones se reducirán a una prisión que no exceda de tres años ni baje de seis meses. Igual mitigación de pena tendrá efecto en los homicidios o lesiones que los padres o abuelos ejecuten, en su propia casa, en los hombres que sorprendan en acto carnal con sus hijas o nietas solteras”<sup>53</sup>. Desde el punto de vista dogmático habrá pues que seguir discutiendo –como hace casi dos siglos en España– si la infidelidad de la mujer que muere a manos de su marido es una excusa absolvatoria, una condición objetiva de punibilidad o una causa de inimputabilidad, aunque solo afectase al marido y no a la mujer que mate a su marido<sup>54</sup> sorprendido en acto de adulterio. El comportamiento de la mujer parece que sigue siendo causa de la deshonra de su marido, y que su “mala reputación” no le afectaba a ella, sino a quien detenta su cuidado y su representación social y legal. Esto es, parece que se está haciendo compatible el castigo de las conductas que atentan contra el derecho de las mujeres a disfrutar de una vida sin violencia, y el castigo de las mujeres que quieran ejercer su derecho a la libertad sexual, que sigue siendo el gran tabú.

Y en esta misma línea, se trata de un Código penal que no deja de sorprender cuando en su art. 393 establece que “cuando se haya cometido con una prostituta alguno de los delitos

53 El delito de uxoricidio que en España en otros momentos históricos ha sido considerado una patente de corso del marido sobre la mujer. Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María Dolores, “Condición femenina y represión”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, 1995/XVI, p. 11; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La mujer y el Código penal español”, en el mismo, *Estudios de Derecho penal*, ed. Tecnos, Madrid, 1990, pág. 79.

54 Véase: QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, I, ed. EDERSA, 2<sup>a</sup> edición, Madrid, 1972, pp. 427 y ss.

55 LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela, *Identidad de género y Derechos Humanos. La construcción de las humanas*, cit., sin paginar en la versión on line; de la misma véase "Del femicidio al feminicidio", texto editado de la conferencia "Proyecto de ley por el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia en México", presentada en el marco del Seminario internacional Derecho de las mujeres a una vida libre de violencias, organizado por la corporación SISMA Mujer y llevado a cabo en Bogotá, los días 3 y 4 de agosto de 2006, Revista *Desde el Jardín de Freud*, 2006/6, pp. 216 y ss; de la misma, "Antropología, feminismo y política. Violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres", en BULLEN, Margaret, DÍEZ MINTEGUI, María del Carmen, *Retos teóricos y nuevas prácticas*, San Sebastián, 2008, pp. 209-240. Marcela LAGARDE Y DE LOS RÍOS presentó ante la Corte Interamericana de Justicia en el "Caso Campo Algodonero: Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Moreal y Laura Berenice Ramos" un informe como experta en materia de género que fue determinante de la condena que sufrió el Estado de México por no hacer nada en aclarar los crímenes contra mujeres en Ciudad Juárez. Véase también TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí, *Feminicidio*, cit., pp. 23 y ss.

56 Publicado por la editorial Twayne Publishers, en Nueva York en 1992. En 2006 este trabajo es traducido por LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela, titulado *Feminicidio. La política de las mujeres*, CEIIICH-UNAM, CEDSIFRM-PJV, Cámara de Diputados, LIX, Legislatura, México, 2006.

previstos en los artículos 375, 376, 377, 384 y 385, las penas establecidas por la ley se reducirán a una quinta parte": se refiere al delito de violación y abusos sexuales.

Entonces, se trata de un Código penal que tanto por el castigo del delito de uxoricidio, como por la aminoración de la responsabilidad en los delitos de violación y abusos sexuales, cuando quien las sufra sea una prostituta, es decir, una profesional del trabajo sexual, está poniendo de manifiesto que tiene pendiente una profunda reforma, que aclare que en ambos casos, se trata de una mujer que está ejerciendo su derecho a la libertad sexual, y que sus decisiones en este ámbito no tienen por qué afectar a las "buenas costumbres y buen orden de las familias", como sigue señalando la rúbrica del Título de recogida del Código penal. Las mujeres tienen derecho a una vida libre de violencia también cuando ejercen sus opciones en materia sexual.

En definitiva, no se alcanza a comprender el modelo venezolano de intervención en materia de violencia de género, pues su contenido es completamente contradictorio. Téngase en consideración que previsiones legales del tenor de las comentadas, no han sido más que el caldo que ha cultivado legalmente durante años la violencia que al día de hoy sigue sufriendo la mujer, permitiendo todas estas arbitrariedades, al ignorarse su dignidad personal. De ahí las dificultades que todavía existen para erradicar estos comportamientos de las formas que tienen algunos hombres de solventar los problemas que tienen con las mujeres con las cuales creen estar unidos sentimentalmente.

#### **IV.4 La tipificación del feminicidio como delito**

El término "feminicidio" es acuñado por la antropóloga mexicana MARCELA LAGARDE Y DE LOS RÍOS como la causal de la muerte de una mujer por el mero hecho de serlo<sup>55</sup>. En este sentido, la autora reconoce que la primera vez que se plantea su utilización es al leer la obra de RUSSEL y RADFORD sobre "Femicide: The politics of woman killing"<sup>56</sup>, título que ella traduce directamente como "feminicidio". En efecto, el término "femicidio" es sinónimo de homicidio de mujeres, sin que se añada nada sobre el sujeto activo (sexo, relación previa o no con la víctima –a través de vínculos familiares o de otros), el contexto en el que produce (público o privado) y las motivaciones concretas que impulsan a su comisión (venganza, odio, pasión).

En este sentido, de todas las formas de feminicidio, LAGARDE Y DE LOS RÍOS subraya aquellas que tienen en común una serie de características, pero que en esencia, se aglutan en torno al desprecio que el autor siente hacia su víctima, por el mero hecho de ser mujer, ya se produzca en la familia o fuera de ellas (organizaciones criminales). De ahí que desde una perspectiva feminista articulara el término "feminicidio", que es el sustantivo que sirve para explicar las muertes violentas de mujeres por el hecho de serlo: es este elemento subjetivo el que caracteriza a las mujeres feminicidas. Así afirma que "es importante conceptualizar al feminicidio, de manera que abarque también los procesos que conducen a ese exterminio, y definirlo como el conjunto de accio-

nes que tienden a controlar y eliminar a las mujeres a través del temor y del daño, y obligarlas a sobrevivir en el temor y la inseguridad, amenazadas y en condiciones humanas mínimas al negarles la satisfacción de sus reivindicaciones vitales. La opresión de las mujeres tiene una profunda marca feminicida: llevar a la práctica una política personal y cotidiana o institucional de este signo implica la concertación consciente e inconsciente de quienes ejercen la dominación y se benefician de ella<sup>57</sup>. La exigencia de este elemento subjetivo determina la exclusión de todas aquellas muertes que se lleven a cabo sin esa finalidad, así como la de todas aquellas en las que la finalidad por falta de elementos de juicio, no pueda darse por probada.

Aunque en un principio la autora acuñó el término con una finalidad meramente analítica, algunos ordenamientos jurídicos han procedido a incorporarlo a sus leyes. Como se verá a continuación, la mayor parte de los países que han procedido a castigar como delito autónomo la muerte de la mujer por el mero hecho de serlo han utilizado el nombre de “feminicidio”, aunque también existen muchas excepciones, hasta el punto de que puede afirmarse que cuando de fenómeno explicativo ha pasado a categoría jurídica, se ha hecho sin prestar especial atención a este debate feminista: de ahí que indistintamente se usen los términos de “femicidio” y “feminicidio”.

Por otro lado, como se podrá comprobar a continuación, tampoco existe coincidencia en los elementos –ni objetivos ni subjetivos– que lo identifican como realidad separada del homicidio.

Antes de pasar a analizar estas figuras delictivas, es preciso poner de relieve que todos los países que han procedido a castigar expresamente el feminicidio/femicidio pertenecen al mismo marco cultural, geográfico y político de América Latina, donde quizás la segmentación tradicional de la sociedad practicada por el patriarcado, en virtud de la cual la mujer quedaba relegada al ámbito privado, mientras el hombre ocupaba completamente el de lo público, no haya podido ser del todo abandonada, lo

que determina que al día de hoy se sigan reproduciendo patrones machistas de comportamiento. Por lo mismo, se trata de países que han firmado la Convención de Belém do Pará de 9 de julio de 1994 en la que, como se decía al inicio, se define la violencia contra la mujer como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Por tanto, el hecho de que cada una de estas leyes haya venido a castigar estas conductas en cumplimiento de las obligaciones asumidas por la firma de la Convención de 1994, hace que las diferencias existentes entre todas ellas obedezcan más a defectos de técnica legislativa que a verdaderas diferencias teóricas.

De ahí que, aunque se guarde silencio al respecto, el elemento intencional “basada en su género” es lo que va a determinar qué muertes entran o no dentro de la etiqueta de feminicidio o femicidio. Ahora bien, por lo mismo, o se incorporan elementos objetivos de los cuales se pueda deducir por indicio aquella finalidad o fácilmente podrá adivinarse que su aplicación práctica va a ser bien escasa.

Y finalmente, partiendo de este mismo contexto político y cultural puede aventurarse que, cuanto más amplia y etérea sea la definición de la conducta típica, mayores reticencias van a encontrarse en la práctica para ser aplicadas figuras delictivas que, a la vez que vienen a proteger más a las mujeres, vienen en paralelo a castigar más a los hombres. Y como ha puesto de relieve la historia del Derecho penal español, en estos casos no es infrecuente que el sistema se vuelva en contra de los intereses de la propia víctima, revictimizándola, al inmiscuirse –indagando– en su intimidad, datos que pongan de manifiesto un comportamiento “desordenado” que hubiera servido como acicate para “provocar” la agresión<sup>58</sup>, justificando judicialmente lo que se rechaza de plano en el ámbito de la teoría.

#### IV.4.1 Perú y Chile

Con un año de diferencia, Chile y Perú han procedido a modificar sus Códigos penales a fin de incluir expresamente determinadas muertes de mujeres. Así, en Chile fue la Ley 20.480 de 18 de diciembre de 2010, la que modificó con ese fin el Código penal y la Ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar. Bastó con incluir un se-

57 LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela, *Identidad de género y Derechos Humanos. La construcción de las humanas*, sin paginar la versión on line.

gundo inciso en el art. 390 del Código penal, que castigaba el delito de parricidio, en el que desde entonces se establece: “si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de feminicidio”. En Perú por su parte fue la Ley 29.819 de 26 de diciembre de 2011 la que modificó el art. 107 del Código penal, que pasó a denominarse “parricidio/feminicidio”, castigando al que “a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a quien es o ha sido su cónyuge, o con quien esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga [...] con pena privativa de libertad no menor de 15 años. La pena privativa de libertad será no menor de 25 años, cuando concurran cualquiera de las agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del art. 108. Si la víctima del delito es o ha sido la cónyuge o la conviviente del autor, o estuvo ligada a él por una relación análoga el delito tendrá el nombre de feminicidio”.

Más allá de los elementos típicos “matar” a la “mujer” con la que se mantiene vínculos de pareja, ni uno ni otro Código penal exige elemento subjetivo especial alguno además del dolo. Nótese cómo a pesar de que en el Código peruano se haya hecho referencia al “feminicidio” y el chileno al “femicidio”, las figuras delictivas son idénticas, por lo que parece ponerse de manifiesto que se trata de dos términos que se utilizan con el mismo sentido. De lo contrario, habría que afirmar que el plus de pena se fundamenta en la mera correspondencia objetiva y subjetiva de los sexos de los sujetos activos y pasivos.

A la vista de la descripción típica de ambas figuras delictivas puede afirmarse que el feminicidio no es más que una forma de parricidio con nombre propio que no merece sin embargo una respuesta penal autónoma, aunque ello no signifique al visibilizarse de esta forma esta cruda realidad por los legisladores peruanos y chilenos, que no se esté buscando una respuesta social de mayor y efectivo rechazo así como la identificación de los supuestos a fin de beneficiar a las víctimas y a sus causahabientes con otro tipo de derechos, que al día de hoy, deben de estar por reconocer, pues la reforma de ambos Códigos se llevó a cabo sin ninguna norma de acompañamiento que reconociera derecho específico alguno a estas víctimas.

Se trata por tanto de una reforma puramente simbólica cuya única finalidad es la de la visibilización de una forma de criminalidad muy extendida. En esta línea, y por lo que toca al Código penal peruano afirma BRINGAS FLORES que el verdadero problema que se le plantea a los aplicadores del derecho es que ante la falta de elementos subjetivos especiales que acompañen al hecho de matar a la mujer, se resistan a aplicar, de forma que “no vamos a tener una sentencia condenatoria por el delito de feminicidio, en los 11 casos que a la fecha se vienen procesando a nivel nacional, según datos brindados por el Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público”<sup>59</sup>. Ahora bien, como se decía, no puede desconocerse por parte de los aplicadores judiciales que ambos ordenamientos jurídicos, al introducir estas figuras delictivas, no han venido más que a trasladar a sus ám-

58 ACALE SÁNCHEZ, María, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, cit., pp. 26 y ss.

59 BRINGAS FLORES, Sandra Maribel, “Femicidio. ¿Necesidad de sexualizar el Derecho penal? A propósito de la Ley nº 29819”, en [www.derechoycambiosocial.com](http://www.derechoycambiosocial.com), 31/03/2012, p. 8.

bitos internos las obligaciones asumidas tras la firma de la Convención de Belém do Pará, en la que, como se señalaba con anterioridad, es preciso la prueba de que el autor mató a la mujer basándose en su género.

#### IV.4.2 México

En el ámbito federal, el 1 de febrero de 2007, México aprobó su Ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia<sup>60</sup>: la influencia que ejerció la parlamentaria MARCELA LAGARDE en su aprobación, así como en el contenido que se le dio, es innegable<sup>61</sup>.

Su contenido es amplísimo, pues al igual que la ley venezolana, con la que tantos aspectos comparte, se marca el objetivo de garantizar a las mujeres el derecho a una vida libre de violencia así se produzca en el ámbito privado o en el público. Ahora interesa resaltar lo dispuesto en el art. 21, en el que se define la “violencia feminicida” en los siguientes términos: “es la forma extrema de violencia de género contra las mujeres, producto de la violación de sus derechos humanos, en los ámbitos público y privado, conformada por el conjunto de conductas misóginas que pueden conllevar impunidad social y del Estado y puede culminar en homicidio y otras formas de muerte violenta de mujeres”. En su interior, al margen ya de consagrar derechos a las víctimas de cualquier forma de violencia de género (art. 52), entre las que se encuentra la feminicida, regula distintos instrumentos procesales, como la orden de protección, a fin de prevenir, atender y erradicar la violencia contra las mujeres. De la definición objeto de comentario ha de resaltarse en este momento la responsabilidad que se le reconoce al propio Estado mexicano en la no actuación en la averiguación de las muertes de mujeres; su inclusión dentro de la definición no determinó sin embargo que el Estado actuara con la misma diligencia que actúa cuando se produce cualquier otro delito, pues con posterioridad, la

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de noviembre de 2009 lo condenó por su persistente permisión.

Pues bien, el art. 325 del Código penal federal mexicano castiga el delito de “Feminicidio”, añadiendo un plus de pena específico al tipo básico de homicidio a diferencia de lo establecido en los Códigos penales peruano y chileno. En este sentido, se establece que “comete el delito de feminicidio quien prive de la vida a una mujer por razones de género”. El núcleo típico gira en torno a lo que por “razón de género” se trata, pues como defendía LAGARDE Y DE LOS RÍOS, no cualquier muerte de una mujer obedece a razones específicas, debiendo cerrarse aún más la definición. Ese elemento es concretado por el legislador, impidiendo por tanto en este punto la posibilidad de que sea el juez quien interprete lo que por tal haya de entenderse. En este sentido, el art. 325 señala que “se considera que existen razones de género cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo

II. A la víctima se le hayan infligido lesiones o mutilaciones infamantes o degradantes, previas o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia;

III. Existan antecedentes o datos de cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar, del sujeto activo en contra de la víctima;

IV. Haya existido entre el activo y la víctima una relación sentimental, afectiva o de confianza;

V. Existan datos que establezcan que hubo amenazas relacionadas con el hecho delictuoso, acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima;

VI. La víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a la privación de la vida;

VII. El cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en un lugar público

A quien cometa el delito de feminicidio se le impondrán de 40 a 60 años de prisión y de 500 a 1000 días multa.

Además de las sanciones descritas en el presente artículo, el sujeto activo perderá todos los derechos con relación a la víctima, incluidos los de carácter sucesorio.

En caso de que no se acredite el feminicidio, se aplicarán las reglas del homicidio.

Al servidor público que retarde o entorpezca

60 La última modificación es de 14 de junio de 2012.

61 Vid. los trabajos de esta autora que se incluyen en la bibliografía. En su artículo “Del femicidio al feminicidio” (cit., p. 225) afirma que la Ley general de acceso a las mujeres a una vida libre de violencia “no es punitivista, es una ley que propone un reordenamiento político para abatir las causas de la violencia”.

62 El Proyecto de Ley S-0110/12 sobre “tipificación del feminicidio en el Código penal”, prevé la modificación del art. 80 en los siguientes términos:

Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua pudiendo aplicarse lo dispuesto en el art. 52, al que matare:

1. A su ascendiente o descendiente, sabiendo que lo son
2. A su cónyuge o ex cónyuge, conviviente o ex conviviente, o a una persona con la que mantenga o haya mantenido una relación de afectividad
3. Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso
4. Por precio o promesa remuneratoria
5. Por placer, codicia, obsesión sexual, odio racial, religioso o de género
6. .../...

En el diariofénix.com de 21 de abril se dice que el tenor literal del número 5 es otro “define al feminicidio como “un crimen hacia una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género”.

maliciosamente o por negligencia la procuración o administración de justicia se le impondrá pena de prisión de 3 a 8 años y de 500 a 1500 días multa, además será destituido e inhabilitado de 3 a 10 años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos”.

De la letra de la ley puede deducirse el esfuerzo llevado a cabo por el legislador mexicano para cerrar el delito de feminicidio, exigiendo junto a los elementos esenciales de causar la muerte de una mujer, la concurrencia de alguno de estos hechos objetivos, desde los cuales se deduce –por indicios– que la finalidad del autor fue la de matar a la víctima “por razón de género”.

En este sentido ha de llamarse la atención en torno a la acumulación de circunstancias que determinan la calificación como tal: si se observa, se incluyen presunciones *iuris et de iure* en virtud de las cuales, la muerte de una mujer con signos de violencia sexual, o a la que se hayan infligido lesiones o mutilaciones “infamantes” o “degradantes”, amenazas, o si la víctima ha sido incomunicada o su cuerpo –vivo o muerto– expuesto al público da lugar a la elevación del homicidio a feminicidio. Esto es, se trata de elementos de carácter objetivo, que materializan el fin del autor, de matar a su víctima “por razón de género”.

Queda por analizar la circunstancia prevista en el número 4: que haya existido entre el activo y la víctima una relación sentimental, afectiva o de confianza. Con esto último se está poniendo de manifiesto que el feminicidio castigado en el Código penal mexicano no se limita a las muertes de mujeres que se producen en el ámbito familiar, sino que también abarca aquellos otros que se producen fuera (por ejemplo, mujeres explotadas sexualmente víctimas de la trata). Ahora bien, la mera existencia de este vínculo afectivo determina la conversión de la muerte de la mujer en feminicidio, con independencia ya de las circunstancias que hayan rodeado a la muerte misma.

Finalmente, a diferencia de lo dispuesto en los Códigos penales chileno y peruano, en el mexicano la consideración de la muerte como feminicidio determina la imposición de pena superior a la del homicidio y además el reconocimiento de una serie de derechos específicos a las víctimas de esta clase de violencia en los términos establecidos en la Ley General de Acceso de las mujeres a una vida libre de violencia.

Este mismo modelo es el que parece que se va a incorporar al Código penal argentino que, durante estos momentos está sometido a un proceso de reforma, a fin de incluir dentro del art. 80 el feminicidio<sup>62</sup>. De llevarse a cabo la modificación de este Código penal nótese la situación tan paradójica que se produce, en la medida en que como se decía anteriormente, el legislador argentino no tipifica el delito de violencia doméstica, ni tampoco ha incorporado el género a la regulación de las amenazas, coacciones o lesiones porque según se señalaba anteriormente, se confía en la teoría del delito y de la pena para graduar la incidencia del género dentro del injusto y de la culpabilidad. La inclusión del delito de feminicidio supone la renuncia por parte del legislador a la confianza en el arbitrio judicial para hacer frente a la forma más

brutal de violencia doméstica: pronto, si quiere conservar su coherencia interna, deberá proceder a castigar expresamente delitos de género en los que el resultado no sea tan grave<sup>63</sup>.

#### IV. 4.3. Costa Rica, Guatemala y El Salvador

El último grupo de países que castigan el delito de feminicidio está formado por Costa Rica (Ley 8.589 de penalización de la violencia contra las mujeres de 25 de abril de 2007), Guatemala (Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, Decreto 22.2008) y El Salvador (Ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres, de 14 de diciembre de 2010): se trata de tres ordenamientos jurídicos que en coherencia con la asunción de la tutela de las mujeres, castigan más gravemente cuando se produzca una situación de violencia de género, no solo los atentados más graves contra su vida, como ocurre en el Código penal mexicano<sup>64</sup>, o no solo los atentados menos graves que dejan a la víctima con vida, como en el Código penal español, sino todos ellos. Se evitan así las paradojas que se plantean cuando se incide solo parcialmente en unas u otras formas de la violencia de género.

La ley costarricense castiga como actos de violencia física junto al feminicidio, la restricción a la libertad de tránsito, la restricción a la autode-

terminación y las amenazas; como violencia sexual castiga la violación, las conductas sexuales abusivas, la explotación sexual; como violencia patrimonial, castiga la sustracción patrimonial, el daño patrimonial, las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad, fraudes de simulación sobre bienes susceptibles de ser gananciales, la distracción de las utilidades de las actividades económicas familiares y la explotación económica de la mujer; junto a estas formas de violencia, castiga el incumplimiento de deberes relacionados con la obstaculización de la justicia.

Por su parte, la ley guatemalteca castiga el delito de feminicidio en su art. 6, y junto a él, el de violencia contra la mujer y de violencia económica.

Finalmente, la ley salvadoreña castiga también una pluralidad de conductas junto al feminicidio, como las de obstaculización al acceso a la justicia, suicidio feminicida por inducción o ayuda; inducción, promoción y favorecimiento de actos sexuales o eróticos por medios informáticos o electrónicos; difusión ilegal de información; difusión de pornografía; favorecimiento al incumplimiento de los deberes de asistencia económica; sustracción patrimonial; sustracción de las utilidades de las actividades económicas familiares; terminando el elenco con el castigo de una serie de conductas que denomina “expresiones de violencia contra las mujeres”<sup>65</sup>.

Al margen ya del distinto abanico de conductas que ven sus penas agravadas por razón del género de la víctima, es necesario subrayar las diferencias que existen en la definición del feminicidio/femicidio. Así, el art. 21 de la ley costarricense se limita a señalar que es sinónimo de dar muerte a una mujer, con independencia de que exista una relación matrimonial o de hecho. Se trata pues de una definición que al margen, por un lado, de reducir el feminicidio al ámbito de las muertes de mujeres a manos de sus maridos o compañeros sentimentales, por otro, no incorpora elemento –objetivo ni subjetivo– alguno que sirva para cerrar la definición. Por mucho que se declare tan tajantemente la falta de excepción, puede entenderse que la muerte de una mujer a manos de su marido en legítima defensa (por ejemplo, en el hipotético caso de la mujer que en un estado de inimputabilidad sobrevenido atacara a su marido con un arma de fuego cargada, apuntándola hacia su corazón) no puede ser entendida

63 Sobre el feminicidio en Argentina, vid. CHEJTER, Silvia, *Femicidios. Desafíos teóricos y perfiles estadísticos*, ed. Centro de Encuentros Cultura y Mujer, Buenos Aires, 2008.

64 Y todo apunta a que también va a suceder en el argentino.

65 “Quien realizare cualquiera de las siguientes conductas, será sancionado con multa de dos a veinticinco salarios mínimos del comercio y servicio:

A) Elaborar, publicar, difundir o transmitir por cualquier medio, imágenes o mensajes visuales, audiovisuales, multimedia o plataformas informáticas con contenido de odio o menosprecio hacia las mujeres.

B) Utilizar expresiones verbales o no verbales relativas al ejercicio de la autoridad parental que tengan por fin intimidar a las mujeres.

C) Burlarse, desacreditar, degradar o aislar a las mujeres dentro de sus ámbitos de trabajo, educativo, comunitario, espacios de participación política o ciudadana, institucional u otro análogo como forma de expresión de discriminación de acuerdo a la presente ley.

D) Impedir, limitar u obstaculizar la participación de las mujeres en cualquier proceso de formación académica, participación política, inserción laboral o atención en salud.

E) Exponer a las mujeres a un riesgo inminente para su integridad física o emocional.

F) Mostrar o compartir pornografía de personas mayores de edad en los espacios públicos, de trabajo y comunitario”.

como “feminicidio justificado”, sino, en todo caso, como homicidio justificado.

Por otro lado, como se decía anteriormente, la indefinición de lo específico del feminicidio, así como la mayor pena a imponer al autor, pueden determinar que el ordenamiento jurídico se vuelva en contra de la propia víctima del delito, en la medida en que proceda a interpretar el tipo de tal forma que más que investigar la presencia del hecho principal, se dediquen a justificar el hecho por parte del autor: habrá pues que recordar la exigencia marcada por la Convención de Belém do Pará de que el autor actúe por razón de género, a la hora de su aplicación judicial.

Más prolífica es la definición del art. 6 de la ley guatemalteca, que establece: “comete el delito de femicidio quien, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diera muerte a una mujer, por su condición de mujer, valiéndose de cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a. Haber pretendido infructuosamente establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima.
- b. Mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la víctima relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo o relación laboral.
- c. Como resultado de la reiterada manifestación de violencia en contra de la víctima.
- d. Como resultado de ritos grupales usando o no armas de cualquier tipo.
- e. En menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, o cometiendo actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación.
- f. Por misoginia.
- g. Cuando el hecho se cometa en presencia de las hijas o hijos de la víctima.
- h. Concurriendo cualquiera de las circunstancias de calificación contempladas en el artículo 132 del Código Penal.

La persona responsable de este delito será sancionada con pena de prisión de veinticinco a cincuenta años, y no podrá concedérsele la reducción de la pena por ningún motivo. Las personas procesadas por la comisión de este delito no podrán gozar de ninguna medida sustitutiva”.

De nuevo, se trata de una definición de feminicidio cerrada, dotada de elementos que sirven para diferenciar la muerte de una mujer por feminicidio de otras muertes constitutivas meramente de homicidio. Así, en primer lugar, se señala el contexto en el que han de producirse los actos violentos; necesariamente debe tratarse de relaciones desiguales de poder de los hombres sobre las mujeres, de lo contrario, habrá homicidio simple; además, es necesario que el autor actúe fundándose en la condición de mujer de la víctima, esto es, convencido de que por ello mismo, deben soportar el poder del hombre sobre ella; y finalmente, también ha de analizarse la concreta peripécia ejecutiva (ritos tribales) o con una fundamentación concreta (“por misoginia”).

Por lo que toca, finalmente a la ley salvadoreña, el art. 45

lo define en los siguientes términos: "Quien le causare la muerte a una mujer mediando motivos de odio o menosprecio por su condición de mujer, será sancionado con pena de prisión de veinte a treinta y cinco años". A tenor de esta definición, tampoco basta con el hecho objetivo de causar la muerte junto al dolo de causarla, sino que además en el ámbito subjetivo debe concurrir un segundo elemento que el legislador normativiza a continuación, definiendo expresamente qué ha de entenderse por "motivos de odio o menosprecio por su condición de mujer", concretándolo en la concurrencia de alguna de estas circunstancias: "A) Que a la muerte le haya precedido algún incidente de violencia cometido por el autor contra la mujer, independientemente que el hecho haya sido denunciado o no por la víctima; B) Que el autor se hubiere aprovechado de cualquier condición de riesgo o vulnerabilidad física o psíquica en que se encontraba la mujer víctima; C) Que el autor se hubiere aprovechado de la superioridad que le generaban las relaciones desiguales de poder basadas en el género; D) Que previo a la muerte de la mujer el autor hubiere cometido contra ella cualquier conducta calificada como delito contra la libertad sexual; E) Muerte precedida por causa de mutilación"<sup>66</sup>.

Si se deja a un lado la definición de la ley costarricense, que no añade ningún elemento a la muerte más que el sexo del sujeto pasivo, las leyes guatemalteca y salvadoreña añaden otros requisitos que a la vez que identifican el feminicidio frente al tipo común de homicidio o de parricidio, dotan de sustantividad propia a ambas definiciones desde el punto de vista del desvalor de acción, pues en ambos casos es preciso que aquella muerte se cause "por su condición de mujer", siempre que además concurren algunas circunstancias a las que termi-

na por confiar en cerrar el ámbito de lo típico, pues permiten deducir por indicios, la presencia de aquella finalidad.

Sirvan ambas definiciones para constatar que los riesgos a los que se refiere la jurisprudencia argentina en torno al relajamiento de los estándares mínimos de prueba en caso de tipificación expresa, no tienen por qué producirse en todo caso, y que solo son consecuencia de la opción de técnica legislativa fruto de una decisión de política criminal.

#### ***IV.5 La singularidad que representa la referencia a la mujer en el párrafo 2º del art. 321 bis del Código penal uruguayo***

Antes de finalizar este estudio sobre las distintas vías a las que han recurrido los legisladores de los países de nuestro entorno cultural para valorar el género en el ámbito del delito, ha de hacerse un comentario singular al Código penal uruguayo, que presenta algunas notas que le caracterizan como propio, y por ende, que lo distingue del resto.

La singularidad que representa la tipificación de este delito se refiere no ya al castigo expreso del delito de violencia doméstica, sino a la referencia que se hace en el párrafo 2º del art. 321 a la agravación de la pena "si la víctima fuere una mujer": que se trata de un supuesto de sexualización de la letra de ley, es evidente, aunque no está claro su fundamento. Porque, desde un punto de vista feminista, puede entenderse que lo que se protege no es más que el derecho a una vida libre de violencia de las mujeres, hartas ya de ser víctimas de delito por su pertenencia a su género a manos del género masculino, tal como hacen las leyes española, brasileña, guatemalteca, salvadoreña o mexicana, cuando regulan tipos especiales en razón de los sujetos activos y pasivos. Ahora bien, existen una serie de indicios que ponen de relieve que su fundamentación es de corte machista: esto es, la de proteger especialmente a las mujeres porque se lo merecen en razón a su sexo y de los roles que desempeñan socialmente, con lo que se trataría de un clásico ejemplo de discriminación que hunde sus raíces en el patriarcado.

Si se contextualiza esta regulación en el conjunto del Código penal uruguayo, ha de resaltarse que se trata de un texto punitivo antiguo, (4 de diciembre de 1933), lo que puede estar justificando el hecho de que siga existiendo en su in-

66 A esa figura añade otra de feminicidio agravado en su art. 46: "El delito de feminicidio será sancionado con pena de treinta a cincuenta años de prisión, en los siguientes casos:

- A) Si fuere realizado por funcionario o empleado público o municipal, autoridad pública o agente de autoridad.
- B) Si fuere realizado por dos o más personas.
- C) Si fuere cometido frente a cualquier familiar de la víctima.
- D) Cuando la víctima sea menor de dieciocho años de edad, adulta mayor o sufre discapacidad física o mental.
- E) Si el autor se prevaleciese de la superioridad originada por relaciones de confianza, amistad, doméstica, educativa o de trabajo".

terior una disposición como la del art. 36, en la que se considera causa de impunidad “la pasión provocada por el adulterio” en los delitos de “homicidio y lesiones” es decir, los delitos más graves contra las personas, cuando concurren dos requisitos: “que el delito se cometa por el cónyuge que sorprendiera in fraganti al otro cónyuge y que se efectúe contra éste o contra el amante; que el autor tuviera buenos antecedentes y que la oportunidad para cometer el delito no hubiera sido provocada o simplemente facilitada, mediando conocimiento anterior de la infidelidad conjugal”. Por otro lado, atenúa la pena según el art. 46.7 “la buena conducta anterior”. Y por el contrario agrava la pena ex art. 47.6 “abuso de fuerza. Abusar de la superioridad del sexo, de las fuerzas o de las armas, en condiciones que el ofendido no pueda defenderse con probabilidades de repeler la ofensa”, así como el abuso de superioridad, de relaciones domésticas: sin duda alguna, la agravación de la pena en atención a la “superioridad del sexo” está refiriéndose a la superioridad del sexo masculino sobre el femenino como ya hacia el Código penal español de 1822<sup>67</sup>.

Pero tampoco podemos olvidarnos que hasta la aprobación de la Decreto-Ley Nº 15.032 el matrimonio eximía de responsabilidad criminal en los delitos de violación, rapto y estupro<sup>68</sup>.

Todo ello plantea una serie de interrogantes en torno a si el párrafo 2º del art. 321 bis no está más que protegiendo el respeto casi reverencial que la mujer se merece en el seno de su familia, como trasmisora de los valores patriarcales de unas generaciones a otras: parece que existen indicios que conducen a afirmar que se trata de un Código penal necesitado de una profunda revisión desde una perspectiva de género desde la cual, debería de desaparecer el párrafo 2º del art. 321.

## V. RECOPILACIÓN Y CONCLUSIONES

A lo largo de las páginas anteriores se ha sometido a estudio la protección del ámbito familiar frente a las conductas de maltrato, así como la protección que específicamente ofrecen algunos Códigos penales a las mujeres víctimas de violencia de género. Al margen ya de las similitudes que con carácter general pueden apreciarse, son muchos los puntos que separan a estos modelos.

En este sentido, por lo que se refiere a la violencia doméstica, a pesar de las discrepancias existentes entre los distintos ordenamientos jurídicos, parece poder afirmarse que se trata de un fenómeno criminal específico, que supera a cada uno de los actos singulares de violencia, así como a cada uno de los singulares miembros que conforman la unidad familiar, pues todos ellos se ven obligados a convivir en esas circunstancias hasta que se da el paso de romper el núcleo que les une con la correspondiente denuncia. De ahí que deba de admitirse el concurso con los bienes jurídicos de titularidad individual que se ven involucrados en cada caso porque además su titularidad es compartida y por su dinámica comisiva se trata de un bien jurídico que se ve afectado de forma permanente, fuera de los momentos en los que se producen las concretas agresiones.

67 ACALE SÁNCHEZ, María, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, cit., pp.34 y ss.

68 Al respecto véase: MALET VÁZQUEZ, Mariana, “Para una reforma de los delitos sexuales”, en *Revista de Derecho penal*, 2008/17, pp. 7 y ss; LACKNER, Ricardo, “Algunas reflexiones para una reforma integral en materia de delitos sexuales”, en *Revista de Derecho penal*, 2008/17, pp. 27 y ss.

Por otro lado, se ha podido comprobar como cada día que pasa son más los ordenamientos jurídicos que han sexualizado la letra de la ley; en este sentido, es más numeroso el grupo de Códigos penales que han procedido a incluir el sexo de los sujetos activos y pasivos en el tipo de unas concretas figuras, mientras que destaca el ordenamiento jurídico brasileño que ha procedido a incorporar a su Libro I una circunstancia agravante específica en el art. 61. Entre ellos, como se ha examinado anteriormente, es fácil distinguir los Códigos penales español y venezolano, que han procedido a agravar la pena de una serie de delitos menos graves, mientras que los ordenamientos jurídicos como Perú, Chile o México han tipificado el delito de feminicidio/femicidio, mientras que finalmente, El Salvador, Costa Rica y Guatemala, han incluido el género de la mujer como elemento típico tanto en delitos menos graves, como en el feminicidio/femicidio.

La cuestión que verdaderamente ha de ser resuelta es si esta sexualización legal del problema de la violencia que sufren las mujeres a manos de los hombres con los que están o han estado unidas sentimentalmente, es eficaz para acabar con ella. Nótese que se corre el riesgo de utilizar el Código penal de forma puramente simbólica para proteger al colectivo de mujeres o para sancionar al colectivo de hombres, consagrando otra vez el papel de víctima de la mujer y el de agresor del hombre, esto es, los tradicionales papeles pasivo y activo que la estructura patriarcal ha conferido a mujeres y hombres respectivamente a lo largo de la historia; ello supondría que el feminismo actual no ha encontrado otra vía para alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres, que el que tradicionalmente ha encontrado el comportamiento machista para someter a las mujeres, reconociendo pues en todo caso como premisa que el hombre es superior a la mujer.

La inclusión del género de la víctima y del agresor en el ámbito de la tipicidad, debería replantearse, dada en primer lugar, la imagen que se reproduce de ambos géneros. Pues salta a relucir la especial vulnerabilidad de las mujeres por el hecho de serlo. Ponderar estos factores puede hacerse igualmente a través de otros derroteros, interpretando el tipo, la anti-juricidad, la culpabilidad y la punibilidad desde una perspectiva de género. De ahí que no pue-

da anularse la discrecionalidad judicial, única forma de que con carácter general, no se escapen del juicio matices esenciales de carácter criminológico ni victimológicos.

Por ello es tan importante la formación de los operadores jurídicos, pues de lo contrario, las mujeres quedarán desprotegidas, a pesar de los mandatos de punición expresos. Y de ahí también que haya de resaltarse la creación de los Juzgados de Violencia especializados, de forma que por parte del sistema judicial se pongan todos los medios necesarios para que ningún juez vuelva a “condenar” a una mujer maltratada a compartir su domicilio con su maltratador, firmando con ello su sentencia de muerte, ni se admitan recursos extemporáneos frente a decisiones judiciales que debían haber sido inmediatamente ejecutadas.

El Derecho procesal está llamado a desempeñar un papel protagonista en la implementación de la tutela de la víctima, no solo en fase de juicio oral, garantizándole sus derechos de asistencia jurídica gratuita especializada, sino poniendo en marcha medidas cautelares eficaces, como las órdenes de protección, que garanticen su seguridad personal. Solo entonces recuperarán las mujeres sus derechos de ciudadanía, empoderándose. Para que ello sea posible, sin embargo, de nada sirve la inclusión en el Código de figuras penales que castigan más, si castigan peor, si además simultáneamente no se ponen en marcha programas idóneos de tratamiento penitenciario, por muy costosos que sean durante el tiempo en el que permanezca en prisión.

Pero por otro lado, en segundo lugar, ha de replantearse la inclusión en el tipo del género femenino desde un punto de vista subjetivo. En efecto, frente al modelo del Código penal español, que prescinde de la prueba de la finalidad con la que actúa el autor en el caso concreto, parecen preferibles modelos en los que además de probar la concurrencia de los elementos centrales –la muerte de la mujer– se pruebe la concurrencia de un elemento subjetivo especial que acompaña al dolo, que podemos reconocer bajo el nombre de “desprecio”, de “odio” o de “discriminación”. Es cierto que la prueba de los elementos de carácter subjetivo son los más complicados; ahora bien, los tribunales están acostumbrados a ellos, y se cercioran de su presencia a través de la prueba por indicios, es decir, deducen su concurrencia del conjunto de

datos objetivos que singularizan a cada una de las agresiones. En este sentido, han de valorarse los esfuerzos realizados por los legisladores mexicanos, salvadoreño y guatemalteco, que al definir el feminicidio/femicidio deducen que se mata a la mujer por razón de su género, de unos concretos datos objetivos. Ahora bien, lo que ha de plantearse es por qué semejantes indicios solo sirven para materializar el móvil discriminatorio hacia la mujer en el caso de que se le cause la muerte, y no cuando se produzca otro tipo de resultados que atentan igualmente contra el derecho a una vida sin violencia y al disfrute de los derechos de los que son titulares por el hecho de ser mujeres. De ahí que, de nuevo por esta vía, resulte preferible un modelo, similar al brasileño, que en la parte general del Código incluya el móvil discriminatorio, y que se le ofrezcan al juez elementos objetivos de los que deducir por indicios su concurrencia cuando se produzcan en cualquier parcela delictiva. Solo así se podrá ofrecer una respuesta coherente frente a un fenómeno criminal que merece ser atajado penalmente.

No obstante, antes de todo esto, antes de que el Derecho penal intervenga, es necesario potenciar la educación de la sociedad en valores de igualdad y de resolución pacífica de conflictos, pues en efecto, solo cuando cambien los patrones de comportamiento, se podrá estar en la línea de luchar de forma eficaz, erradicando, esta clase de violencia. En esto consiste la prevención general positiva que no solo ha de perseguirse a través del Derecho penal.

Finalmente, si se lleva a cabo la labor de repasar y repensar lo que hasta este momento se ha analizado, se coincidirá en que precisamente en los países en los que el número de mujeres muertas es más alarmante, es donde se ha procedido a tipificar expresamente los delitos de feminicidio. No obstante, dichas leyes no han sido suficientes para frenar –a modo de barrera– las cifras, por lo que quizás haya llegado ya el momento de plantearse si se trata de leyes que después de su aprobación, con la innegable trascendencia que han tenido en los medios de comunicación de cada uno de esos países, no se ha relajado la conciencia de esos legisladores, que aprobando dichas leyes, se han librado a sí mismos de toda culpa.

Si la experiencia nos da muestras de que el patriarcado se ha aliado durante años al Derecho penal para someter a las mujeres, la actual amistad que se celebra entre feminismo oficial y Derecho penal no puede conducir a más que a juegos peligrosos.

## BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, María, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, ed. Reus, Madrid.

ACALE SÁNCHEZ, María, “Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coorda.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

ACALE SÁNCHEZ, María, “Ejecución de penas y tratamiento postde-

lictual del maltratador”, en DE HOYOS SANCHO, Montserrat (coord.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2009.

ACALE SÁNCHEZ, María, “Los nuevos delitos de mal trato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2005/15.

ACALE SÁNCHEZ, María, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ARIAS EIBE, María José, “La respuesta específica a la violencia doméstica en el art. 153 del Código Penal: estudio jurídico penal”, en *Actualidad Penal*, 2001 (nº 32, semana del 3 al 9 de septiembre).

BERENICE DIAS, María, *A Lei Maria da Penha na justiça*, ed. *Revista dos Tribunais*, San Pablo, 2007.

BRINGAS FLORES, Sandra Maribel, “Feminicidio. ¿Necesidad de sexualizar el Derecho penal? A propósito de la Ley nº 29819”, en [www.derechoycambiosocial.com](http://www.derechoycambiosocial.com), 31/03/2012

CHEJTER, Silvia, *Femicidios. Desafíos teóricos y perfiles estadísticos*, ed. Centro de Encuentros Cultura y Mujer, Buenos Aires, 2008.

FARALDO CABANA, Patricia. “Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género”, en MUÑOZ CONDE, Francisco (dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María Dolores, “Condición femenina y represión”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, 1995/XVI.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La mujer y el Código penal español”, en el mismo, *Estudios de Derecho penal*, ed. Tecnos, Madrid, 1990.

HECHEVARRÍA BARZAGA, Kenia y otros “Caracterización de la violencia intrafamiliar hacia la mujer”, en *Revista Electrónica de Ciencias Holguín mth* 2009/4.

LACKNER, Ricardo, “Algunas reflexiones para una reforma integral en materia de delitos sexuales”, en *Revista de Derecho penal*, 2008/17.

LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela, “Antropología, feminismo y política. Violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres”, en BULLEN, Margaret, DÍEZ MINTEGUI, María del Carmen, *Retos teóricos y nuevas prácticas*, San Sebastián, 2008.

LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela, “Del femicidio al feminicidio”, texto editado de la conferencia “Proyecto de ley por el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia en México”, presentada en el marco del Seminario internacional Derecho de las

mujeres a una vida libre de violencias, organizado por la corporación SISMA Mujer y llevado a cabo en Bogotá, los días 3 y 4 de agosto de 2006, en *Revista Desde el Jardín de Freud*, 2006/6, pp. 216 y ss;

LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela, *Identidad de Género y Derechos Humanos. La construcción de las humanas*, ed. Universidad Nacional, Costa Rica, 1999, disponible on line en [www.amdh.org.mx/mujeres3/biblioteca/Doc.../5.../3...mujeres/24.pdf](http://www.amdh.org.mx/mujeres3/biblioteca/Doc.../5.../3...mujeres/24.pdf).

LARRAURI, Elena, “Violencia doméstica y legítima defensa –un caso de aplicación masculina del derecho”, en LARRAURI, Elena, VARONA, Daniel, *Violencia doméstica y legítima defensa*, ed. PPU, Barcelona, 1995.

LAURENZO COPELLO, Patricia, «La violencia de género en la Ley integral. Valoración político criminal», en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología* (RECPC 07-08/2005).

MALET VÁZQUEZ, Mariana, “Para una reforma de los delitos sexuales”, en *Revista de Derecho penal*, 2008/ 17.

MUNEVAR, Dora Inés, “Delito de femicidio. Muerte violenta de mujeres por razones de género”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2012, 14/1.

PROVEYER CERVANTES, Claudia, “Los estudios de la violencia contra la mujer en las relaciones de pareja en Cuba: una reflexión crítica”, en *Academia*, 2002/1, vol. 2.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, I, ed. EDERSA, 2ª edición, Madrid, 1972.

RUBIDO DE LA TORRE, José Luis, *Ley de violencia de género. Ajuste de constitucionalidad en materia penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

RUSSEL Diana y RADFORD, Jill, “Femicide: The Politics of Woman Killing”, ed. Twayne Publishers, Nueva York, 1992. Traducción al castellano de LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela, titulado *Feminicidio. La política de las mujeres*, CEIICH-UNAM, CEDSIFRMPJV, Cámara de Diputados, LIX, Legislatura, México, 2006.

SANCHES CUNHA, Rogerio, *Violencia doméstica*, ed. *Revista dos Tribunais*, San Pablo, 2008.

TOLEDO VÁZQUEZ, Patsilí, *Feminicidio*, ed. Naciones Unidas, México, 2009.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (REPDC 09-12-2007), <http://criminet.ugr.es/recpc>.

ZAFFARONI, Ernesto Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, ed. EDIAR, Buenos Aires, 2000.

# El acceso a la justicia de los migrantes en la Argentina. Algunos apuntes sobre la revisión judicial de los actos de expulsión decretados por la Dirección Nacional de Migraciones

Hernán De LLano  
Defensor Público Oficial ante los Juzgados Nacionales en lo Penal Tributario.

## **1) El acceso a la justicia como derecho fundamental. El derecho a una revisión judicial amplia y sin obstáculos formales de los actos dictados por la administración**

El acceso a la justicia es un derecho humano fundamental que consiste en la posibilidad de toda persona de obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas. La Constitución Nacional garantiza en su Artículo 18 el acceso a la justicia de todos sus habitantes. A su vez, a partir de 1994 este principio se vio reforzado con la incorporación a la Constitución de los Tratados Internacionales suscriptos por nuestro país, que reconocen el derecho de todas las personas a obtener, en condiciones igualitarias, un rápido y amplio acceso a un tribunal de justicia de carácter imparcial e independiente<sup>1</sup>.

Los organismos del Sistema Interamericano se han pronunciado reiteradamente en torno al acceso a la justicia, considerándolo uno de los pilares básicos no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática, en el sentido de la Convención<sup>2</sup>.

La Corte IDH ha sintetizado su doctrina en materia de acceso a la justicia señalando que el art. 25 de la CADH "...establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales" y que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el art. 25 de la Convención ...no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido. Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el art. 25 de la Convención Americana<sup>3</sup>.

Profundizando esa doctrina, y en relación con los miembros de grupos vulnerables, en la opinión consultiva 11, la Corte IDH al analizar si es exigible el agotamiento de los recursos internos cuando se invocan como obstáculos los costos económicos o de carencia de asistencia jurídica, consideró que "el art. 8 exige asistencia legal solamente cuando ésta es necesaria para que se pueda hablar de debidas garantías y que el Estado que no la provea gratuitamente cuando se trata de un indigente, no podrá argüir luego que dicho proceso existe pero no fue agotado"<sup>4</sup>.

En un sentido similar, en la opinión consultiva 18, relativa a la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, la Corte IDH consideró:

1 Cf. arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

2 Entre otros, *Corte IDH Cantos v. Argentina* fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de noviembre de 2002, Serie C Nº 97; *Suárez Rosero v. Ecuador*, fondo, sentencia de 12 de noviembre de 1997, serie C, Nº 35; *Caso Palamara Iribarne v Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C Nº 135, párr. 184.

3 Corte IDH, *Caso Cantos v. Argentina*, párr. 52.

4 Corte IDH, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46 a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 27.

...la negativa a prestar un servicio público gratuito de defensa legal a las personas sin recursos implicaba una vulneración del debido proceso y del derecho a la protección judicial efectiva ya que le impide que se hagan valer los derechos en juicio, y, en el caso de personas migrantes indocumentadas, éstas corren serio riesgo de ser deportadas, expulsadas o privadas de su libertad al acudir a las instancias administrativas o judiciales<sup>5</sup>.

Más recientemente, la Corte Interamericana en el caso *Barbani Duarte v. Uruguay* definió por primera vez estándares específicos en materia de revisión jurisdiccional de actos administrativos, basándose en los estándares previamente desarrollados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, destacando que “no hay una revisión judicial si el órgano judicial está impedido de determinar el objeto principal de la controversia, como por ejemplo sucede en casos en que se considera limitado por circunstancias fácticas o jurídicas realizadas por el órgano administrativo que hubieran sido decisivas en la resolución del caso”<sup>6</sup>. En el caso citado, el tribunal internacional consideró que al evaluar la efectividad de los recursos incoados en la jurisdicción contencioso administrativa nacional, la Corte debe observar si las decisiones tomadas en aquélla han contribuido efectivamente a poner fin a una situación violatoria de derechos, a asegurar la no repetición de los actos lesivos y a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos protegidos por la Convención.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido el derecho a la jurisdicción y al acceso a la justicia, y destacó:

[S]i las disposiciones que gobiernan el caso impiden a las partes tener acceso a una instancia judicial propiamente dicha [...] existe agravio constitucional originado en privación de justicia, pues ésta se configura toda vez que un particular, no obstante

hallarse protegido por la garantía del art. 18, queda sin juez a quien reclamar la tutela de su derecho, sea que ello ocurra porque declinen su intervención todos los jueces en conflicto, o en virtud de la derogación de las normas que creaban los tribunales competentes para entender en la causa, o [...] a raíz de preceptos legales que lisa y llanamente excluyen la debida intervención judicial...<sup>7</sup>

Respecto de la compatibilidad del establecimiento de instancias administrativas previas con el derecho de acceso a la justicia, la Corte Suprema ha convalidado la creación de órganos y procedimientos administrativos que tengan como fin “hacer más efectiva y expedita la protección de los intereses públicos”, sosteniendo que:

...no constituye una violación al derecho de defensa en juicio la exigencia de agotar la vía administrativa previo al acceso a tribunales de justicia, en la medida en que el habitante conserve la posibilidad de concurrir ante un organismo jurisdiccional con el fin de que se revise la decisión adoptada por el tribunal administrativo<sup>8</sup>, siempre que el justiciable haya tenido suficiente oportunidad de plantear sus cuestionamientos<sup>9</sup>.

## 2) Los migrantes y el acceso a la justicia en el ordenamiento jurídico argentino. La asistencia jurídica gratuita consagrada en el art. 86 de la Ley de Migraciones

Es habitual que los migrantes se enfrenten a numerosos impedimentos para acceder a los mecanismos de acceso a la justicia. Aparecen así barreras de carácter económico que no sólo dificultan la posibilidad de contar con abogados especializados por la imposibilidad de hacer frente a costosos honorarios, sino también el acceso mismo a los procedimientos por la disyuntiva que presenta para el trabajador migrante acudir a su lugar de trabajo o efectuar un seguimiento regular del proceso que lo involucra. También se erigen obstáculos de carácter cultural que se traducen en el desconocimiento de la ley o del idioma del lugar en el que viven.

En este sentido, la entrada en vigencia de la ley 25.871 que derogó la ley de migraciones de la última dictadura militar, significó un gran avance en el reconocimiento de los derechos de los migrantes, consagrando un catálogo de garantías en los procesos de expulsión. Así, entre otros derechos, se estableció el de la asistencia letrada en todo el proceso de expulsión, el derecho a un intérprete en caso de no hablar el

5 CIDH, “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos”, párr.54.

6 Corte IDH. Caso *Barbani Duarte y otros s. Uruguay*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012 Serie C N° 243, párr. 204.

7 CSJN, “Fernández Arias” Fallos: 247:646.

8 CSJN, “Karam” Fallos: 310:360; “Enrique Schuster SAIC”, Fallos: 310:2159.

9 CSJN “Farmacia Benjamín Matienzo”, Fallos: 304:1242; “Cas TV SA”, Fallos: 305:1878.

10 Andreu-Guzmán, Federico y Courtis, Christian *Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, publicado por el Ministerio Público de la Defensa de la Argentina. Señalan los autores que es en este sentido que deben leerse las Reglas 30 y 31, referidas a la asistencia técnico-jurídica de calidad, especializada y gratuita.

11 Art. 29, inc. a) La presentación ante la autoridad de documentación nacional o extranjera material o ideológicamente falsa o adulterada; inc. c) Haber sido condenado o estar cumpliendo condena en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más; inc. d) Haber incurrido o participado en actos de gobierno o de otro tipo, que constituyan genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo o delitos de lesa humanidad y de todo otro acto susceptible de ser juzgado por el Tribunal Penal Internacional; inc. e) Tener antecedentes por actividades terroristas o por pertenecer a organizaciones nacional o internacionalmente reconocidas como imputadas de acciones susceptibles de ser juzgadas por el Tribunal Penal Internacional o por la ley 23.077, de Defensa de la Democracia; inc. f) Haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por promover o facilitar, con fines de lucro, el ingreso, la permanencia o el egreso ilegales de extranjeros en el Territorio Nacional; g) Haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por haber presentado documentación material o ideológicamente falsa, para obtener para sí o para un tercero un beneficio migratorio; inc. h) Promover la prostitución, lucrar con ello; haber sido condenado o tener antecedentes, en la Argentina o en el exterior por haber promovido la prostitución; por lucrar con ella o por desarrollar actividades relacionadas con el tráfico o la explotación sexual de personas.

12 Art. 29, inc. i) Constatarse la existencia de alguno de los impedimentos de radicación esta-

idioma del país, el derecho a la información sobre la asistencia consular, el derecho a contar con una decisión fundada, el derecho a recurrir la orden de expulsión, entre otros.

En particular, el derecho a la asistencia jurídica gratuita para personas que carezcan de medios económicos, fue plasmado en el art. 86 de la Ley de Migraciones y se determinó, con la sanción del Decreto Reglamentario N° 616/10, que el organismo encargado de brindar esa asistencia era el Ministerio Público de la Defensa. Según la norma citada (conforme al texto de la reglamentación), exteriorizada la voluntad recursiva del migrante, la Dirección Nacional de Migraciones debe dar inmediata intervención a la Defensoría Pública disponiendo la suspensión de cualquier trámite y de los plazos en curso en las actuaciones administrativas, hasta que se efectivice esa intervención o el migrante reciba la asistencia jurídica necesaria para salvaguarda de sus intereses.

Sin dudas que la materialización del derecho a contar con asistencia legal gratuita y efectiva configuró uno de los puntos más altos en el señalado avance en materia de garantías que significó la sanción de la nueva ley. Justamente, porque ese servicio especializado que se traduce en un equipo de abogados involucrados en el caso concreto, permite que las personas no necesiten dedicar una parte significativa de su tiempo en darle seguimiento, a la vez que asegura el conocimiento por parte de los migrantes de las diversas alternativas o soluciones a sus problemas jurídicos concretos.

No debe soslayarse que, de acuerdo a la Convención Americana y otros instrumentos internacionales, el derecho al acceso a la justicia concierne a la violación de todo derecho fundamental, y no sólo aquellos relacionados con la investigación en materia penal. Esto significa que la existencia de formas de asistencia legal adecuada a las necesidades de los grupos vulnerables debe extenderse a todas las áreas en las que peligre la vigencia de un derecho fundamental –político, civil, económico, social o cultural<sup>10</sup>.

### 3) Los alcances de la orden de extrañamiento en la Ley de Migraciones

El art. 29 de la ley 25.871 establece una serie de causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional, agrupándose en aquellas vinculadas a la comisión de delitos (en el país o en el extranjero)<sup>11</sup>; las relacionadas con el incumplimiento de requisitos de radicación previstos por la ley<sup>12</sup>; con la existencia de medidas restrictivas de ingreso al país<sup>13</sup>; y las relativas al ingreso al país eludiendo el control migratorio<sup>14</sup>.

blecido en la presente ley; Inc. k) El incumplimiento de los requisitos exigidos por la presente ley.

13 Art. 29, Inc. b) Tener prohibido el ingreso, haber sido objeto de medidas de expulsión o de prohibición de reingreso, hasta tanto las mismas no hayan sido revocadas o se hubiese cumplido con el plazo impuesto al efecto.

14 Art. 29, Inc. i) Intentar ingresar o haber ingresado al Territorio Nacional eludiendo el control migratorio o por lugar o en horario no habilitados al efecto.

Constatada alguna de las causales allí establecidas, la autoridad migratoria se encuentra habilitada para cancelar la residencia cualquiera fuese la antigüedad, categoría o causa de la admisión y disponer la posterior expulsión<sup>15</sup>. Contra esa decisión, el migrante que no desee ser expulsado cuenta con un abanico recursivo tanto en el ámbito administrativo como judicial, regulado en el Capítulo I de la Ley de Migraciones que, asimismo, recepta la señalada posibilidad de contar con asistencia jurídica gratuita a tales fines.

#### **4) La revisión judicial de los actos de expulsión de migrantes dictados por la Dirección Nacional de Migraciones. Claro oscuros en la jurisprudencia de la Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal**

La entrada en vigencia de la reglamentación de la Ley de Migraciones, en lo que atañe a la actuación de la defensa pública en la asistencia jurídica gratuita de los migrantes, se tradujo en un significativo incremento de los casos judicializados mediante la vía recursiva prevista en el art. 84 de la citada ley. Si bien las decisiones jurisdiccionales de fondo hasta el momento han sido escasas en proporción al universo de casos radicados en el fuero Contencioso Administrativo Federal, pueden visualizarse ya criterios que permiten verificar algunas tendencias en torno al acceso a la justicia de los migrantes.

##### **A) La ausencia de defensa efectiva en el procedimiento administrativo y su impacto en la revisión judicial del art. 84 de la ley 25.871. A propósito de la falta de agotamiento de la vía administrativa**

###### **A.1) Criterios favorables a una interpretación amplia del acceso a la justicia:**

Como se señalara más arriba, uno de los principales inconvenientes con que se enfrentan los

migrantes a la hora de defender sus derechos ante la decisión estatal de ordenar su extrañamiento, es la falta de asistencia jurídica gratuita y especializada. El migrante, cuando es notificado de esa orden suele expresar de manera escueta su voluntad recursiva. Sin embargo, por carecer de un asesoramiento que le brinde las herramientas para hacer efectivo su derecho de defensa, esas presentaciones no alcanzan a satisfacer los requisitos mínimos de fundamentación. En otros casos, por la movilidad habitacional propia de este colectivo, las notificaciones no llegan a destino y los plazos administrativos vencen irremediablemente sin que el migrante haya tomado conocimiento de las decisiones que lo afectan.

Esta situación de vulnerabilidad se vio mitigada en la Argentina a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Migraciones y sobre todo, con la sanción a mediados del año 2010 de su reglamentación, que asegura la intervención del Ministerio Público de la Defensa en los procesos administrativos y judiciales que involucren a extranjeros.

No obstante, se han presentado numerosos casos en que la orden de expulsión fue dictada con anterioridad a la vigencia del decreto reglamentario y en los que se verificaron graves limitaciones en el ejercicio del derecho de defensa, pese a que ya regía el art. 86 que garantizaba la defensa jurídica gratuita –aunque sin indicar el modo de canalizar esa asistencia que recién se determinó con aquel decreto.

En estos casos, los migrantes al ser notificados de la orden de expulsión nunca fueron advertidos de que, conforme a la ley vigente de migraciones, contaban con el derecho a la asistencia jurídica gratuita prevista en el art. 86, circunstancia que en la mayoría de los casos se tradujo no sólo en la pérdida o vencimiento de plazos para interponer los recursos, sino también en la falta de asesoramiento jurídico para encauzar debidamente los reclamos pertinentes.

Esta circunstancia fue denunciada por la defensa pública a través de los recursos presentados ante la Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal, además de cuestionarse la validez de lo actuado en sede administrativa en franca violación del derecho de defensa, obteniéndose algunos resultados positivos en el fuero contencioso administrativo<sup>16</sup>.

Como es sabido, dicha norma es plenamente operativa puesto que está dirigida a una si-

15 Cabe señalar que el último párrafo del art. 29 faculta a la Dirección Nacional de Migraciones –previo dictamen del Ministerio del Interior- a hacer excepción a la orden de extrañamiento cuando se verificaran en el caso razones humanitarias o de reunificación familiar.

16 En líneas generales, los jueces fallaron invocando el derecho a la efectiva revisión judicial del acto administrativo cuestionado, el resguardo de la garantía constitucional de acceso a la justicia y por aplicación del principio “*in dubio pro actione*”. Cfr. causa “Escobar Rengel, Hermilia c/ EN – Mº Interior RSL 976- DNM – Disp 14488/08 (2.122.921/06)

tuación de la realidad en la que puede operar y/o actuar inmediatamente sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso. Y si bien es cierto que el art. 86 in fine reza "...las reglamentaciones a la presente que en su caso se dicten, deberán resguardar el ejercicio del Derecho Constitucional de Defensa", el mismo hace referencia al piso o marco que debe tener la reglamentación, que no es otro que el resguardo del mencionado Derecho Constitucional de Defensa.

En función de ello, se planteó desde la defensoría que al no haberse permitido en tiempo oportuno el debido ejercicio del derecho de defensa -esto es, mediante la asistencia jurídica gratuita y/o asistencia de la defensa oficial-, se habrían producido en todos estos casos severas violaciones a garantías constitucionales y administrativas ampliamente reconocidas, por el accionar negligente de la Dirección Nacional de Migraciones al no informar a los migrantes que por ley contaban con la posibilidad de recurrir a la asistencia técnica gratuita del Ministerio Público de la Defensa.

*A.2) Decisiones judiciales que configuran una clara restricción a la tutela judicial efectiva. El formalismo del derecho administrativo vs. los estándares internacionales en materia de derechos humanos*

Desde la otra orilla, y con una visión puramente formalista del derecho administrativo que ciertamente desconoce los estándares internacionales en materia de acceso a la justicia, se han verificado criterios que no habilitan la revisión judicial por obstáculos formales. Se trata de casos como los señalados en el punto anterior, en que al migrante se le han vencido los plazos por haber carecido de asistencia jurídica en el ámbito administrativo. Al adjudicarle la autoridad administrativa a esos trámites la calidad de denuncia de ilegitimidad<sup>17</sup> para los casos en que los plazos han vencido y, en consecuencia, no se ha agotado la vía administrativa, algunos tribunales del fuero contencioso administrativo federal no habilitan la instancia judicial, con el consiguiente perjuicio para el migrante.

En efecto, esa decisión veda por un aspecto formal cualquier posibilidad de revisión jurisdiccional de lo actuado por Migraciones. Lo gravoso de esta circunstancia se revela en su máxima expresión cuando se advierte que el no agotamiento de la vía administrativa es una consecuencia directa del accionar negligente del propio poder administrador, que no garantiza la operatividad del derecho de defensa desde la entrada en vigencia de la Ley de Migraciones.

***B) La correcta interpretación desde el prisma de la tutela judicial efectiva***

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha venido destacando que en materia contencioso administrativa y en especial, cuando se discute el acceso a la justicia, el principio rector es el de *in dubio pro actione*, a fin de no menoscabar el derecho de defensa<sup>18</sup>, y que la exigencia de reclamación administrativa previa

s/ Recurso directo para Juzgados". Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal Nro. 3, Secretaría Nro. 5, resolución del 11/6/12; Causa "García Castro, Jhon Darwin c/ EN - Mº Interior - D.N.M. - Disp. 264/10 (Expte. 2.167.684/06) s/ Recurso directo para Juzgados". Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal Nro. 3, Secretaría Nro. 5, resolución del 3/10/11; Causa "Martínez de Bernal, Blanca Fidelina c/ EN - DNM- Disp. 199.562/09 (expte. 2.239.871/06) s/ Recurso Directo para Juzgados". Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal Nro. 1, Secretaría Nro. 2

17 Vía recursiva del art. 1, inc. e), apartado 6) de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.549.

18 Fallos 312:1017; 312:1307; 313:83, entre otros.

tiene por objeto sustraer a los entes estatales de la instancia judicial, en una medida compatible con la integridad de los derechos, evitando juicios innecesarios, y constituye una facultad que por no afectar el orden público puede ser renunciable, por lo que resulta un excesivo rigorismo formal la denegación del acceso a la instancia judicial por la omisión de cumplimiento de un recaudo que en el caso concreto resulta inoperante<sup>19</sup>.

Esta es, por otra parte, la hermenéutica que en materia de acceso a la justicia y en especial, del art. 25 de la Convención Americana, ha efectuado la Comisión Interamericana con relación al argumento del agotamiento de la vía administrativa, cuando en el caso *Narciso Palacios vs. Argentina*, consideró que el derecho a la tutela judicial efectiva allí garantizado:

...impide que el acceso a la justicia se convierta en un desagradable juego de confusiones en detrimento de los particulares [y que] las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio pro actione, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción<sup>20</sup>.

Por lo demás, no debe soslayarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el citado caso *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*, ha desarrollado por primera vez estándares específicos en materia de revisión jurisdiccional de actos administrativos, basándose en los estándares previamente desarrollados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, destacando que “no hay una revisión judicial si el órgano judicial está impedido de determinar el objeto principal de la controversia, como por ejemplo sucede en casos en que se considera limitado por circunstancias fácticas o jurídicas realizadas por el ór-

gano administrativo que hubieran sido decisivas en la resolución del caso”<sup>21</sup>. En el citado caso, el tribunal internacional consideró que al evaluar la efectividad de los recursos incoados en la jurisdicción contencioso administrativa nacional, la Corte debe observar si las decisiones tomadas en aquélla han contribuido efectivamente a poner fin a una situación violatoria de derechos, a asegurar la no repetición de los actos lesivos y a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos protegidos por la Convención.

Los estándares señalados en el párrafo anterior siguen la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que señala que las garantías de los Arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos no son exclusivamente imperativas para los procesos penales y, por el contrario, son plenamente aplicables a cualquier procedimiento, incluido así el procedimiento administrativo sancionador<sup>22</sup>.

De esa forma, La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha despejado cualquier discusión interpretativa sobre los alcances de las garantías de los Arts. 8 y 25 de la CADH, en el ámbito del derecho administrativo sancionador, ampliando el marco de tutela individual al condicionar la juridicidad de las sanciones administrativas al respeto inexcusable del derecho de defensa y debido proceso legal.

Al respecto, se señala que las obligaciones asumidas por los Estados abarcan diversos espectros, desde la negativa, de no impedir u obstaculizar el acceso a tales garantías, hasta la fundamentalmente positiva, de organizar y desarrollar con eficiencia el aparato institucional público que permita que los justiciables puedan acceder a los mismos. Dentro de este marco, del derecho de acceso a la justicia se desprende una obligación que requiere la acción positiva del Estado de “remover las barreras y obstáculos normativos, sociales, culturales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia”<sup>23</sup>.

19 Fallos 312:1307 y sus citas.

20 CIDH Informe Nº 105/99. Caso 10.194 *Narciso Palacios c/Argentina*, 29/09/99, considerando 61.

21 Corte IDH. Caso *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Solicitud de 26 de junio de 2012 Serie C Nº 243, pár. 204.

22 Corte IDH, Caso del “Tribunal Constitucional del Perú vs. Perú”, del 31/01/01; Caso *Baena, Ricardo y otros vs. Panamá*, del 02/02/01.

23 CIDH, “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos”

# El fallo “Véliz” y un nuevo mensaje de la Corte en materia de prisión sin condena. Un silencio que vale más que mil palabras<sup>1</sup>

Nicolás Laino\*

## 1. Introducción

Quien lea la parte resolutiva de la sentencia dictada por la Corte Suprema el 15 de junio de 2010 en la causa “Véliz, Linda Cristina” y, seguidamente, haga lo propio con el título de esta glosa, bien podría pensar que el comentarista ha enloquecido.

En la sentencia que se comenta, el Máximo Tribunal argentino consideró que el artículo 10<sup>2</sup> de la ley 24.390<sup>3</sup> en su versión originaria –actual artículo 11<sup>4</sup>– se halla en pugna con la Constitución Nacional, al crear una categoría de personas que, por el tipo de delito imputado, quedan fuera de las previsiones de dicha ley, autodefinida como reglamentaria del artículo 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH), negándoles el plazo razonable de encierro en contra de lo dispuesto por la Constitución Nacional.

El fallo significó el abandono de la postura contraria que el tribunal había sostenido en los casos “Arana”<sup>5</sup>, “Arroyave Arias”<sup>6</sup> y “Alonso”<sup>7</sup>. Sin embargo –y por esto el escepticismo– creo que la sentencia del Máximo Tribunal debe ser leída con mucha cautela pues, más allá de la cuestión jurídica puntual que resuelve –que en términos cuantitativos no parece que vaya a cambiar la suerte de la mayor parte de los presos preventivos del país– es mucho lo que la Corte Suprema dice a través de ella, no tanto por lo que expresa, sino más bien por lo que omite (y aquí sí con severas implicancias para tantos que siendo inocentes, han sido encarcelados “preventivamente” por el Estado).

La solución dada por la Corte en la causa “Véliz” viene a legitimar, implícitamente, la funcionalidad de la prisión preventiva como verdadera “pena a cuenta”, convirtiéndose en un retoque cosmético a un sistema anticonvencional.

## 2. Las normas implicadas en la decisión de la Corte

La ley 24.390, sancionada en noviembre de 1994 bajo el título “Duración y cómputo de la prisión preventiva”, se autodefinió en su artículo 9 como reglamentaria del artículo 7.5 de la CADH, que establece:

[T]oda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

El artículo 1 de la ley establecía:

La prisión preventiva no podrá ser superior a dos años. No obstante,

1 Agradezco muy especialmente a Rubén Quiñones, con quien tuvimos interesantes intercambios sobre los problemas que suscitaba el fallo que comento, lo cual me permitió visualizar muchas de las ideas que fueron planteadas en estas páginas. Agradezco también a Pablo Zalazar, quien se ofreció gentilmente a leer el bozador y formuló observaciones muy pertinentes que contribuyeron a mejorar el producto final.

\*Nicolás Laino es abogado y secretario de la asociación civil Pensamiento Penal. Además, es Prosecretario Letrado de la Defensoría General de la Nación y se desempeña como coordinador del Programa contra la Violencia Institucional de esa Institución.

2 Artículo 10. Quedan expresamente excluidos de los alcances de la presente ley los imputados por el delito previsto en el artículo 7 de la ley 23.737 y aquellos a quienes resultaren aplicables las agravantes previstas en el artículo 11 de la misma ley.

3 B.O. 22-11-1994

4 Reforma introducida por ley 25.430 (B.O. 01-06-2001).

5 Fallos 318:1877, “Arana, Juan Carlos s/ excarcelación”, sentencia del 19-10-1995.

6 Fallos 318:2611, “Incidente de excarcelación de John Alberto Arroyave Arias en la causa Alonso, Jorge F. y otros s/ contrabando de estupefacientes y otros delitos –causa nº 3161–”, sentencia del 26-12-1995.

7 Fallos 325:2322, “Alonso, Jorge Francisco s/ recurso de casación –causa nº 1813–”, sentencia del 19-09-2002.

cuando la cantidad de los delitos atribuidos al procedido o la evidente complejidad de las causas hayan impedido la finalización del proceso en el plazo indicado, ésta podrá prorrogarse un año más por resolución fundada que deberá comunicarse de inmediato al tribunal de apelación que correspondiese para su debido contralor.

A su vez, el artículo 2 permitía una prórroga de seis meses cuando los plazos del artículo 1 se hubiesen cumplido sin sentencia condenatoria firme.

El artículo 7 de la ley disponía que después del plazo de dos años previsto en el artículo 1, se computaría por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión, lo que modificó para esos supuestos los modos de computar los tiempos de detención del artículo 24 del Código Penal. Fue por esta cláusula que la ley se conoció popularmente como “ley del dos por uno”.

Finalmente, el artículo 10 excluyó de los alcances de la ley a las personas imputadas por el delito previsto en el artículo 7<sup>8</sup> de la ley 23.737<sup>9</sup> y aquellas a quienes resultaran apli-

cables las agravantes previstas en el artículo 11<sup>10</sup> de la misma ley. La exclusión del artículo era con relación a la totalidad de la ley, y no solo del “cómputo privilegiado” establecido en el artículo séptimo, de modo que cuando la imputación era por el tipo penal de contrabando de estupefacientes o comprendía alguna de las agravantes del artículo 11, la regulación del plazo razonable de duración de la prisión preventiva que efectuaba la norma se tornaba lisa y llanamente inaplicable.

En el año 2001 se sancionó la ley 25.430, que modificó sustancialmente la ley 24.390. Por un lado, cambió el sentido del artículo 1 al establecerse que el plazo allí previsto regiría solo para los casos en que no se hubiese dictado sentencia, lo cual sería ratificado por el artículo 2 en cuanto dispuso que los plazos establecidos en la ley no se computarían cuando se cumplieran después de haberse dictado sentencia, aunque ella no se encontrara firme. De este modo, mientras que en la versión original de la ley 24.390 se establecía un plazo máximo de dos años, prorrogables por un año cuando lo ameritare la complejidad de la causa, y seis meses más cuando dichos plazos transcurrieran tras el dictado de la sentencia condenatoria no firme, la ley 25.430 eliminó este último supuesto al prever que la ley sería inaplicable cuando ya existiera sentencia condenatoria, aunque ella no estuviera firme.

Se produce otra modificación de gran relevancia al derogarse el denominado “cómputo privilegiado” de la prisión preventiva, previsto en el artículo 7 de la ley 24.390, que se efectuaba una vez transcurridos los plazos establecidos en la ley. Finalmente, la cláusula de exclusión del artículo 10 se mantiene intacta en el artículo 11 de la nueva versión de la norma.

### **3. Las decisiones previas al fallo que se comenta**

La Corte Suprema ya había tenido la oportunidad de analizar la constitucionalidad de la cláusula de exclusión antes del fallo que comentamos. En dos de las sentencias más destacadas sobre la cuestión los planteos habían sido formulados por personas procesadas o condenadas en la causa judicial iniciada a raíz de la llamada “Operación Langostino”<sup>11</sup>, uno de los procedimientos de incautación de estupefacientes más resonantes de la historia del país.

8 Artículo 7. Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinte años y multa de treinta mil a novecientos mil australes, el que organice o financie cualquiera de las actividades ilícitas a que se refieren los artículos 5º y 6º.

9 Tenencia, suministro y tráfico de estupefacientes. B.O. 11-10-1989.

10 Artículo 11: Las penas previstas en los artículos precedentes serán aumentadas en un tercio del máximo a la mitad del mínimo, sin que las mismas puedan exceder el máximo legal de la especie de pena de que se trate:

- a) Si los hechos se cometieren en perjuicio de mujeres embarazadas o de personas disminuidas psíquicamente, o sirviéndose de menores de dieciocho años o en perjuicio de éstos;
- b) Si los hechos se cometieren subrepticiamente o con violencia, intimidación o engaño;
- c) Si en los hechos intervienen tres o más personas organizadas para cometerlos;
- d) Si los hechos se cometieren por un funcionario público encargado de la prevención o persecución de los delitos aquí previstos o por un funcionario público encargado de la guarda de presos y en perjuicio de estos;
- e) Cuando el delito se cometiere en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, lugar de detención, institución deportiva, cultural o social o en sitios donde se realicen espectáculos o diversiones públicas o en otros lugares a los que escolares y estudiantes acudan para realizar actividades educativas, deportivas o sociales.
- f) Si los hechos se cometieren por un docente, educador o empleado de establecimientos educacionales en general, abusando de sus funciones específicas.

11 Procedimiento que consistió en el secuestro de unos seiscientos kilos de cocaína envasados entre crustáceos listos para su despacho a Europa.

El primero de los fallos<sup>12</sup> se dio en el marco del incidente de excarcelación del imputado John Alberto Arroyave Arias en la causa “Alonso, Jorge F. y otros s/ contrabando de estupefacientes y otros delitos –causa n° 3161”<sup>13</sup>, donde la Corte revocó la excarcelación que la Cámara en lo Penal Económico había otorgado a Arroyave Arias.

La Cámara había fundado su decisión liberatoria en el hecho de que ya se habían producido todas las pruebas ofrecidas vinculadas con el imputado, y restaban solo algunas respecto de sus consortes de causa, por lo que –en su inteligencia– resultaría una desnaturalización del proceso “obligar al encausado a soportar en detención un tiempo adscripto a aquél, en cuya utilización eficaz no puede incidir, por corresponder a otros acusados”. Esta decisión fue recurrida por vía de recurso extraordinario federal por el representante del Ministerio Público Fiscal y por la querella (Administración Nacional de Aduanas), recurso que fue parcialmente concedido por la Cámara, lo que dio lugar a la intervención de la Corte.

La decisión del Máximo Tribunal se constituyó con una ajustada mayoría de cinco votos contra cuatro<sup>14</sup>, haciendo lugar al recurso extraordinario de conformidad con lo dictaminado por el Procurador Fiscal ante la Corte, y mandó, en consecuencia, dictar un nuevo pronunciamiento a partir de los lineamientos allí expresados.

Al expedirse respecto a la validez de la cláusula de exclusión contenida en la ley 24.390, la defensa de Arroyave Arias había solicitado que se declarara su inconstitucionalidad por vulnerar los principios de igualdad ante la ley (artículo 16) y presunción de inocencia (artículo 18), al excluir de los beneficios de la libertad anticipada a los imputados por una clase de delitos, ya que no es admisible invocar en contra de ello los compromisos que el país habría asumido al firmar la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas<sup>15</sup>, pues las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –de cuyo artículo 7.5 la ley 24.390 se declaró reglamentaria– debían prevalecer sobre cualquier otra disposición.

Apartándose de dicho razonamiento, el voto de la mayoría consideró que las conductas imputadas al procesado eran aquellas que el legislador había decidido excluir de los beneficios de la ley 24.390, y que ello no vulneraba el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

... puesto que lo que la Convención exige es que toda persona sea juzgada o puesta en libertad dentro de un “plazo razonable”, pero no impide que cada Estado Parte acomode esos plazos según criterios de política criminal relacionados fundamentalmente a razones de interés público (considerando 10).

Asimismo, la Corte entendió que la decisión del legislador de excluir esas conductas de las disposiciones de la ley surgía de la necesidad de armonizar las disposiciones de derecho interno con los compromisos internacionales asumidos por el país al aprobar diversos tratados, como la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes mencionada.

12 En rigor de verdad, la Corte ya había tenido algunas intervenciones vinculadas con esta cuestión. El 06-12-1994 intervino *per saltum* a raíz de varias presentaciones hechas por los Procuradores Fiscales ante el Máximo Tribunal que se agraviaban de las libertades de varios acusados en la causa “Alonso” que había dispuesto el Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 1. En tal oportunidad aceptó su intervención excepcional y suspendió los efectos de las excarcelaciones, aunque sin pronunciarse sobre el fondo del asunto. Asimismo, algunos meses antes del dictado de su decisión en el incidente de excarcelación de Arroyave Arias, la Corte había entendido en un planteo de esta naturaleza, en el marco de la causa “Arana, Juan Carlos s/ excarcelación” (Fallos 318:1877, sentencia del 19-10-1995), donde sí emitió opinión a favor de la validez de la cláusula de exclusión del artículo 10 de la ley 24.390 con argumentos similares a los expuestos al revocar la excarcelación de Arroyave Arias.

13 Fallos 318:2611, sentencia del 26-12-1995.

14 El voto que lideró el acuerdo fue suscripto por los jueces Nazareno y Moliné O’Connor, mientras que con sus respectivos votos propios los jueces Boggiano, López y Vázquez concurrieron a formar mayoría. Las disidencias fueron suscriptas por los jueces Fayt, Petracchi, Belluscio y Bossert.

15 Adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas para la Aprobación de una Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, celebrada en Viena el 19 de diciembre de 1988. La República Argentina ratificó la Convención por ley 24.072, B.O. 14-04-1992.

Ello, según consideró el Máximo Tribunal, no violaba el artículo 7.5 de la Convención, pues ella misma, en el artículo 32, establece que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las exigencias del bien común en una sociedad democrática (considerando 13).

Finalmente, y con relación a la alegada afectación del derecho a la igualdad ante la ley, tras reiterar su propia jurisprudencia según la que dicho principio no impone uniformidad de tratamiento ni obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones consideradas diferentes con tal que la discriminación no sea arbitraria y se funde en “objetivas razones” de diferenciación, entendió que en el caso la exclusión era razonable y, por ello, la norma era constitucional, sobre todo frente a la limitación a los derechos admitida en el artículo 32 de la CADH (considerando 14).

Una decisión del Máximo Tribunal en años posteriores al dictado de la sentencia comentada permitía especular sobre la posibilidad de que se revirtiera aquel criterio. En efecto, en la causa “Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/ infracción art. 139 bis del C.P.” la Corte consideró inconstitucional una disposición del Código Procesal Penal de la Nación que restringía el acceso a la excarcelación a aquellas personas imputadas de los delitos previstos en los artículos 139, 139 bis y 146 del Código Penal<sup>16</sup>.

Más allá de las diferencias entre la norma cuya validez se analizaba en “Arroyave Arias” –que dejaba a ciertas personas fuera de la regulación del plazo razonable de prisión preventiva en razón de los delitos imputados– y la que estaba en juego en “Nápoli” –que directamente excluía a una categoría de individuos de la

posibilidad de transitar el proceso en libertad también en virtud de los delitos imputados–, lo cierto es que la categórica afirmación de la Corte en este último fallo –con cita del caso “Suárez Rosero”<sup>17</sup>– de que era violatoria del principio de igualdad una excepción que despojaba a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental por la sola naturaleza del delito imputado en su contra<sup>18</sup>, permitía –cuando menos– especular sobre un cambio de criterio pues, indudablemente, el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad (art. 7.5 CADH) es derecho fundamental tanto como el derecho a transitar el proceso en libertad, del cual es un correlato necesario; ambos derivados, a su vez, del principio de presunción de inocencia (artículo 8.2 CADH).

Sin embargo, el tiempo demostró que estas no han sido más que especulaciones. La Corte tuvo una nueva oportunidad de expedirse sobre la constitucionalidad de la cláusula de exclusión y, con “Nápoli” y todo, reiteró su criterio a favor de la validez de aquella. Ello ocurrió cuando otro de los imputados en la causa “Alonso”, ya con condena firme, solicitó que se aplicara a su respecto la ley 24.390, no para que se ordene su libertad por exceso del plazo razonable de prisión preventiva –pues, de hecho, al tener condena firme ya no era un preso preventivo–, sino para que se realice a su favor un cómputo de pena privilegiado por el tiempo en que estuvo encarcelado cautelarmente más allá de los dos años mientras estaba vigente la ley 24.390 en su versión originaria<sup>19</sup>.

La decisión de la Corte fue adoptada mediando un informe de fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, emitido con relación al propio recurrente, que había denunciado al Estado en sede internacional por la duración irrazonable de su encierro preventivo. Dicho informe, que llevó el número 2/97<sup>20</sup>, no fue tampoco suficiente para que el Máximo Tribunal revirtiera su criterio sobre la validez de la cláusula de exclusión.

El Procurador General, en su dictamen, solicitó que se rechazara el planteo y se confirmara la decisión del juez de ejecución, según la interpretación de que existía cosa juzgada sobre el modo en que se había hecho el cómputo de pena –por cuanto la Corte ya había intervenido con anterioridad– y, por ende, no podía volver a discutirse el asunto en salvaguarda de la seguridad jurídica. Así y todo, emitió opinión sobre el fondo

16 Delitos referidos a la supresión y suposición de estado civil o identidad, así como a la sustracción de menores.

17 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Sentencia de 29 de mayo de 1999.

18 Fallo cit., párrafo 98.

19 Fallos 325:2322, “Alonso, Jorge Francisco s/ recurso de casación -causa n° 1813-”, sentencia del 19/09/2002.

20 CIDH, Informe 2/97, del 11/03/1997. Vale destacar que el informe no se refirió solamente al caso de Alonso, sino que agrupó un total de 23 víctimas que habían acudido al sistema reclamando por la duración irrazonable de sus respectivos encierros preventivos. Con seis años y nueve meses de encarcelamiento preventivo, Jorge F. Alonso era el peticionario que más tiempo había permanecido en tal condición.

21 Suscripto por los jueces Nazareno, Moliné O' Connor, Belluscio, López y Vázquez.

22 En el caso "Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación", Fallos 319:1840, del 12/09/1996, la Corte Suprema sostuvo: "la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquélla para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana, art. 2º de la ley 23.054" (considerando 8); en "Acosta, Claudia B. y otros", Fallos 321:3555, del 22/12/1998, la Corte expresó "que si bien por el principio de buena fe que rige la actuación del Estado Argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, aquél debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse de aquéllas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial" (considerando 10).

23 Recordemos que en este nuevo caso lo que solicitaba el Sr. Alonso no era la libertad por exceso del plazo razonable de encierro cautelar, sino un cómputo privilegiado de la prisión preventiva sufrida más allá de los dos años, bajo la modalidad de "dos por uno", en los términos del hoy derogado artículo 7 de la ley 24.390.

24 En este sentido, véase Laino, N., "¿Resulta aplicable el instituto de la suspensión del juicio a prueba en procesos seguidos por infracción a la ley 24.769?", en Goldman, Diego (comp.), *Estudios sobre proceso penal tributario*, Editores del Puerto, en prensa. Allí empleo el mismo razonamiento para cuestionar la extensión de una cláusula de exclusión -que vedaba la aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba a procesos seguidos por infracción a la ley penal tributaria-, en tanto la ley n° 24.316 que reguló el instituto, en su artículo 10, excluyó al régimen especial de la ley 23.771, exclusión que nunca se modificó legislativamente cuando esta última fue derogada por la nueva ley penal tributaria n° 24.769.

25 Representada por la Dra. Stella Maris Martínez.

de la cuestión, considerando que no emanaba del informe de la Comisión Interamericana, directa o indirectamente, una sugerencia a favor de aplicar el beneficio previsto en la ley 24.390 (referido al cómputo privilegiado) a Jorge F. Alonso; y que, en todo caso, si se pretendía la aplicación de la norma como reparación a la prisión preventiva sufrida en violación al artículo 7.5 de la CADH, debió haberse demostrado aquel extremo en el planteo, cuestión que el recurrente no había hecho y no podía subsanarlo con la mera remisión al informe 2/97.

El voto mayoritario del Máximo Tribunal<sup>21</sup> rechazó el recurso por considerarlo carente de fundamentación autónoma. De todas maneras, expresó que no se desprenderían los efectos reclamados por el recurrente de la recomendación emitida por la Comisión Interamericana en el informe 2/97 -y más allá de los alcances conferidos por la propia Corte a tales informes<sup>22</sup>-, pues aquel informe versaría sobre temas ajenos a los discutidos allí.

Es interesante, sin embargo, uno de los votos en disidencia, suscripto conjuntamente por los jueces Petracchi y Bossert, en donde se cuestiona muy acertadamente la extensión hecha por el voto de la mayoría de la doctrina sentada al resolver la excarcelación de Arroyave Arias en esa misma causa, con relación a la constitucionalidad del artículo 10 de la ley 24.390 (la cláusula de exclusión); pues lo que la Corte había resuelto allí era la validez constitucional de la exclusión a los fines de la excarcelación, pero nada se dijo sobre si la discriminación que efectúa la norma es razonable también cuando lo que está en juego es el abono del tiempo de prisión preventiva<sup>23</sup>. Otro argumento muy elocuente apuntó a la ilegitimidad de ampliar por analogía la exclusión formulada por la norma, referida solo a quienes resulten *imputados* por ciertos delitos previstos por la ley 23.737, a personas que -como en el caso de Alonso- estén ya *condenadas* y no por las figuras de dicha ley, sino las equivalentes de su antecesora, la ley 20.771, lo cual debió ser especialmente previsto<sup>24</sup> (considerando 8).

Hubo que esperar casi ocho años hasta que el Máximo Tribunal revirtiera su posición, lo cual ocurriría al resolver la causa "Véliz" aquí comentada. No obstante, como ya lo adelanté, soy bastante escéptico con relación a la sentencia, sobre todo por el valor que, leída entre líneas, puede tener ella en cuanto legitimación de la prisión sin condena como auténtica "pena a cuenta".

#### 4. El cambio de criterio en el caso "Véliz"

Como hemos visto, al resolver la causa "Véliz" la Corte revirtió su jurisprudencia sobre la constitucionalidad de la cláusula de exclusión del artículo 10 de la ley 24.390. El caso había llegado a conocimiento del Máximo Tribunal tras la queja por recurso extraordinario denegado interpuesta por la defensa oficial de Linda Cristina Véliz<sup>25</sup>, contra el pronunciamiento de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal que revocó el fallo del Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 1 que, tras declarar la inconstitucionalidad del artículo 10 de la ley 24.390, había dispuesto la realización de un nuevo cómputo de pena respecto de la condenada Véliz, según la pauta establecida por el artículo

7º de la misma norma (dos días de prisión por cada día de prisión preventiva cumplida transcurridos los dos años establecidos en el artículo 1º de la ley).

En su dictamen, el Procurador Fiscal ante la Corte<sup>26</sup> había solicitado la desestimación de la queja por considerarla carente de fundamentación autónoma, reproduciendo el criterio del Máximo Tribunal en los fallos comentados antes a favor de la validez de la cláusula de exclusión.

La Corte, en su decisión unánime fechada el 15 de junio de 2010 –cuando la pena de Linda Vélez ya había vencido hacia casi dos años sin cómputo privilegiado<sup>27</sup>– anuló la decisión de la Cámara de Casación y mandó a dictar un nuevo fallo<sup>28</sup>. Los argumentos principales con los que el Máximo Tribunal fundó su nuevo criterio fueron los siguientes:

a. Más allá de haber venido sosteniendo la postura favorable a la validez de la cláusula de exclusión, la línea jurisprudencial trazada en los últimos años por el Tribunal a partir del bloque de constitucionalidad positivizado en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, ameritaban un reexamen de la cuestión<sup>29</sup>;

b. el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable acordado por la CADH *a toda*

persona detenida no prevé restricción alguna basada en el mero reproche o repulsa social que puedan tener determinadas conductas, por más graves que pudieran resultar<sup>30</sup>;

c. si el legislador quiso brindar mayor protección a ciertos bienes jurídicos ante el auge de determinada delincuencia, debió en todo caso aumentar las escalas punitiva<sup>31</sup>, sin establecer limitaciones a la libertad personal durante el proceso, pues ello implica una alteración arbitraria de ámbitos propios de las distintas esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas legisferantes y desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en verdadera pena anticipada<sup>32</sup>;

d. en tanto la ley 24.390 fue dictada para paliar una situación insostenible de duración irrazonable de los procesos penales y de uso de la prisión preventiva como pena anticipada, no es factible aceptar una disposición que, como la del artículo 10º, contraria la propia naturaleza de la ley que integra y supone, para ciertos casos, la neutralización de la garantía constitucional cuya reglamentación pretende<sup>33</sup>;

e. resulta inaceptable invocar los compromisos asumidos por el país en materia de lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes como fundamento para tornar inoperantes derechos de raigambre constitucional como la presunción de inocencia, la libertad personal y el plazo razonable de duración del proceso<sup>34</sup>, pues ello implicaría que la Constitución Nacional quede a merced de la voluntad política coyuntural y se desvirtuaría su carácter supremo<sup>35</sup>;

f. la decisión del legislador ordinario de privar a cierta categoría de personas de los beneficios previstos en la ley 24.390 afecta el derecho a que se presuma su inocencia y la garantía que la CADH les confiere en su artículo 7.5<sup>36</sup>;

g. el artículo 10 de la versión originaria de la ley 24.390 (actual artículo 11), cristaliza un criterio de distinción arbitrario y resulta violatorio del derecho a la igualdad al privar a ciertas personas de una garantía constitucional prevista para *toda persona detenida o retenida*<sup>37</sup>;

h. el temperamento adoptado armoniza con la orientación marcada por los principios que informan el derecho internacional de los derechos humanos<sup>38</sup> y con lo resuelto por el Tribunal en la causa “Nápoli” tras recoger lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al decidir el caso “Suárez Rosero”<sup>39</sup>.

26 Dictamen emitido por Eduardo Ezequiel Casal, fechado el 06/11/2007.

27 No discurriría aquí -aunque no está de más considerarlo- sobre la inoportunidad del fallo de la Corte, que en la práctica implicó que Vélez tuviera que cumplir íntegramente su condena (o que permaneciera detenida al menos hasta la obtención de la libertad condicional sin el cómputo privilegiado).

28 En la parte resolutiva de la decisión la Corte no declaró la inconstitucionalidad del artículo 10 de la ley 24.390, sin perjuicio de haberla reputado tal, inequívocamente, en los considerandos del fallo.

29 Considerando 8º.

30 Considerando 11º.

31 Desde ya, no comparto la afirmación de la Corte de que con un aumento en las escalas punitivas pueda brindarse una mayor protección a los bienes jurídicos.

32 Considerando 12º, con cita del caso “Nápoli”.

33 Considerando 13º.

34 Parece equivocado que aquí la Corte se refiera al plazo razonable de duración del proceso (artículo 8 CADH), en tanto lo que se discutía en la causa no era estrictamente por cuánto tiempo se prolongaba la tramitación de la causa, sino el plazo razonable de la detención preventiva (artículo 7.5 CADH).

35 Considerando 14º y 16º.

36 Considerando 17º.

37 Considerando 18º y 19º.

38 Considerando 20º.

39 Considerando 21º.

## 5. Cuando hay pocas razones para ser optimistas

Como ya anticipé en la introducción a esta glosa, más allá de la sana postura adoptada por la Corte Suprema en “Véliz”, creo que existen fuertes motivos para ser poco optimistas y sumamente cautelosos a la hora de elogiar sus implicancias.

Los discursos del poder no se entienden tanto por lo que expresan cuanto por lo que omiten, y la solución que da la Corte en la sentencia que comentamos se queda a mitad de camino, en tanto viene a resolver una disfuncionalidad puntual de un sistema sin ir al fondo de la cuestión sobre cómo reparar a quien ha sufrido una violación al derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad.

Cuando un proceso penal excedía el plazo razonable de duración, el Digesto romano determinaba una reducción de la pena:

Si alguno hubiere estado largo tiempo en la condición de reo, se habrá de aliviar algún tiempo su pena; porque también se determinó que no han de ser castigados del mismo modo los que viven largo tiempo en la condición de reo, que aquellos sobre los que recae pronto sentencia<sup>40</sup>.

Con el mismo criterio, se compurgaba la pena de destierro a quienes habían cumplido larga custodia en la cárcel:

Sea suficiente haber sufrido una vez los suplicios de grandes padecimientos, a fin de que los que por largo tiempo estuvieron privados de respirar el aura común y de la vista de la luz, abrumados no por poco tiempo por el peso de las cadenas, no sean obligados a sufrir después también la pena de destierro<sup>41</sup>.

Las Siete Partidas establecían la obligación de poner al preso en libertad si la duración del proceso excedía los dos años:

Otrosi mandamos, que ningun pleyto criminal, non pueda durar mas de dos años; e si en este medio non pudieren saber la verdad del acusado, tenemos por bien que sea sacado de la carcel en que esta preso y dado por quito<sup>42</sup>.

Así y todo, tras varios siglos de evolución de nuestros sistemas jurídicos, herederos de aquellos otros; tras la gran apertura hacia un mayor respeto de los derechos fundamentales con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos al marco normativo interno<sup>43</sup>; en la Argentina del siglo XXI, una vez constatada la violación de la garantía, no hay reparación alguna, y es precisamente eso lo que considero que la Corte, aun con la posibilidad de ir mucho más lejos, omitió hacer en “Véliz”.

El Máximo Tribunal garantizó, con su cambio de postura, un cómputo privilegiado de dos días de prisión por cada día de prisión preventiva sufrido transcurridos los dos años de duración del proceso; sin embargo, lo que nunca problematizó es el hecho de que el cómputo privilegiado se realice desde los dos años y no desde el primer día en que comienza a cumplirse la prisión preventiva. Justamente es este el severo error en el que incurrió la ley 24.390 al iniciar el cómputo desde los dos años, lo que indudablemente llevó a trivializar los efectos lesivos de la prisión sin condena.

Es cierto que se podría argüir que hoy en día la discusión sería intrascendente en tanto el cómputo privilegiado ha dejado de existir desde hace más de diez años con la reforma introduci-

40 *Si diutino tempore aliquis in reatu fuerit, aliquatenus poena eius sublevanda erit; sic etiam constitutum est non eo modo puniendo eos, qui longo tempore in reatu agunt, quam eos qui in recenti sententiam excipiunt*, sentencia del jurista Modestino en el Digesto Libro XLVIII, Título XIX, Ley 25. Traducción: García del Corral, Ildefonso, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1892.

41 *Sit satis immensorum cruciatum semel luisse supplicia, ne, qui diupravati sunt aurae communis haustu et lucis adspectu non intra breve spatum, catenarum ponderibus praegravati, etiam exilii poenam sustinere iterum compellantur*, Edicto de los emperadores Honorio y Teodosio en el Codex Libro IX, Título XVII, Ley 23.

42 Siete Partidas, Partida VII, Título XXIX -De cómo deuen ser reacbdados los presos- Ley 7: *Como deuen guardar al preso fasta que sea juzgado*.

43 Tratados que han sido constitucionalizados en el artículo 75 inciso 22 incorporado a la Constitución argentina tras la reforma producida en 1994.

da por la ley 25.430 que derogó el artículo 7 de la redacción originaria de la ley 24.390.

Dos cosas podríamos responder a tal objeción. Por una lado, que deslegitima la reforma-derogación producida en el año 2001; por otro lado, que nos permite pensar en una opción superadora que con el plexo normativo hoy vigente, habilite un cómputo privilegiado que, a diferencia del que disponía la 24.390, sea cabalmente tal.

En cuanto a lo primero, quizá nunca se problematizó lo suficiente la validez de la reforma introducida por la ley 25.430 a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos. Es que si la ley 24.390 se definió (y se define aún) como reglamentaria del artículo 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ¿podía el Estado argentino cambiarla regresivamente sin que la garantía reglamentada se haya visto modificada? El principio de no regresividad<sup>44</sup> en materia de reconocimiento y garantía de los derechos humanos impedía el dictado de una norma del tenor de la ley 25.430, que no solo eliminó el tibio<sup>45</sup> cómputo privilegiado establecido por la 24.390, sino que además hizo inaplicable la ley cuando los plazos se cumplieran mediando sentencia condenatoria no firme.

Con relación a lo segundo, creo que normativamente existe la posibilidad de realizar un cómputo privilegiado a modo de “dos por uno”,

pero desde el primer día de prisión preventiva. La legitimidad dogmática de esta propuesta es la existencia del cómputo agravado previsto en el artículo 24 del Código Penal<sup>46</sup>, todavía vigente, para la pena de reclusión. Es cierto que la Corte Suprema ha considerado a esta pena virtualmente derogada<sup>47</sup>; sin embargo, la norma no ha sido eliminada del Código y, más aun, luego del dictado del fallo del Máximo Tribunal se han sancionado leyes que prevén a la reclusión como pena<sup>48</sup>. Entonces, si de buena fe se asumiera que ningún proceso penal tendrá una duración irrazonable, ¿cuál sería el inconveniente en aceptar el cómputo privilegiado desde el momento en que se comenzó a sufrir privación de libertad aun siendo inocente? A menos que se sepa –como, de hecho, se sabe– que las cosas no necesariamente funcionan así y, en tal caso, habría una claudicación ética.

Tanto la ley 24.390 en su redacción originaria, como su versión reformada por la 25.430, son engañosas: so pretexo de acotar la duración de la prisión preventiva, en realidad lo que hicieron fue habilitar al Estado a extenderla por dos años sin necesidad de justificación alguna, violando lo previsto por el artículo 30 de la CADH que exige, para limitar un derecho, la existencia de justas razones de bien común. También autorizan al poder a ampliarla a tres años en función de criterios cuantitativos o cualitativos de contornos harto difusos como “la cantidad de delitos atribuidos al procesado” o “la evidente complejidad de la causa”.

La lectura auténtica de estas leyes viene a decir algo así: “el Estado tiene el derecho a extender la prisión preventiva durante tal plazo”, por lo cual si efectivamente ellas resultan –tal y como se proclaman– fiel reglamentación de la Convención Americana de Derechos Humanos, nos veríamos forzados a admitir que un tratado internacional de derechos humanos depara “derechos” al Estado que pueden ejercerse contra las personas.

Para reordenar las ideas, podemos decir que si partimos de la base de que cualquier violación a un derecho o garantía convencional –como lo es la de duración estrictamente indispensable de la prisión preventiva– debe ser reparada, mientras que en el caso de una persona que luego resulte absuelta aquella reparación no podrá ser –y mal que nos pese– otra que una indemnización pecuniaria<sup>49</sup>, para quien re-

44 *El principio de no regresividad*, emanado del artículo 2 de la CADH, impide a los estados producir retrocesos en el reconocimiento de derechos previstos en la Convención cuando ellos ya habían sido garantizados de un modo más amplio en una ley reglamentaria previa.

45 Lo califico así en tanto, como hemos visto, creo que la ley falló al efectuar el cómputo privilegiado desde los dos años y no desde el comienzo de la prisión preventiva.

46 Artículo 24. La prisión preventiva se computará así: *por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión*; por un día de prisión preventiva, uno de prisión o dos de inhabilitación o la cantidad de multa que el tribunal fijase entre pesos treinta y cinco y pesos ciento setenta y cinco (el destacado es propio).

47 “Méndez, Nancy Noemí s/ homicidio atenuado -causa n° 862-”, sentencia del 22/02/2005.

48 Artículos 2 y 3 de la ley 26.268 (B.O. 25-07-2007), que incorpora al Código Penal los artículos 213 *ter* y 213 *quater*, artículos 1, 2 y 3 de la ley 26.524 (B.O. 05-11-2009), que sustituyen –respectivamente– los artículos 200, 201 y 201 bis del Código Penal.

49 La idea de “reparación” que aparece como bastante ilusoria si admitimos que resulta imposible compensar con dinero el tiempo perdido y sufrido privado injustamente de la libertad, lo que se ve agravado con la restrictiva jurisprudencia que el Máximo Tribunal ha elaborado en materia de indemnización por prisión preventiva mal habida, la que

sulte condenado en el juicio no hay otro modo de reparar la afectación de la garantía convencional más que mediante dos alternativas: el cómputo privilegiado de la prisión preventiva o la atenuación de las escalas penales.

Sobre la última de las alternativas no nos extenderemos demasiado pues escapa al modesto objetivo de estas páginas. Baste apenas considerar que desde mi perspectiva los mínimos de las escalas penales son meramente indicativos<sup>50</sup>, por lo que si la pena debe ser siempre proporcional por mandato constitucional, el juez, al momento de graduarla, deberá tener en cuenta el tiempo sufrido en prisión preventiva como criterio para la imposición de una sanción por debajo del piso punitivo para la infracción de que se trate.

La primera de las alternativas, esto es, la realización de un cómputo privilegiado desde el primer día de encierro cautelar, hemos visto que encuentra andamiaje en el derecho positivo – artículo 24 del Código Penal-. Admitir que el Estado solo deberá reparar cuando la prisión preventiva excediese los dos años –tal y como lo hacia la 24.390 en su redacción originaria– equivaldría a aceptar que antes tenía derecho a prisonizar a la persona, lo que debe rechazarse de plano.

El criterio limitador –por vía del cómputo “privilegiado”– de la prisión preventiva no representa en realidad un privilegio, sino que es su deconstrucción en términos ontológicos. Cuálquiera sea su fundamento legitimante, la prisión sin condena consiste en “privar a alguien de su libertad, para averiguar si era justo privarlo de su libertad”, no hay ropaje argumental que pueda disimularlo. En este caso, como el niño en la vieja fábula de Andersen, podemos decir: “el Rey está desnudo”. Si el principio de inviolabilidad de la persona humana “proscribe [...] imponer a los hombres, contra su propia voluntad, sacrificios y privaciones que no redunden en su propio beneficio”<sup>51</sup>, si la persona transitó el proceso –en todo o en parte– privada de su libertad, el Estado debe repararla.

Quizá con esto quede un poco más patente el porqué del pesimismo con relación al fallo “Véliz”. En unos sistemas penitenciarios colapsados como la mayoría de los de este margen del planeta, donde a diario ocurren muertes motivadas, entre otras razones, por el hacinamiento y la violencia intra-carcelarias, es sabido que esto sucede en enorme medida por el uso y abuso que los jueces hacen de la prisión preventiva, de lo que dan cuenta los elevados porcentajes de presos sin condena en la región. En este contexto, se podía razonablemente esperar que la Corte Suprema, que tantos elogios se supo ganar en los últimos años, aprovechara la oportunidad para ir un poco más lejos en el cuestionamiento de una realidad cada vez más acriticamente aceptada.

No sostengo que el fallo “Véliz” haya sido la última, la única, ni la mejor oportunidad para iniciar el cambio, pero era una oportunidad al fin; después de todo, muy difficilmente modificaciones de esta envergadura –que comprenden prácticas tan arraigadas– vayan a producirse solas. Espero que esta glosa pueda aportar mínimamente a la discusión.

se ha garantizado solamente en los casos de “error judicial”, con lo cual si la absolución o el sobreseimiento fuera por el *in dubio pro reo* o por prescripción de la acción penal, por poner solo algunos de ejemplos, el estado actual de la doctrina judicial de la Corte negaría a aquellas personas el acceso al cobro de una indemnización.

50 En este sentido ver, por todos, Juliano, Mario, “La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales”, en *Pensamiento Penal del Sur*, N°1, Fabián Di Plácido Editores, Buenos Aires, 2004.

51 Nino, Carlos S., *The Ethics of Human Rights (Ética y Derechos Humanos)*, Oxford, 1991, página 239.

# Violencia de género y suspensión del juicio a prueba. Contra los avances de la demagogia punitivista\*

Mauro Lopardo y Pablo Rovatti \*\*

\* Publicado por *La Ley*, en DJ 11/09/2013, 1. Cita Online: AR/DOC/1657/2013.

\*\* Mauro Lopardo (Abogado, UBA) es Jefe de Despacho de la Defensoría ante los Tribunales Orales en lo Criminal N° 13 y Pablo Rovatti (Abogado, UBA) se desempeña como Jefe de Despacho en la Defensoría ante la Cámara Federal de Casación N° 1.

1 CFCP, Sala II, causa n° 13.240, "Calle Aliaga, Marcelo s/ recurso de casación", reg. 17.636 del 30/11/2010, voto del juez García.

2 Del voto del juez Yacobucci en el caso "Calle Aliaga", antes citado.

3 CFCP, Sala II, causa n° 13.245 "Ortega, René Vicente s/ recurso de casación", reg. 17.700 del 7/12/2010, voto del juez García.

4 CFCP, Sala I, causa n° 16.996, "Pereyra, Sabino s/recurso de casación", reg. 20.454, del 27/11/2012; CFCP, Sala I, causa n° 16.668, "Serrano Gallardo, Eduardo Nicolás s/recurso de casación", reg. 20.341, del 7/11/2012, voto del juez Cabral; CFCP, Sala I, causa n° 15.449, "Sosa, Ramón Norberto s/ recurso de casación", reg. 19.201, del 14/02/2012, voto del juez Cabral; CFCP, Sala IV, causa n° 14.287, "Castillo, Víctor Leonardo s/recurso de casación", reg. 15.997 .4. del 21/11/2011; CFCP, Sala II, causa n° 14.284, "Patrón Piccini, José Horacio s/recurso de casación", reg. 18.760, del 22/06/2011; TSJ Córdoba, Sala Penal, Expte. "P", 38/2011, "P., M. de los A. p.s.a. abuso sexual simple -Recurso de Casación-", sentencia 176/12 del 25/07/2012; TSJ Córdoba, Sala Penal, Expte. "G" N° 67/2010, "G., J. A. p.s.a. lesiones leves calificadas -Recurso de Casación-", sentencia 239/11 del 31/08/2011, STJ Río Negro, S.E. 57/11, Expte. N° 24798/10, "G.W., R.L. s/ Queja en: 'G.W., R.L. s/ Abuso sexual'; CSJ Catamarca, "Villalba, Mario Daniel s/abuso sexual", del 13/4/2012; TOC n°14, causa n° 3737, "Ortíz, Mario Martín s/ exhibiciones obscenas", del 18/06/2012, voto de las jueces Bistué de Soler y Socorro Lescano; TOC n°9, causa n° 4042, "Maidana, Juan

## I. La difundida tesis "de la contradicción insalvable"

Un importante sector de la jurisprudencia afirma hoy, con toda generalidad, que la suspensión del proceso a prueba "es inconciliable con el deber que tiene el Estado de investigar, esclarecer los hechos de violencia contra la mujer, y de sancionar a sus responsables en un juicio con las debidas garantías"<sup>1</sup>. Se dice que, como "la suspensión del juicio a prueba obsta a la efectiva dilucidación de hechos que constituirían un delito, ese instituto debe ser considerado en relación con las obligaciones asumidas respecto de la concreta respuesta penal frente a sucesos [que impliquen alguna forma de violencia contra la mujer]" pues, en estos casos, suspender el juicio a prueba "implicaría afectar las obligaciones de prevenir, investigar y sancionar[los]... circunstancia que pondría en crisis el compromiso asumido por el Estado al aprobarla"<sup>2</sup>. En suma, "ni el legislador, ni las autoridades competentes para la persecución penal, gozan de discreción en la decisión acerca de la promoción o continuación de la persecución penal, porque el Estado argentino se ha obligado a prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer"<sup>3</sup>.

## II. La tesis conduce al absurdo: ¿delitos comunes imprescriptibles?

Esta difundida tesis no resiste una *reductio ad absurdum*. Los detractores de la suspensión del juicio a prueba en cualquier caso de género, al menos en las sentencias a las que hemos tenido acceso<sup>4</sup>, no tienen más argumentos que invocar la letra del art. 7º de la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará), en cuanto reconoce, entre otros, un *deber de diligencia* de los estados signatarios "para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer".

Esta interpretación de las normas que rigen el universo de casos bajo análisis es arbitraria, pues conduce a consecuencias inaceptables. Uno de los criterios más seguros de interpretación es aquel que atiende a las consecuencias jurídicas que derivan, en un contexto de coherencia interna, de la exégesis propuesta como adecuada. Este criterio interpretativo no busca desen-

Carlos s/ abuso sexual simple", del 28/08/2012; Tribunal de Impugnación Penal de Santa Rosa (La Pampa), Sala B, "Robledo, Roberto Ricardo s/recurso de impugnación (legajo n° 280/1)", del 1/6/2011; entre otros.

5 La Corte Suprema emplea la fórmula que sigue: "...uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la inteligencia de una norma y su congruencia con el resto del sistema a que está engarzada, es la consideración de sus consecuencias..." (Fallos, 234:482; 295:1001; 301:917). O bien: "... una de las pautas más seguras para verificar si la inteligencia de una disposición es racional y congruente con el resto del sistema del cual aquella forma parte, es la consideración de sus consecuencias..." (Fallos, 303:917; 310:464, considerando 9º; 320:607, considerando 11º, y sus citas).

6 Ver, al respecto, aunque para un caso sustancialmente distinto, el voto de los jueces Fayt y Argibay en CS, D.1682.XL, "Derecho René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal", sentencia del 29/11/2011.

7 Cfr. CS, E. 224. XXXIX., "Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa", del 23/12/2004 y D.1682.XL, "Derecho René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal", del 29/11/2011. No obstante, la sentencia dictada el 29 de noviembre de 2011 en el caso C. 1495. XLIII., "Castañeda, Carlos Antonio s/ sustracción y destrucción de medios de prueba —causa nº

768", introduce algunas precisiones importantes y corrige la tendencia de tribunales inferiores empeñados en torcer las reglas generales de persecución penal a partir de la creación de nuevas categoría de delitos imprescriptibles. Sobre el punto, es valioso el dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte, Eduardo E. Casal, de 9/3/2009, que antecede al señalado fallo.

8 Esta es, por supuesto, una categoría sumamente difusa. No obstante, reproducimos la fórmula que ha empleado la Corte IDH en los casos *Bulacio vs. Argentina* (sentencia de 18 de septiembre de 2003, parágrafo 116) y *Bueno Alves vs. Argentina* (sentencia de 11 de mayo de 2007, parágrafo 211), y repetido –con reservas- la CS en los fallos que, respectivamente, le sucedieron: E. 224. XXXIX., "Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa", del 23/12/2004 y D.1682.XL, "Derecho René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal", del 29/11/2011.

trañar una inasequible "voluntad legislativa" sino que propone un ejercicio intelectual que permite descartar aquellas exégesis de las que deriven consecuencias absurdas o inaceptables en el marco de un esquema de base, más amplio, que se acepta como punto de partida<sup>5</sup>.

Los sostenedores de la tesis de la "contradicción insalvable" no satisfacen ese estándar mínimo de interpretación racional, porque omiten considerar que, para ser consecuentes con su punto de partida, *deberían negar efecto a todas las reglas generales de persecución penal* en la medida en que éstas obstaran a la dilucidación de hechos que constituirían un delito, o a la sanción de sus responsables. Más aún: *interpretada de ese modo, la Convención de Belem do Pará tendría el efecto de invalidar las normas que rigen el procedimiento penal de todos los Estados parte, cuando su aplicación impidiera llegar hasta el dictado de la sentencia definitiva* (binomio absolución/condena).

El argumento según el cual la suspensión del juicio a prueba es "inconciliable" con del deber general de investigar y sancionar previsto en el art. 7º de la citada Convención porque impide la realización del juicio y el dictado de la sentencia definitiva, es igualmente aplicable, por caso, a la prescripción de la acción penal. Un mínimo de coherencia exigiría aceptar que tampoco es acorde al compromiso estatal asumido frente a la comunidad internacional, por ejemplo, declarar prescripta la acción en un caso de abuso sexual simple, o de lesiones dolosas leves, o de coacciones o amenazas, cuando de éstos pudiera predicarse un componente de género, pues en cualquiera de los ejemplos la declaración de extinción de la acción, fruto de la aplicación de una disposición general de derecho interno, obstaría del mismo modo al deber de investigar y sancionar la violencia de género.

En definitiva, aunque no se lo proponga, la tesis restrictiva –tal como es presentada por sus inventores- arrastra consigo la inaceptable creación judicial de una nueva categoría de delitos, inexistente tanto en el orden interno como en el internacional: *delitos comunes imprescriptibles*<sup>6</sup>.

Es cierto que la propia Corte Suprema ha validado, aunque con destacables reservas, excepciones a la aplicación de las normas generales de derecho interno cuando éstas impiden la investigación y sanción de "graves violaciones de los derechos humanos"<sup>7</sup>. Si ya esto es criticable, cuanto menos desde el dogma de la legalidad, parece que resignar la regla primaria de la generalidad de las leyes y establecer nuevas categorías exceptuadas de las condiciones de persecución penal previstas para los delitos comunes, importa no sólo una incorrección técnica sino, sobre todo, un criterio desmesurado que empareja peligrosamente crímenes contra la humanidad, "graves violaciones de los derechos humanos"<sup>8</sup> y delitos de leve o mediana gravedad<sup>9</sup>,

9 Más allá de lo apuntado en la nota anterior, difícilmente un caso que admita la suspensión del juicio a prueba -en función de la pena con que está cominado- pueda constituir, a la vez,

en la medida en que torna borrosos los límites entre unos y otros<sup>10</sup>.

La notoria tendencia punitivista que condensa la tesis de la “contradicción insalvable”, en la medida en que conduce a estos absurdos e indeseables resultados, no puede ser admitida. Por el contrario:

Una interpretación armónica y sistemática de los derechos fundamentales consagrados en los tratados internacionales, la Constitución Nacional y los propios fallos del máximo tribunal interamericano permite afirmar que lo vedado a los Estados por el deber de garantía (artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) es el dictado de leyes o de cualquier otra disposición con la finalidad de impedir la investigación y la sanción de las graves violaciones de los derechos humanos (crímenes de lesa humanidad), pero de ningún modo puede ser entendido como prohibiendo que esos hechos queden sometidos a las reglas generales de extinción de la acción y de procedimiento por la sola razón de que su aplicación pudiera conducir al dictado de una absolución o de un sobreseimiento. Expresado de manera drástica, sería inadmisible postular que no debería regir la regla de exclusión respecto de una confesión obtenida con tormentos porque ello podría tener como consecuencia que no pudiera continuarase la persecución penal de un delito que constituye una violación de los derechos humanos. Pero también la auto-limitación en el tiempo del poder punitivo estatal, la irretroactividad de la ley penal y *tantos otros institutos jurídicos más* son igualmente valiosos

y poseen rango de derecho fundamental y, en tanto no haya ninguna sospecha de que la modificación del régimen de alguno de ellos obedece exclusivamente al propósito de otorgar impunidad a personas imputadas por graves violaciones de los derechos humanos, no hay razón para su no aplicación a los casos concretos. En síntesis, *la obligación de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos lo es en el marco y con las herramientas del Estado de Derecho, y no con prescindencia de ellas*<sup>11</sup>.

### **III. Un buen ejemplo de cómo no interpretar normas jurídicas**

Es un contrasentido inadmisible creer que la Convención de Belem do Pará niega en alguna de sus cláusulas la vigencia de institutos de derecho interno que están en consonancia con un conjunto armónico de disposiciones del mismo sistema en el que aquélla se inserta, máxime cuando el sistema destierra tanto la idea de que todos los delitos deben ser resueltos en un debate oral, como la de que la reacción estatal aconsejable sea la pena de encierro<sup>12</sup>.

En efecto, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), establecen:

1.5 Los Estados Miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente.

[...]

2.1 Las disposiciones pertinentes de las presentes Reglas se aplicarán a todas las personas sometidas a acusación, juicio o cumplimiento de una sentencia, en todas las fases de la administración de la justicia penal. A los efectos de las Reglas, estas personas se designarán “delincuentes”, independientemente de que sean sospechosos o de que hayan sido acusados o condenados.

2.2 Las Reglas se aplicarán sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición.

En este mismo sentido podríamos citar las Directrices sobre la función de los fiscales<sup>13</sup>, la Declaración sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de

una “grave violación de derechos humanos” a cuyo responsable deba negársele la aplicación de las reglas previstas para la persecución de delitos comunes.

10 Cfr. voto de los jueces Fayt y Argibay en CS, D.1682.XL, “Derecho René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal”, sentencia del 29/11/2011.

11 Del valioso dictamen del entonces Procurador General de la Nación, Esteban Righi (S.C.D. 1682; L.XL., del 1º de septiembre de 2006).

12 Cfr. JULIANO, Mario Alberto, *La Convención de Belem Do Para, la violencia de género y los derechos y garantías*, publicado en la web “Pensamiento Penal”. El autor señala que “...Naciones Unidas, a través de sus organismos pertinentes, se ha ocupado en forma detenida de poner en claro que el sistema penal constituye una opción de última ratio para la resolución de los conflictos, y que en todo momento se deben privilegiar las reacciones estatales que eviten el juicio y la posibilidad de la prisión”.

13 Informe del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, 27/8 al 7/9/90, resolución nº 26.

14 Asamblea General de las Naciones Unidas, 29/11/1985, resolución 40/34.

15 Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, 27/8 al 7/9/90.

16 Cfr. BOVINO, Alberto, *Justicia penal y derechos humanos*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 241.

17 CS, Fallos 331:858: "...el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal".

18 Cfr. CS, Fallos 297:142; 300:1080; 301:460; 310:192, entre otros: "...es principio aceptado que jamás la inconsecuencia o falta de previsión pueden suponerse en el legislador, por lo que [...] frente a los diversos intereses en juego [las normas deben ser interpretadas] de modo que armonizasen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución, evitando darle un sentido que pone en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto".

19 Puede aducirse que no es posible comparar la jerarquía normativa de reglas y directrices con los alcances y vinculación jurídica de un tratado internacional, pero cierto es también que de entre el total de los tratados o convenciones internacionales existen diferencias conceptuales en cuanto a la materia regulada, concretamente por el nivel de profundidad y especificidad analítica en temas de protección de derechos humanos. Al respecto, es que no puede desconocerse el papel preponderante que han cumplido estas clases de normas o consejos en materia de protección de derechos humanos, particularmente en la promoción de acciones futuras por parte de los Estados, como ha sucedido con las Reglas de Tokio, que han sido plasmadas en nuestra legislación

poder<sup>14</sup>, el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión y los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados<sup>15</sup>. Todos estos instrumentos, de manera consistente, delinean un programa político-criminal que reserva el uso de la pena de encierro para los casos más graves y, a la vez, incentiva medidas descriminalizadoras para los delitos de escasa o mediana gravedad<sup>16</sup>.

La tesis restrictiva, según la cual existe una "contradicción insalvable" entre el deber estatal que emerge de la Convención y la posibilidad de suspender la persecución penal en un grupo de casos de menor entidad, no sólo ignora las pautas de interpretación propias del derecho penal<sup>17</sup>. Como puede apreciarse, además, asigna al art. 7º de la Convención un alcance que pone en pugna sus disposiciones con el ordenamiento jurídico restante, de manera tal que el régimen de persecución penal vigente en el orden interno pierda todo valor y efecto. *Constituye, por lo tanto, un muy buen ejemplo de cómo no deben interpretarse las normas jurídicas*<sup>18</sup>.

Los términos de la Convención, por ende, no deberían ser interpretados como la negación de otros derechos legítimamente reconocidos por el ordenamiento jurídico interno de un país, más aún si se trata, como nuestro caso, de una legislación que reconoce como fuente las reglas o directrices de *soft law* emanadas por los organismos de protección de derechos humanos<sup>19</sup>. Tal como señala Juliano, una comprensión del orden jurídico que ignore al resto de las normas que lo integran es sesgada, parcial e incompleta:

La interpretación de los regímenes legales *debe ser compatibilizada* en su integridad para posibilitar su *armónico funcionamiento*, máxime cuando se trata del sistema jurídico de protección de los derechos humanos, evitando que dos normas que lo componen resuelvan una misma situación en forma contradictoria.

Un tratado o convención interamericano (como lo es la Convención de Belém do Pará) *no puede anular o modificar directrices emanadas de un organismo internacional de la jerarquía de las Naciones Unidas* y, antes bien, todos los acuerdos que se celebren entre los Estados, deben adecuarse a la orientación general que proporciona la comunidad internacional organizada. *Lo contrario implicaría ingresar en insalvables contradicciones que tornaría anárquica la coexistencia internacional*<sup>20</sup>.

## IV. Acerca del deber de "investigar" y "sancionar"

Sin perjuicio de lo anterior, los paladines de la tesis de la "contradicción insalvable" olvidan que la suspensión la acción

interna en institutos tales como la suspensión del juicio a prueba, o, en el ámbito local, a través de la aplicación de criterios de oportunidad en la persecución o de una amplia gama de medidas alternativas a la privación de la libertad. Para mayor profundización, recomendamos la lectura de BOVINO, Alberto, *Instrumentos internacionales de derechos humanos no contractuales. Valor jurídico*, publicado en la web "No hay derecho" y JULIANO, Mario Alberto, *La Convención de Belém Do Para, la violencia de género y los derechos y garantías*, publicado en la web "Pensamiento Penal".

20 JULIANO, Mario Alberto, *La Convención de Belém Do Para, la violencia de género y los derechos y garantías*, publicado en la web "Pensamiento Penal"; énfasis agregado.

trae aparejadas consecuencias de carácter coercitivo, cual el sometimiento a las reglas de conducta o la obligación de prestar tareas comunitarias. Olvidan también que a la suspensión de la acción precede, naturalmente, una investigación; ésta suspende mientras dure el período de prueba, pero debe reanudarse en caso de incumplimiento de las reglas fijadas. De este modo, aunque interpretáramos el art. 7º de la Convención de manera unidireccional y aislada, tal como propone la tesis restrictiva, *tampoco sería cierto que la suspensión del proceso a prueba, tal como está regulada en nuestro medio, impida investigar o sancionar<sup>21</sup> hechos de esta naturaleza.*

La importancia de la suspensión como instituto procesal radica en su impronta como mecanismo consensuado de resolución alternativa al conflicto penal, en consideración del imputado y la víctima, que minimiza las consecuencias afigentes del poder punitivo, posibilitando a los encargados de la persecución suspender el curso del procedimiento por razones de conveniencia, utilidad o asignación de recursos, lo cual a su vez permite que la víctima también sea protagonista en ello<sup>22</sup>.

Sin embargo, los defensores de la tesis de la “contradicción insalvable” parecen ignorar que “... la importante restricción de derechos

que autoriza la aplicación del instituto, si bien marca su sentido preventivo y composicional, no deja de tener una clara naturaliza sancionatoria, que sólo procede ante el pedido expreso de la persona imputada, para no vulnerar el principio de inocencia”<sup>23</sup>.

A nuestro juicio, en lugar de excluir *a priori* la aplicación de mecanismos de composición, o de vías alternativas que prioricen la satisfacción de la víctima antes que el castigo del presunto responsable, una propuesta legislativa responsable –que trascienda de la mera demagogia– debería continuar trabajando en busca de que la víctima pueda obtener diversas medidas de protección aun en el caso de que se suspenda la persecución penal. Ello pues, en estos supuestos, no sólo se protege el interés reparatorio de la víctima sino, además, otros intereses de igual importancia.

El art. 76 ter C.P., por su remisión al art. 27 bis, establece –más allá del ofrecimiento de reparación que ofrezca el acusado– condiciones que pueden ser impuestas a quien se somete al régimen de suspensión de la persecución penal a prueba:

2. Abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con determinadas personas.  
[...]
6. Someterse a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia.  
[...]

Las reglas podrán ser modificadas por el Tribunal según resulte conveniente al caso.

Como puede apreciarse, la disposición citada no sólo permite tomar medidas adecuadas para la protección de la víctima sino que, además, dota al tribunal de cierto margen para adaptar las reglas a las particularidades de cada caso en procura de mejorar la situación conflictiva. De todos modos, estas medidas no agotan las posibilidades de continuar trabajando en este sentido. Por ello, conviene reemplazar ese reflejo de “atrapar al delincuente”<sup>24</sup> por la responsabilidad de escuchar atentamente a las víctimas y generar nuevos y mejores mecanismos, que se adapten al eventual resurgimiento de las prácticas victimizantes y discriminatorias de la justicia penal, que se pretenden alterar.

Negar *a priori*, en casos de mediana o baja gravedad, la posibilidad de suspender la persecución penal y de adoptar prontamente, en tal contexto, las medidas adecuadas, no sólo no

21 A menos que entendiéramos que la expresión “sancionar” (propia de una norma de derecho internacional) sólo puede querer decir “imponer una pena de prisión de efectivo cumplimiento”. Hasta donde sabemos, los defensores de la tesis restringida no han dado razones para sostener tan curiosa equiparación.

22 Por otro lado, al momento de su otorgamiento, sí deben tener especial resguardo los intereses y necesidades de la parte damnificada. Justamente, la atención debe estar puesta en la modalidad y condiciones de otorgamiento del instituto (que el solicitante ofrezca una oferta reparatoria a la víctima –siempre en la medida real de sus posibilidades–, y a su vez se fijen las pautas de conducta a cumplir por un determinado plazo), y así buscar garantizar el derecho de la víctima a ser oída y fortalecer su condición frente a la ley y a la sociedad.

23 DEVOTO, Eleonora A., “Los límites de la intervención del fiscal en la suspensión del juicio a prueba”, en *La Ley*, Suplemento Penal, septiembre de 2010. En el mismo sentido se ha señalado: “... no puede inferirse un deber de garantizar a la mujer víctima de un delito penal, una resolución jurisdiccional que sea producto de un juicio oral y público, sino el deber de garantizar una respuesta acorde con la naturaleza punitiva del caso y, repetimos, esto último se logra también con la suspensión del proceso a prueba” (Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, causa caratulada “C... s/ denuncia - Trelew” (Carpeta 3.524 OJ Tw – Legajo 31.735 OLUMPF Tw), del 16/10/2012, voto del juez Minatta).

24 Cfr. Steinert, Heinz, *Más allá del delito y de la pena*, en *Abolicionismo penal*, Ediar, Buenos Aires, 1989.

constituye una mejor respuesta estatal a la situación de la víctima, sino que veda cualquier posibilidad de trabajar en la búsqueda de nuevas y variadas medidas de protección y acompañamiento, y de construir, así, verdaderos esquemas transformadores.

#### **V. Una interpretación razonable**

La suspensión de la persecución en el universo de casos definido por el art. 76 bis del Código Penal, no afecta ni contradice ninguno de los objetivos establecidos en el aludido instrumento internacional; todo lo contrario, pues resulta ser una respuesta institucional que logra armonizar dichos propósitos convencionales de protección hacia la mujer con los principios políticos rectores que hacen de base a un sistema de persecución penal igualitario y de mínima intervención.

Debemos advertir que el correcto sentido de dichos objetivos es el mensaje especialmente dirigido al legislador del país ratificador, a quienes se les asigna el deber de dictar normas que engloben dichos conflictos particularmente graves y que a su vez contemplen su punición, independientemente del trámite que tengan los juicios que eventualmente se sustancien por esas causas, pues, de otro modo, deberíamos asumir que la Convención *interfiere en el diseño de la política de persecución penal de cada estado signatario, lo que resultaría evidentemente impropio de un tratado destinado a universalizarse*.

La obligación de investigar del Estado derivada de la Convención de Belem do Pará constituye una previsión específica que reafirma el mismo deber que la Corte Interamericana ha enunciado a partir del art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Si siguiéramos el criterio de los defensores de la tesis restrictiva, deberíamos asumir como consecuencia, por caso, que la suspensión del juicio a prueba tampoco rige para los delitos contra la propiedad, pues también la propiedad privada es objeto de protección de la Convención Americana (art. 21), de manera que frente a un ataque a la propiedad existe el deber del estado de investigar, derivado del art. 1.1. Si ese “deber de investigar” tiene el alcance que sostienen los fallos que cuestionamos, esto es, si exige llegar hasta la sentencia definitiva, todas las legislaciones que prevén sistemas alternativos de resolución de conflictos definidos como delitos, o mecanismos de persecución basados en el principio de oportunidad, deberían considerarse virtualmente derogadas, incluso para delitos tales como el hurto.

Dicha obligación estatal, por ende, no puede (ni podría tener) el alcance que parece surgir de los términos literales de la Convención. Bovino lo explica con toda claridad:

Si así fuera, el principio de persecución penal pública y obligatoria propio de los países pertenecientes a la tradición continental-europea –que los penalistas denominan “principio de legalidad procesal” [cita omitida]– se constituiría en una *obligación internacional* derivada de la Convención Americana, con consecuencias impredecibles en el ámbito de la organización de las pautas que estructuran el programa político-criminal de persecución penal pública en los Estados parte<sup>25</sup>.

Conviene recordar que en el caso individual de violencia contra

25 BOVINO, Alberto, *Justicia penal y derechos humanos*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 240/241.

la mujer tratado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el caso de *Maria da Penha Maia Fernández c. Brasil*<sup>26</sup>, las recomendaciones incluyeron expresamente:

4. Continuar y profundizar el proceso de reformas que eviten la tolerancia estatal y el tratamiento discriminatorio respecto a la violencia doméstica contra las mujeres en Brasil. En particular la Comisión recomienda:

[...]

b. Simplificar los procedimientos judiciales penales a fin de que puedan reducirse los tiempos procesales, sin afectar los derechos y garantías de debido proceso;

c. *El establecimiento de formas alternativas a las judiciales, rápidas y efectivas de solución de conflicto intrafamiliar*, así como de sensibilización respecto a su gravedad y las consecuencias penales que genera;

[...]

e. Incluir en sus planes pedagógicos unidades curri-

culares destinadas a la comprensión de la importancia del respeto a la mujer y a sus derechos reconocidos en la Convención de Belém do Pará, así como al manejo de los conflictos intrafamiliares...<sup>27</sup>

En la misma línea, en nuestro medio existen algunos fallos que han interpretado razonablemente los alcances del deber del Estado derivado de la Convención.

La Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, en una muy fundada resolución unánime<sup>28</sup> resolvió adecuadamente el pretendido el supuesto conflicto normativo entre la Convención de Belém do Pará y el art. 76 bis del CP. En el pronunciamiento se hace explícita la crítica a la tesis de la “contradicción insalvable”; se señala que la postura que sienta el precedente “Ortega” de la Cámara Federal de Casación Penal, en cuanto a los efectos jurídicos derogatorios (tácitos o implícitos) de la Convención sobre la ley penal doméstica “...es conceptualmente errónea e implica una extensión que altera indebidamente el alcance y la finalidad del tratado internacional de protección de los derechos de las mujeres”<sup>29</sup>. Y se exponen fundamentos serios:

Es claro que la citada Convención establece que los Estados deben asegurar el acceso de la mujer a la justicia, sin discriminación alguna, en pos de la protección de sus derechos. No caben dudas de la existencia de ese deber estatal indeclinable. Pero una cosa es afirmar esa obligación y otra, distinta, es admitir que dicho marco normativo haya creado un derecho subjetivo de las presuntas víctimas al “castigo” penal y, mucho menos, que haya derogado en forma implícita derechos consagrados por la ley penal interna, específicamente reglados a favor de toda persona imputada de delitos de leve o mediana gravedad (art. 76 bis CP) [...]

[...]

...convalidar la ampliación de respuestas estatales punitivas –en el caso, a través del mecanismo de restringir el derecho del imputado a obtener la suspensión del juicio a prueba en delitos vinculados a la violencia de género–, no sólo vendría a operar a contramano de las ideas iushumanistas del proceso penal, sino que parecería ir en contra del postulado antidiscriminatorio básico de todo feminismo.

[...]

[...] el sentido que impregna a la Convención Belém do Pará en punto a la cuestión penal es evitar que los Estados Parte consientan o toleren, en sus respectivas legislaciones, la existencia de lagunas de punibilidad

26 La víctima sufrió por muchos años violencia doméstica perpetrada por su marido, la que culminó en un intento de homicidio en mayo de 1984, a consecuencia del cual quedó parapléjica y con otras secuelas que afectaron su salud de manera continua. La víctima denunció el hecho en el ámbito nacional y esperó durante 15 años que se lo investigue seriamente. Ante la Comisión Interamericana, argumentó que Brasil había violado los artículos 1.1, 8, 24 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos II y XVIII de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre así como los artículos, 3, 4(a), (b), (c), (d), (e), (f), y (g), 5 y 7 de la Convención de Belém do Pará. La razón de invocar estos diversos instrumentos fue, probablemente, el hecho de que Brasil podía ser supervisado por la Comisión Interamericana a la luz de sus obligaciones emanadas de la Declaración Americana, en tanto Estado miembro de la OEA desde la creación de la Comisión, pero accedió a la Convención Americana sobre Derechos Humanos sólo el 25 de septiembre de 1992, y ratificó la Convención de Belém do Pará el 27 de noviembre de 1995, por lo que en principio la peticionaria podría no haber tenido claridad en cuanto a la competencia de la Comisión para supervisar uno u otro tratado. La Comisión declaró admisible la comunicación de acuerdo con los artículos 46.2.c) y 47 de la Convención Americana, que regulan la tramitación de las comunicaciones individuales que alegan una violación de dicha Convención, pero también de acuerdo con el artículo 12 de la Convención de Belém do Pará. Sobre el fondo, consideró que Brasil había violado los artículos 8 y 25 de la Convención Americana y los artículos II y XVIII de la Declaración Americana, como también el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará.

27 CIDH, Caso *Maria da Penha Maia Fernandes c. Brasil*, caso 12.051, Informe No. 54/01 de 16 de abril de 2001, en CIDH, *Informe Anual de 2000* (OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 20 rev., 16 abril 2001), parágrafo 61; énfasis agregado.

28 Causa caratulada “C... s/ denuncia - Trelew” (Carpeta 3.524 OJ Tw – Legajo 31.735 OUMPF Tw), resolución de fecha 16/10/2012. En el mismo sentido, autos “... s/ dcia... abuso sexual –(Carpeta 3017 OJ Tw – Legajo 26769 OUMPF Tw), resolución de fecha 07/08/2012.

29 Del voto de la juez Rodríguez.

que impidan u obstaculicen la investigación y persecución de ilícitos penales en los que la mujer esté en una situación de inferioridad frente al varón. [...]

[...] la facultad estatal de perseguir la realización del derecho penal sustantivo sólo es legítima bajo estrictos presupuestos de admisibilidad que, a manera de límites autoimpuestos por el Estado, cumplen la función esencial de preservar los derechos básicos de las personas<sup>30</sup>.

La Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires también ha dado argumentos sólidos en el sentido que proponemos. Ante una oposición fiscal fundada exclusivamente en la literalidad del art. 7º de la Convención de Belem do Pará, señaló:

...los argumentos esgrimidos por el titular de la acción no permiten considerar la oposición fiscal debidamente fundada [...]

Ello pues, por un lado, el Fiscal se refiere a la gravedad de la conducta ya que se trataría de un supuesto de violencia de género. Sin embargo, no surge que el legislador haya tenido la intención de excluir a priori, en base a la gravedad intrínseca de la conducta, a algunos tipos delictuales discriminándolos de otros, de modo que por sí solo este argumento no alcanza para sustentar la negativa a la procedencia del derecho.

Por el contrario, cuando el legislador nacional quiso excluir algunas conductas de la procedencia de solicitar este derecho lo ha establecido expresamente, tal como surge de la lectura del artículo 76 bis Código Penal donde se dispone que “no procederá” la probation –sin perjuicio de la interpretación jurisprudencial y doctrinaria al respecto– en los delitos reprimidos con pena de inhabilitación y los que fueran cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones<sup>31</sup>.

## VI. A modo de síntesis

Así como no desconocemos la importancia y la necesidad de asumir políticas serias de prevención, investigación y –eventualmente– sanción de los delitos que constituyan expresión de *violencia de género* (más allá de las imprecisiones con que habitualmente se maneja esta fórmula), lo cierto es que, como advierte lúcidamente Julianó, del mismo modo:

...deben prevenirse, investigarse y sancionarse todos aquellos hechos de violencia de los cuales sean sujetos pasivos sectores particularmente vulnerables, como es el caso de niños, niñas y adolescentes, ancianos, trabajadores bajo relación de dependencia, sectores marginales y excluidos de los beneficios de la vida en sociedad, poblaciones originarias, inmigrantes indocumentados, personas con capacidades diferentes, individuos sometidos a condiciones de trata de personas, privados de la libertad, etcétera<sup>32</sup>.

Lo mismo advierte VITALE, que pone en evidencia la peligrosa tendencia que expresa la tesis difundida en la jurisprudencia que cuestionamos:

Con la misma idea debería, entonces, incrementarse la dureza penal para los delitos que tengan por víctimas a todos los grupos más vulnerables (de acuerdo con la jurisprudencia interamericana): no sólo mujeres y niños, sino privados de libertad, aborigenes, enfermos mentales, migrantes, para mencionar algunos de ellos. Eso sería un despropósito punitivo, como lo que algunos quieren hacer con estos nuevos “enemigos”.

30 Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, carpeta 3.524 OJ Tw, resuelta el 16/10/2012, del voto de la juez Rodríguez.

31 Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas, s. l., causa n° 38178-01-CC/2010, “Legajo de juicio en autos G., L. S. s/ infr. art. 149 bis CP”, fallo del 13/03/2012, del voto de los jueces Marum y Vázquez.

32 JULIANO, Mario Alberto, *La Convención de Belem Do Para, la violencia de género y los derechos y garantías*, publicado en la web “Pensamiento Penal”.

[...]

En lugar de proponerse más medidas preventivas y más alternativas a la violencia penal (que es lo que debe hacerse), se postula para ellos recrudecer la violencia carcelaria (un derecho penal más represivo), en lugar de buscar soluciones reales. Parece mentira que se pretenda seguir recurriendo al aumento de las dosis de violencia estatal, cuando es sabido que ella es, precisamente, una de las causas del incremento de la violencia individual<sup>33</sup>.

En suma, el verdadero compromiso del Estado argentino es arbitrar los medios necesarios e impulsar la adopción de políticas públicas ciertas y efectivas de cambio e impacto sociocultural, programas estatales, capacitación y reformas en la esfera del sistema de justicia, todo en vista de un objetivo común, que *jamás ha de alcanzarse mientras demos crédito a las mixtificaciones de la demagogia punitivista*.

33 VITALE, Gustavo, "Los nuevos 'enemigos' del Estado. La moda y la degeneración del poder penal", nota publicada en la web <[www.rionegro.com.ar](http://www.rionegro.com.ar)>.

# Autoría y responsabilidad penal en delitos de Lesa Humanidad. Análisis crítico de la autoría mediata a través de aparatos de poder

Leonardo Fillia\*

## I. Introducción

La teoría que analizaremos en este trabajo, obra de Claus Roxin, ha sido dominante en Alemania y posteriormente, por estos tiempos, en los tribunales federales de nuestro país que llevan adelante juicios orales y públicos por violaciones a los derechos humanos en la última dictadura militar.

Su aplicación casi permanente y automática, sumada a la necesidad de estudiarla y analizarla críticamente para ejercer la defensa pública en uno de esos procesos judiciales<sup>1</sup> han impulsado este trabajo que pretende resaltar lo que entiendo resultan ser puntos débiles de la tesis desarrollada por el profesor alemán, con la pretensión de servir como aporte doctrinal, pero, al mismo tiempo, de herramienta de litigio para nuevos casos en los que se ejerza el mencionado ministerio público.

Se analizará la tesis desde las críticas que ha recibido por otros profesores de prestigio internacional, su receptividad o no en la jurisprudencia a nivel nacional e internacional, sumando a críticas intrasistemáticas (a nivel de logicidad), de parte de quien escribe desde el punto de vista dogmático, y aquellas otras de tinte empírico o probatorio. Ello así en la convicción de que presenta serias grietas pasibles de ser marcadas pretendiendo su no aplicación.

Finalmente analizaremos si posee válida base legal desde un estudio evolutivo y actual del art. 45 del Código Penal.

El efecto práctico de todo ello, es decir, salir de la autoría mediata para pasar a una imputación en términos de participación o instigación, aun cuando nos haga permanecer en la misma escala penal, nos conducirá inexorablemente a un menor reproche puntual traducido en menor pena, desde que habremos abandonado el rótulo de atribución de responsabilidad más severo (la autoría), quitando ni más ni menos de la escena el dominio del hecho, o incluso podrá posicionarnos para una posible absolución.

## II. Algunas reflexiones sobre lo que suele verse en los fallos. La orfandad probatoria y los problemas de imputación

Suele verse en los fallos sobre el tema una permanente referencia a los cargos que revistieran los distintos imputados marcando así su uso como forma de ejercer poder y dominio sobre los hechos, o pretendiendo hacerlo.

Generalmente su presencia en la estructura u organigrama de la fuerza de que se trate, sumada a la contemporaneidad con los sucesos suele ser prueba suficiente de su dominio sobre

\* Leonardo C. Fillia es Secretario Letrado (cont.) de la Defensoría General de la Nación y auxiliar docente de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

1 Puntualmente en el juicio desarrollado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 6 de esta Ciudad, por el delito de sustracción de menores durante el período 1976-1983 (causas nro. 1351, 1499 y 1604), junto al Dr. Alejandro Di Meglio, estimadísimo amigo y excelente profesional con quien desarrollamos la defensa técnica. En dicha actividad se inspira este trabajo.

el curso de acción, en un modo de atribuir los eventos que muta entre la acción y la omisión de manera subrepticia, pasando de “lo ordenó” a “lo debió saber” y más aún “no lo evitó”, con total naturalidad como si fuera todo ello la misma cosa o no exigiera prueba de cada afirmación (sentencias dogmáticas).

Incluso cayendo en el absurdo absoluto, al imputar delitos permanentes (vgr. sustracción de menores o desaparición forzada de personas) se pretende sostener la imputación y por ende el dominio del hecho hasta el cese del delito, con independencia de que en el lapso temporal que tiene lugar la estructura se desvanezca, el imputado sea exonerado, resulte detenido o incluso pierda la vida.

Casi como si el iniciar el dominio sobre un hecho hiciera responsable al sujeto activo para siempre aun cuando cese su dominio y este sea asumido por terceros (en el caso de la apropiación del menor sustraído, el apropiador del que se trate).

Cabe reflexionar que, desde la tesis que analizaremos de dominio de los hechos por dominio de un aparato de poder, si el aporte típico es integrar el aparato o ponerlo a disposición de la criminalidad, mal podrá sostenerse la imputación cuando el dominio de la estructura o su pertenencia han cesado y ello no podrá cambiar por tratarse de delitos permanentes solo por haber ingresado en el primer tramo ejecutivo.

Si el delito permanente se caracteriza por la reedición de la voluntad dolosa cada día en que se perpetúa el estado típico, mal podrá extenderse el dominio hasta el cese si el autor ha dejado de integrar la estructura, perdiendo así el único punto de contacto con los hechos y toda chance de dominar el curso de acción (pues solo se da a través de ese aparato del que ahora está excluido y no de propia mano como en un dominio convencional y causal).

Muchas veces se dice que al momento de integrar el aparato desde posiciones directrices, los imputados comienzan la ejecución del suceso poniendo condiciones para un resultado que se sostiene en el tiempo, incluso para cuando hayan dejado la estructura, y esa sería la razón para extender la imputación por el presunto dominio *sine die*, sobre el curso de acción.

El punto de ataque desde la mirada crítica es que si se abrazan al argumento de poner condiciones para un hecho que se prolonga, estarán

hablando de una participación necesaria en el campo de la preparación, lo que los desplaza de la autoría (justamente eso fue lo que la Corte entendió que eran los aportes extra típicos propios de una participación necesaria en causa 13/85, arteramente ignorada entre los tribunales federales que se abrazan a la tesis roxiana).

Si, en cambio, se persiste en la imputación como autor, habría que explicar cómo se sostiene un dominio sin la herramienta que parece definirlo (el aparato).

Incluso suele echarse mano a la figura de participación necesaria en casos dudosos, casi creando una participación mediata por aparatos de poder en un hecho que dominará otro en algún momento de difícil previsión cuando se ingresa a la estructura.

Vemos entonces un relajamiento permanente de la prueba y una difusa conceptualización dogmática en términos de autoría y participación, lo que trata de resolverse con invocación y aplicación automatizada de la tesis roxiana de dominio de voluntades por dominio de un aparato, como afirmación dogmática y falacia de autoridad por excelencia.

Sin embargo, sus premisas (estructura del aparato, margen de la legalidad, orden a acatar por inferiores) también deben ser probadas, aunque con solo probar pertenencia y concomitancia con los hechos parece resolverse la responsabilidad penal desde una lógica liviana y licencias auto-concedidas por acusadores y tribunales.

Dominar un aparato de poder no implica conocer, querer y dominar todo lo que ocurre dentro, pues se cae en la ficción jurídica de convertir a los miembros inferiores en entes y al superior en un superhombre, sobreestimando el aporte de los escalones intermedios con serios riesgos de caer en contradicción (si domina el intermedio, expropia el dominio de la cúpula, y si la cúpula no resigna ese poder, ¿qué tan autor será el mero retransmisor?).

Las grietas probatorias a nivel de dolo y dominio que se superan probando presencia de los superiores en el lugar de ejecución de los hechos o un fluido canal de comunicación que evidencie órdenes concretas se pretenden resolver cuando la prueba no ofrece esa cercanía material, con la afirmación de que siendo la autoridad, no podía ignorar lo acontecido y, por ende, todo lo ocurrido le pertenece como obra propia.

Esto, que en sustancia es idéntico a la res-

ponsabilidad objetiva del principal por los hechos del dependiente del derecho civil, se enmascara en teorizaciones bien decoradas, emanadas de prestigiosa pluma, pero que, sometidas a análisis crítico como el que se intentará aquí, defraudan más de lo que satisfacen.

Por esta diagnosis, que la experiencia reciente en causas de la temática nos ha ofrecido, es que se ha despertado el interés por analizar lo más profundamente posible la pretensa tesis exacta para resolver estos casos y los severos problemas de imputación a nivel probatorio que estas complejas acusaciones presentan.

Buceando un poco veremos responsabilidad objetiva mezclada con estructuras de omisión encubiertas y otras yerbas.

### **III. Análisis dogmático de la tesis de Roxin**

La obra del profesor alemán está desarrollada en *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* (Ed. Marcial Pons, 7<sup>a</sup> edición, año 2000, que consultamos para este análisis).

Para ingresar en sus conceptos diremos que, sustancialmente, parte de automatizar la voluntad del ejecutor en cumplimiento de la orden del superior (muchas veces presumida y no probada). En ese orden, más allá de algunas subdivisiones posibles, los 3 grandes requisitos que reclama la tesis son: 1) dominio de y por la organización, 2) estructura al margen de la legalidad y 3) fungibilidad del ejecutor (fácilmente cambiabile si alguien se niega dando la presunta certeza a la cúpula de que alguien inexorablemente cumplirá su orden, pero sin que pierda responsabilidad aquel que finalmente sea el ejecutor obediente).

Este trabajo recorrerá el contenido de esos requisitos e intentará detectar si el razonamiento supera la razonabilidad o se aprecian grietas de logicidad que autorizan a descalificar el marco teórico. Si ello se consigue, habrá sido una herramienta de litigio válida para un alegato de defensa.

Para comenzar, diremos que aquel presupuesto básico es incompatible con la naturaleza humana y su autonomía de la voluntad, pero lo peor del caso es que luego habrá de reconocerle libertad al ejecutor (colonizado presuntamente ab initio), para que de todas formas resulte penalmente responsable.

Vemos entonces un postulado teórico, el de no resignar la responsabilidad de ningún miembro del aparato de poder, para lo cual se relativiza el poder decisor del ejecutor para llegar a la cúpula, pero, al mismo tiempo, se lo reafirma para no consagrar su impunidad al amparo de una supuesta obediencia debida.

Lo que guía esta intención de ensayar una autoría mediata sin medio (pues, en sentido estricto, no es un mero instrumento), es la sensación de que resolver la situación de la cúpula por vía de instigación sabe a poco.

De modo que el basamento es de corte intuicionista y se acerca a la idea iusnaturalista de justicia material, a la hora de buscar el modo de decir que el que dirige el aparato es autor, forzando conceptos y categorías dogmáticas de la parte general del código sustantivo.

Adentrándonos en el análisis de la obra, decimos que la au-

toría mediata por dominio de aparatos de poder se sitúa entre los casos de dominio de la voluntad a la par de los casos más comunes de coacción o error del ejecutor, que definen la autoría mediata convencional y de los que Roxin pretende diferenciarla.

Admite el autor que se trata de otra manifestación del dominio mediato del hecho que hasta allí no había sido “siquiera mencionada por la doctrina ni por la jurisprudencia” (ver pág. 270).

Esto ya es un motivo de alerta, pues pretender por estos tiempos su aplicación ineludible como el mejor marco teórico para fundar allí una condena parece, como mínimo, precipitado.

Abrazarse a una herramienta dogmática joven y que admite (como lo dirá Roxin luego) críticas por amplificar los conceptos de autoría y participación conocidos es, por lo menos, irresponsable; puesto que hace falta pulir mucho más este recurso técnico, someterlo a la opinión y profunda crítica de la comunidad científica y seguramente propiciar las reformas legislativas que hagan falta, para luego, y recién allí, dar paso a su aplicación como la mejor postura teórica posible.

De no efectuar ese camino, más largo pero más seguro, se corren serios riesgos de caer en un razonamiento nutrido de la analogía o en estiramientos de la ley en pos de una herramienta aun pasible de críticas y mejoras, y que no ha recibido aplicación –ni siquiera mención (en palabras del propio Roxin)– de parte de la doctrina y la jurisprudencia.

Además, esa juventud y ausencia en la jurisprudencia elimina cualquier posibilidad de sostener, para salir de la crítica a la violación del principio de legalidad por imprevisión de la figura en el art. 45 de nuestro C.P., que la autoría mediata en aparatos organizados de poder pertenece, desde tiempos inmemoriales, a la costumbre internacional.

*De modo que es una doctrina joven, que modifica conceptos convencionales, que reclama pulido y discusión en la doctrina, que obliga a una reforma legal y que no tiene aval suficiente en la jurisprudencia como para ingresar en la legalidad por vía de costumbre. Así lo asume su propio autor.*

Ante ello hace alusión a los procesos de posguerra, caracterizados por la disposición para el hombre de atrás de una maquinaria con cuya ayuda puede cometer crímenes sin tener

que delegar su realización en la decisión autónoma del ejecutor.

Método inductivo mediante, construyendo conceptos generales desde experiencias puntuales que escoge para su elaboración, Roxin repara en los casos de Eichmann y Staschynski.

Frente a ello, la idea de tomar como disparador casos judiciales de derecho penal internacional, es obligatorio decir que nuestra Corte Suprema en la única oportunidad en que se trató la cuestión (causa 13/85, también ubicada entre los pronunciamientos de derecho penal internacional) entendió que no era aplicable dicha construcción mutando el encuadre del a quo, pasando a configurar el accionar de los comandantes ubicados en la cúpula del aparato organizado de poder militar como un caso de participación necesaria.

Respecto de la falta de receptividad de la autoría mediata en la costumbre internacional se verifica la postura de Roxin, ya que al año 2000 no había referencia y desde allí a la fecha han sido muy pocas y con éxito dispar. Así surge de la referencia efectuada por doctrina avezada en la materia.

Por ejemplo se ha dicho:

De esta manera, la SCP I [Sala de cuestiones preliminares] retoma [hace referencia al caso Katanga] el concepto de coautoría mediata previamente aplicado en el 2003 en la sentencia de la Sala de Primera Instancia II del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) en el caso contra Milomir Stakic, y que desde entonces no había vuelto a ser utilizado como consecuencia de que la Sala de Apelaciones del TPIY declaró en su sentencia de apelación en este mismo caso que el concepto de coautoría mediata no formaba parte de la costumbre internacional en el momento en que se produjeron los delitos imputados (primavera y verano de 1992), ni había sido acogido por la jurisprudencia del TPIY... (En “El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata del caso “Stakic” a los casos “Katanga”, “Ngudjolo” y “Bemba”, de Héctor Olássolo, trabajo publicado en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Tomo 23, pág. 108). Fallos citados: “The Prosecutor Vs. Milomir Stakic”, Trial Judgment, ICTY, caso IT-97, 24-T, dictada por la Sala de Primera Instancia II el 31/7/2003. Véase sobre esta sentencia Olásolo/Peréz Cepeda, 2004; “The Prosecutor Vs. Milomir Stakic, Appeal Judgment, ICTY, caso IT-97, 24-A, dictado por la Sala de Apelaciones el 22/3/2006. Véase sobre la sentencia Olásolo, 2007.

En su obra, Roxin da cuenta de expresiones tales como miembro, inspirador, cabecera de la conspiración, el que mueve los engranajes. Pero lo cierto es que en nuestro Código Penal no tenemos ninguna expresión legislativa de esa naturaleza (fs. 270 nota al pie nro. 4).

Evidentemente, si tales expresiones aun no explican de modo claro el supuesto, pero se aproximan, mucho más lejos estaremos de la debida previsión legislativa cuando nuestra norma general, que regula la autoría, en modo alguno aporta algo para este tipo de autoría por determinación, tan específica donde no se habla estrictamente de determinar a otro (cosa que sí prevé el art. 45 del CP). Ello es así, como ya lo veremos, pues ese “otro” es impersonal y solo opera como engranaje de un aparato de poder y no un sujeto puntual determinado en su voluntad y convertido en instrumento no punible.

Claramente esa previsión puede receptar la autoría mediata convencional, pero no ésta con doble dominio y responsabilidad con la despersonalización del que sería instrumento o engranaje de una maquinaria.

*Se aprecia entonces una clara violación al principio de legalidad tampoco suplida por la costumbre, si es que puede seguir diciéndose que la costumbre es fuente válida de derecho penal.*

Asume Roxin que las categorías comunes son insuficientes para receptar este caso (fs. 271) con lo cual se abre una doble posibilidad: propiciar una reforma que se haga cargo de la problemática con más de 30 años de tiempo para haberlo hecho y más de 25 en democracia, o se estiran los conceptos previstos para hacer entrar allí la autoría mediata por aparatos de poder.

*Esto último es inadmisible por principio de legalidad y no habiendo hecho uso de la primera opción, concluimos que no puede admitirse ningún decisorio judicial que haga base en dicho postulado teórico.*

Roxin se apoya en el relevamiento de los procesos de Nuremberg, que arroja como resultado que no existió ningún caso de fusilamiento por negarse a cumplir órdenes (no hubo coacción). Toma como referencia también que Staschynski pudo sustraerse a las órdenes y entregarse a las autoridades.

Se descarta entonces la obediencia debida y la coacción como supuesto de una autoría mediata convencional, más allá de que ese mismo relevamiento debería hacerse ante cada caso en que se pretende aplicar la teoría para cada estructura de poder puntual.

En cuanto al error, admite que puede neutralizarse la reflexión del ejecutor sobre la criminalidad de su acto en la mayor responsabilidad del superior y que puede haber un error sobre la antijuridicidad formal (no siendo además impensable que no comprenda el injusto material), pero que ello no convuelve lo antedicho pues no proporciona al hombre de atrás su dominio de la voluntad. Es decir que puede existir error, pero no es ello lo que sostiene el dominio del autor de atrás (pág. 271).

Ahora sí, ese yerro puede eximir de responsabilidad al hombre de adelante pasando a una autoría mediata convencional.

En cuanto a la posibilidad de plantear la autoría del hom-

bre de atrás sin coacción ni error, aclara que es algo apenas planteado (pág. 271), revitalizando nuestra advertencia sobre su aplicación como el remedio más eficaz.

Y para responder a ello descarta de plano una teoría que resolvería todo muy fácilmente, pero que ya ha sido hace tiempo abandonada. La referencia es para la teoría subjetiva o del ánimo de la autoría (el *animus auctoris*).

No basta, entonces, con que el hombre de atrás se sienta autor o desee serlo con un interés relevante en el éxito del delito, ya que como ello también pasa en los inductores, no termina siendo un criterio eficaz para delinear la autoría mediata. El que instiga también se interesa en el delito y por eso induce a otro, pero ello no implica dominar el curso de acción concreto como para ser autor mediato.

Descartado ello, el fundamento de la autoría de la que se habla es el funcionamiento del aparato, es decir, el modo en que se automatiza el acatamiento de las órdenes de una maquinaria construida *per se* al margen de la legalidad y con la irrelevancia e intercambiabilidad del sujeto puntual que cumpla la orden (fungibilidad).

Este automatismo es el primer requisito de la teoría pues funda el *dominio de la organización* y por la organización. Requisito 1 que se pondrá en crisis al reconocer la posibilidad de una disidencia en los ejecutores, resuelta por vía de *fungibilidad* (requisito 3). Volveremos luego sobre el punto.

Esta es la diferencia que ofrece Roxin con la inducción, pues no solo se interesa la cúpula en el hecho que ordena, sino que domina la realización del hecho de modo diferente al de una criminalidad común.

*Para sostener la crítica es central cuestionar la fungibilidad que opera como cierre del razonamiento, pues ello arrastraría el funcionamiento automatizado y desaparecería la distinción con la inducción convencional.*

La particularidad del aparato es que tiene una vida independiente de la identidad variable e irrelevante de sus miembros y en ello descansa el dominio del hombre de atrás (o de arriba), y su tranquilidad en cuanto a que lo que ordena se va a cumplir sin reparar en quien va a hacerlo y sin que importe conocerlo como para torcer esa voluntad puntual (como en la instigación convencional).

En palabras de Roxin en su obra “funciona

automáticamente, sin que importe la persona individual del ejecutor” (p. 271).

*Lo que diremos nosotros es que esa estructura puede potenciar las expectativas de acatamiento respecto de la instigación común pero en modo alguno es garantía de ello ni torna irrelevante la figura del ejecutor una vez admitida la posibilidad de que se niegue (fungibilidad),* abriendo con ello la posibilidad para nuevas y sucesivas negativas. Nunca es irrelevante, ni puede serlo, la voluntad del hombre que libre y responsablemente ejecuta el hecho concreto con señorío sobre el curso causal lesivo (de hecho se encarga Roxin de defender la idea de que sigue siendo punible a diferencia de los casos convencionales de autoría mediata).

Entendemos que se trata de una mal llamada autoría mediata por aparato de poder, pues el ejecutor no queda reducido al concepto de instrumento o medio desde que es un sujeto que actúa dolosamente, con conciencia de su antijuridicidad, siendo penalmente responsable y reprochable su accionar (*ergo exigible que obre conforme a derecho*).

Si esto es así, solo tiene relevancia la orden cuando se elige cumplirla y esto despoja al ejecutor del concepto de “medio”, para retornarlo a la categoría de “autor” propia de la inducción. Y como solo hay dos autores en las autorías paralelas (realización total del hecho por cada uno) o en coautoría por acuerdo de voluntades, cosas que no se dan aquí, entonces estamos ante un caso de inducción más compleja o reprochable (en mensuración de la pena por valerse de aparato que potencia el acto de inducir y las chances de éxito dada la ascendencia sobre el inducido), pero inducción al fin.

No convirtamos en autoría lo que no es otra cosa que una instigación calificada. Sería más saludable hablar de ese caso con mayor severidad al aplicar las previsiones de los arts. 40 y 41 del C.P.

*La pata débil o germen autodestructivo de la teoría, es lo que se presenta como la llave de la innovación: la fungibilidad.* Ello así, pues admitir que si alguien se niega, se lo cambia rápidamente sin consecuencias, es admitir que el funcionamiento no es tan automático como se decía, pues puede pasar que alguien se niegue. Y si eso es verdadero ¿en qué se funda la certeza de que el designado como reemplazante no va a imitar el ejemplo del colega, negándose también?

La presunción de acatamiento (“iuris tantum”, no más que eso) se apoya en el automatismo; luego una vez negado por la idea de una pensable disidencia o rebeldía que obliga al cambio de ejecutor, se cae su consecuencia que es el derecho de creer que se acatará lo ordenado con total certeza, y el hombre de atrás (o de arriba), mantendrá las riendas del hecho.

Si ello se pone en crisis, ya no hay derecho a descansar tanto de parte del hombre de atrás, empieza a ser importante la voluntad del ejecutor y retornamos a una inducción que solo es relevante típicamente con el principio ejecutivo del mal llamado instrumento.

Negada la presunción, apriorísticamente construida en el automatismo, que es la obediencia como regla y el tranquilo fluido de la orden a través de todos los componentes de la cadena de mando, a partir del contenido del tercer requisito de la fungibilidad, hay que negar como seguro e ineludible el acatamiento del reemplazante.

La fungibilidad, para decirlo más claramente, es la confesión del fracaso del funcionamiento automático del aparato y deshace la idea basal de que no importa quien cumpla porque es seguro el cumplimiento. Luego, ya no queda nada para hablar de autoría mediata, y no será más que una instigación que solo es penalmente relevante con el comienzo en la ejecución del autor directo y único.

Esta posibilidad de negativa es admitida por Roxin a fs. 272 cuando sostiene que “tampoco es necesario que recurra a medios coactivos o engañosos, puesto que sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global”.

La pregunta es, ¿desde qué elemento objetivo parte Roxin para creer que la negativa de uno es imposible de ser continuada por la negativa de 2, o de 3 o de todos, obligando a la cúpula a bajar al llano y a ejecutar “per se”, o apelar a la coacción o el error para obtener la obediencia que se le hace esquiva (saliendo de esta tesis para retornar a la autoría mediata convencional)? De ninguno, solo lo presume.

Es simplemente una petición de principios, una expresión de deseos o un presupuesto para asegurar el éxito de la conclusión (lógica formal, vicio del razonamiento, falso silogismo).

Sí era una inferencia válida decir que las características de la organización permitían suponer (y solo eso), el acatamiento de las órdenes. Pero luego, al admitir que ese pronóstico fracase es obligado retornar al análisis puntual de cada orden y cada receptor de la misma y colocar el centro de análisis en la ejecución y el ejecutor puntual (presunción “iuris tantum” y no “iure et de iure”).

Es justamente lo que el autor cataloga de “factor decisivo” en la pág. 272 (me refiero a la fungibilidad), lo que abre la puerta para el deterioro de toda la edificación dogmática.

¿Por qué no omitió Roxin ese condimento? Porque debió ensayar una explicación teórica para prescindir del ejecutor y colocar en el centro de la escena al hombre de atrás, más allá de

no tratar al de adelante como no punible. Por ello presume que no importa quien acata, y a partir de allí deja de ser necesario cooptar su voluntad, cosa que se logra por sí sola con el ingreso a la maquinaria con conciencia de ello.

Por eso debió minimizar su voluntad y encontró en la intercambiabilidad (fungibilidad del ejecutor) la mejor opción. Así es que acaba diciendo en el cierre de la página citada que solo hay 3 formas de dominar un suceso que lleva a cabo un tercero sin intervenir directamente: forzarlo (coacción), usarlo como factor causal ciego (error, engaño) o que se trate de un “ejecutor [...] si no está coaccionado ni engañado, cambiante a voluntad”.

*Lo que Roxin no vio, o si lo vio esperó que nadie más lo vea o ponga de manifiesto, es que para que algo sea fácilmente “cambiable” debe primero surgir la necesidad de cambiarlo, y para que eso aparezca en el caso, debe ocurrir que el receptor de la orden se rehúse a cumplirla. Y si ello pasa, el automatismo del aparato que permite desentenderse de la identidad y voluntad del ejecutor afirmado al comienzo (requisito 1), es negado al final (requisito 3), tornando auto-contradictoria la tesis.*

*Y si ello es así, pasa a ser un razonamiento inválido desde el punto de vista lógico y con ello cae su aplicación como fundamento de una condena legítima.*

Queda descalificada, entonces, la herramienta dogmática por su auto-negación encubierta.

Roxin recuerda en la pág. 273, que queda firme la responsabilidad del ejecutor directo “que ha de responder como autor culpable y de propia mano” (ergo no es simple medio o instrumento, volviendo a la idea de una autoría a doble comando sin concomitancia ni acuerdo funcional). Pero esa incombustible responsabilidad es irrelevante para el dominio del sujeto de atrás pues “desde su atalaya el agente no se presenta como persona libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible”.

He aquí una nueva contradicción con el punto de partida. Al comienzo decía Roxin que todo era fácilmente explicable con la teoría del ánimo, pero que no alcanzaba por no diferenciarse de la inducción en cuanto a que ambos quieren que el hecho ocurra con éxito.

Pero ahora, subrepticiamente aclara que el ejecutor es libre y responsable desde lo óntico y real, pero que es solo una pieza fungible “desde

el atalaya” de la cúpula. Esto es lo mismo que decir que la realidad del autor directo es diferente desde la percepción del hombre de atrás, que *se siente más dominador en tanto cúpula y ello confiesa un retorno, tal vez inconsciente, al animus auctoris* antes negado.

Esta es una nueva grieta, pues para explicar algo tan incómodo como la doble responsabilidad (negando la matriz que caracteriza a la autoría mediata convencional), termina recurriendo al sentimiento del que se cree más autor porque minimiza al ejecutor, cuando en el plano de lo real depende de su accionar (libre y responsable según el propio Roxin).

Tanto depende, que si verifica un acto de rebeldía, o bien lo coacciona, o lo engaña o lo remueve por otro que sí obedece. Lo que no se explica, pues es imposible de asegurar, es por qué razón no habrá en el caso ninguna negativa más, si ya la hubo una vez cuando se esperaba que no existiera nunca.

Fundar el razonamiento en la perspectiva o mirada del hombre de atrás (léase atalaya), es volver a su sentimiento de autor real. Ergo, *es retornar a la descalificada teoría subjetiva de autoría.*

¿No será que se vuelve a lo que realmente es y entonces caemos en una teoría que no distingue este tipo de caso del de la simple inducción? ¿No será que esto es una inducción que forzadamente se quiere mutar a autoría porque tiene gusto a poco?

Si respondemos afirmativamente a esa pregunta, acabaremos asumiendo razones político y criminalmente inválidas por asociarse a ideas retributivas o de derecho penal simbólico, no esperables desde la ciencia jurídica que supone una herramienta de contención al poder punitivo y no su legitimación teórica para su irremediable aplicación (al menos, eso nos han enseñado desde posturas agnósticas y el pensamiento crítico).

Es cierto entonces que el caso está más cerca de ser resuelto, sin forzar la realidad ni auto-negarse, mediante la inducción, eventualmente superpuesta con una participación necesaria por acompañar la orden con el aporte de todos los elementos necesarios para cumplirla.

Ello, en todo caso, puede dar paso a una doble atribución aplicando para resolverla la que mejor explique el contenido de injusto. En todo caso, inducir y aportar medios para que la

inducción prospere, supera y desplaza al solo acto de inducir. Así lo habrá entendido la Corte en causa 13 cuando condenó a los comandantes como partícipes necesarios.

Lo cierto es que ambos roles, inducción y participación primaria (como cooperación con el autor, pero no con el hecho que se ejecuta pues entonces habría coautoría como regla) se colocan en estadios previos al principio de ejecución del autor directo, siendo más natural debatirse entre esas posibilidades que ensayar una autoría mediata que no es autoría, ni es mediata.

Esa solución parece más cercana a la realidad, pudiendo perfectamente medir el nivel de participación como más disvalioso por valerse de la ascendencia o liderazgo de una estructura ilegal, a través de las pautas legales de determinación judicial de la pena ya mencionadas.

Se resolvería el caso de modo más correcto dogmáticamente e igualmente justo con los datos que ofrece la realidad. Construir dogmáticamente roles que se chocan con la realidad del caso y evidencian auto-contradicciones, es una manifestación del idealismo alemán que ha guiado el normativismo imperante en un divorcio de los límites óntico-ontológicos que ofrecían las estructuras lógico objetivas o lógico reales, tomadas por Hans Welzel al dar paso al finalismo.

*Un conglomerado de presunciones o presupuestos metodológicos que ofrecen apariencia de validez al razonamiento, pero que al escarbar un poco evidencian grietas indisimulables. Si eso se combina con su falta de receptación en la costumbre internacional y su falta de previsión legal en derecho interno, parece que aplicar la idea de Roxin para fundar una condena ha sido un error significativo.*

Un poco de realismo en la producción de conocimiento aconseja llamar las cosas por su nombre y limitar las ficciones normativas o invenciones conceptuales, que no se llevan bien con la realidad objetiva y con los datos que ofrecen los casos concretos a judicializar.

El autor toma como referencia el enjuiciamiento de Adolf Eichmann donde la defensa impulsó la tesis del adelantamiento causal, en tanto la actividad automatizada del aparato hace que una negativa del ejecutor no cambie la ecuación tornando anecdótico su quehacer. Roxin rechaza esto por las mismas razones por las que el adelantamiento causal no torna impune el acto del que desencadena el hecho lesivo, sin juicios hipotéticos posibles.

También toma este caso para desarrollar el análisis del autor mediato y ejecutor al mismo tiempo, en tanto eslabón intermedio siendo responsable de su tramo de la organización. Lo podría haber cometido otro, pero eligió cometerlo él. Esto demuestra que su voluntad es determinante desde el punto de vista objetivo.

Destaca la sentencia del Tribunal de Jerusalén, que estableció como argumento de compensación para la pérdida de dominio por lejanía con el hecho, el aumento de la responsabilidad al ascender en la estructura de poder.

Se alerta allí, que no es conveniente recurrir a los conceptos comunes de inductor y cómplice abriendo la puerta para

nuevos conceptos (legamente incorporados), o extensiones conceptuales del intérprete que resuelve el caso (claramente violatorias del principio de legalidad estricta).

Lo cierto es que su tesis es aun criticable respecto del *eslabón intermedio*, puesto que no es generador de la orden ni se reposa en su rol para asumir que será acatada la voluntad del de atrás, ni tampoco se ocupa de ejecutar de propia mano lo que se ordena. Es un simple retransmisor, que coordina que un dependiente de abajo cumpla la orden de arriba.

Si ese es su rol, lo que hace es comunicar una inducción de uno a otro que acata como inducido, y que no lo hace por temerle a su interlocutor sino al jefe máximo y real que se ubica arriba de todos. Su rol, entonces, no es de dominador de voluntades, ni ejecutor del hecho concreto, siendo imposible por ello decir que es autor.

Tan solo podría decirse que encausa los medios de los que dispone para la ejecución de un hecho a pedido de otro, algo así como participación necesaria en la preparación, que actúa como inducido a su vez del de arriba. Sería como un instrumento para la preparación o, mejor dicho, instrumento de una suerte de partícipe mediato que se ubica detrás.

Podría concluirse que su aporte no es determinante para la concreción final del hecho ordenado desde atrás suyo, y cabría concebirlo entre las previsiones del art. 46 CP (partícipe secundario), si se entiende que retransmitir la orden y poner los medios a disposición ubicándose más cerca del llano y del hecho es parte de la ejecución misma que comienza con su aporte no determinante. Lo cierto es que sea una u otra forma de participación, parece más endeble su rol que el de autor mediato por carecer de esa confianza en la maquinaria que no domina como realizadora automática de su voluntad.

Roxin toma aquella compensación de falta de proximidad con el hecho con mucha proximidad al dominio del aparato por ascender en la escala jerárquica, para intentar nuevamente diferenciarse estructuralmente de la inducción (pág. 274).

En la página siguiente, recuerda que la tesis no se apoya en la pluralidad de intervenientes pues exemplifica con una orden dada por el Führer a un comando por teléfono, interviniendo unas pocas personas. Esto es importante para recordar que no todos los miembros de la

estructura actúan, ni que ser miembro de la estructura es prueba de la calidad de engranaje para un determinado delito cometido, debe probarse la orden y el aporte en su ejecución, sin necesidad de gran cantidad de intervenientes (límite empírico).

Esto favorece la postura crítica, en cuanto a que de las palabras de Roxin se desprende que las órdenes son parte de la estructura y, por ende, deben ser probadas y el aporte concreto en la ejecución también, pues no imputa a todos los otros comandos la orden que ese comando recibió del Führer y decidió cumplir.

*No se trata de un delito de membresía o pertenencia como responsabilidad penal objetiva encubierta, donde todo se supone luego de probar el cargo detentado. Al menos, no debería tratarse de ello, siendo este otro punto fuerte de crítica a la par de la exigencia empírica de la fungibilidad en el caso puntual que ensaya Kai Ambos en su obra *¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el Derecho Penal Internacional?* (Ed. Universidad Externado de Colombia, octubre 2008).*

Allí, este otro profesor de fuste y prestigio internacional, que cuestiona la tesis de Roxin proponiendo como alternativa la Empresa Criminal Conjunta o la Responsabilidad del Superior, sostiene en la pág. 106/7:

Con ello, la fungibilidad –notablemente relativizada– se transforma en una exigencia de movilidad personal... una fungibilidad tan debilitada no puede servir más –o por lo menos por sí sola– para fundamentar el dominio del hecho del hombre de atrás que emite la orden. Por consiguiente, el criterio de la fungibilidad se muestra inidóneo ya desde el punto de vista empírico para explicar convincentemente el dominio por organización.

Citando el caso de Staschynski, Roxin reitera que no cambia la ecuación por la intervención de escasas personas, reiterando en la pág. 275: “Si uno fracasa, otro le va a suplir, y precisamente esta circunstancia convierte al respectivo ejecutor, sin perjuicio de su propio dominio de la acción, al mismo tiempo en instrumento del sujeto de atrás”.

Reitera el doble rol incompatible desde la norma vigente y el concepto dogmático de *instrumento libre* (contrasentido).

La defensa de la *autoría mediata de los eslabones intermedios* en la pág. 276 no lo lleva a negar la posibilidad de participación que reserva

para los que aconsejan, proyectan planes sin mando o aportan medios. Esos serían cómplices, los demás, desde que dominan sin terceros su porción del aparato, son gradualmente autores mediáticos. En las páginas anteriores ya hemos analizado este punto.

Más adelante, en la página siguiente, el profesor alemán recalca que todo el aparato debe ubicarse al *margen de la ley* (requisito 2), pues si se desarrolla en el marco del derecho las leyes pueden oficiar como válidos inhibidores de la voluntad que se pretende dominar desde el aparato.

Si este se aparta “per se” de la ley, ese bloqueo desaparece, pues el que integra la estructura ya suscribe una ilegalidad *ex ante*, para luego acatar órdenes puntuales en esa dirección sin chances de que la ley opere como bloqueador, lo que potenciaría y daría contenido al dominio de la voluntad del que se ubica en la cúpula.

Al respecto cabe recordar aquí la cita de Kai Ambos, en la obra citada, sostiene que ubicarse al margen de la legalidad puede bloquear el derecho positivo, pero no el *derecho natural* del que suele valerse el Derecho Penal Internacional al desvalorizar conductas de modo universal.

Así, un soldado puede negarse a matar por reconectarse con una norma de derecho natural no escrita y, por ende, no abordable por la ubicación marginal del aparato, de no matar a otro. Este inhibidor siempre puede estar presente, pues se ubica en la conciencia y moral subjetiva de las personas puntuales y, por ello, la supuesta garantía de que nadie bloqueará el acatamiento porque se derogaron las leyes formales, no es tal, ya que las no formales –pero universales– pueden entrar en escena eficazmente.

*Nuevamente, como se negara al hablar de los otros dos requisitos (el 3 de la fungibilidad y el 1 del automatismo), se niega el poder de este otro elemento (nro. 2, de marginalidad respecto de la ley), para configurar el dominio cupular.*

El autor destaca luego que si no desaparece el derecho, los hechos cometidos son iniciativas particulares y no se actúa con el aparato, sino contra él. En esos casos cada individuo debe ser enrolado como interviniente individual sin poder hablarse de sustituibilidad a voluntad (pág. 275). Asume que en estados totalitarios el derecho no desaparece, pero recuerda que son ellos los que pueden operar al margen de la ley desapareciendo las garantías.

El recurso al derecho natural universal para desvalorar conductas de los líderes, desde el llamado derecho penal internacional, se advierte en el último párrafo de pág. 275 (violación a derechos humanos), como réplica al accionar posible sin que desaparezca la vinculación jurídica. Es como decir que si se mantiene vinculación con el derecho positivo, de mínima se produce un apartamiento del derecho natural.

Lo mismo que afirma Kai Ambos, al criticar el requisito nro. 2, pues se cae la vinculación con el derecho positivo, pero se mantiene con el derecho natural que es violado por iniciativa del ejecutor que se conecta con él y lo transgrede.

Asistimos, por ende, a una nueva auto contradicción al reivindicar el derecho natural para hablar de sucesos de derecho

penal internacional, desvalorados de modo universal en todo lugar y tiempo bajo una supuesta costumbre internacional, para luego pasar a un derecho positivo estricto, afirmando que si el aparato bloquea dichas normas formales vigentes (leyes y garantías), no existirá ninguna otra inhibición normativa, desapareciendo drásticamente de escena aquel derecho natural afirmado al comienzo.

A nivel metodológico, en la pág. 279, confiesa el método inductivo con análisis desde el caso concreto como ya hemos visto, pero que alerta sobre estiramientos o innovaciones a los conceptos de autoría ya existentes como una posible violación al principio de legalidad o argumentación por vía de analogia perjudicial al imputado y vedada en derecho penal, so pretexto de modernizar las pautas convencionales por lo excepcional de estos hechos.

Para decir así, retoma Eichmann donde se dijo que los conceptos comunes no son idóneos, pero entonces si se dice desde allí, ¿Por qué no se reforma la ley previo análisis serio en lugar de mutarla en los hechos al juzgar nuevos casos?

Roxin avisa que no es una tesis AD HOC o un “Derecho de excepción”, pero tantas referencias a la excepcionalidad y el modo de construir de manera idealista y ficcional herramientas con tantas grietas por la insuficiencia de la legislación vigente, termina demostrando que sí se trata de lo que pretende negar antes de oír la crítica. Anticipa la crítica, porque sabe que su labor es merecedora de ella.

Se sobreestima el rol de la dogmática en la canalización de un caso y sus matices, puesto que acaba siendo una tarea legislativa encubierta, desde que, como veremos de seguido y entendiera la Corte en su olvidado fallo en la causa 13, este postulado teórico no tiene recepción en el art. 45 del Código Penal.

#### **IV. El rechazo de la Autoría Mediata por aparatos de poder en la causa 13/85 conocida como Juicio a las Juntas Militares**

Efectuaremos aquí 4 extracciones del prolongado texto judicial con su correspondiente reflexión, a fin de recordar algunas cosas que la mayoría de la jurisprudencia actual parece olvidar. A saber:

**1) Sobre la ausencia de recepción legal (por no receptarse en CJM ni el 45 CP)** dice la Corte:

Debieron tenerse en cuenta las reglas de participación que fija el art. 45 del CP para el juzgamiento de los hechos ilícitos ajenos a la función castrense [...] Lo expuesto permite afirmar que aquella inteligencia realizada por el a quo -aplicando forzada y analógicamente el art. 514 y declarando a los acusados autores mediatos de esos delitos- ha configurado una interpretación extensiva efectuada en perjuicio de los encartados, y les ha atribuido un grado de participación más pleno agravando su situación, lo que está vedado por el principio constitucional de legalidad del régimen penal (Pág. 1699).

Aún con una misma escala penal, en las previsiones de los arts. 40 y 41 del C.P, el rol de autor, por el dominio del hecho que supone, implica una mayor injerencia fáctica y presume mayor gravedad mereciendo, en la determinación de la pena, mayor severidad respecto de la participación o instigación (incluso en las que se dan con mayor complejidad por valerse de estructuras de poder).

Claramente, la Corte atribuye a la Cámara Federal forzar la norma y la interpretación para llegar a una autoría mediata por vía analógica y violatoria del principio de legalidad. Ampliaremos esto al hablar de la falta de recepción de esta forma de imputación tan particular en nuestra ley penal. El mencionado principio, basal en un derecho penal liberal, también debe respetarse en la parte general del código sustantivo.

**2) Sobre la incompatibilidad de la A.M. con la prueba y el modo de ejecución anárquico** (lo que argumentó el suscripto sobre el dolo propio del ejecutor que aprovecha ese contexto) dice la Corte:

No debe olvidarse que el hecho ha sido fijado por la sentencia como que los cuadros inferiores tenían amplia libertad para determinar la suerte del aprehendido que podía ser liberado, sometido a proceso civil o militar o eliminado físicamente con lo cual no se admite el grado de sometimiento a que estarían sujetos los ejecutores y que supone el criterio del aparato de poder de Roxin (pág. 1704 vta./5).

La Corte afirma esto pues entiende que autor es el que realiza la conducta típica desde la teoría formal objetiva imperante en la época, relativizando los méritos de la teoría del dominio del hecho. Por ende el respaldo intelectual y material es participación necesaria y no autoría mediata. Podríamos igualmente preguntar esta interpretación hoy superada, extendiendo

la benignidad a la interpretación jurisprudencial por razones de seguridad jurídica, máxime cuando son hechos concomitantes que el Estado decide juzgar con 30 años de diferencia pero respecto de la misma persona.

Esta argumentación resulta viable para una estrategia defensista de imputados ubicados en una posición cupular.

Lo concreto es que aquella libertad del cuadro inferior que tiene por probada la Corte (en detrimento de defensas a efectuar respecto de imputados ubicados en el llano de la estructura y más cercanos a la ejecución), permitiría echar por tierra, o debilitar, la teorización en punto a un autor mediato que domina voluntades con su orden, mejorando defensas posibles de imputados ubicados en posiciones directrices (intermedios, vgr. comandantes de zona o cupulares).

**3) Encuadre como participación necesaria sin previsibilidad de excesos salvo los robos que imputa también por esa vía de atribuibilidad.** Así:

Los Dres. BELLUSCIO Y SEVERO CABALLERO dijeron:

28) Cabe concluir en que el emitir los procesados las órdenes verbales secretas e ilegales para combatir el fenómeno terrorista, como así también al proporcionar a sus ejecutores directos los medios necesarios para cumplirlas, asegurándoles que luego de cometidos los delitos no serían perseguidos ni deberían responder por ellos, garantizando su impunidad, han realizado una cooperación necesaria consistente en la contribución acordada con otros partícipes para la comisión del hecho; es decir, que en iter criminis, su actividad coadyuvó a la realización del delito, bien entendido que la circunstancia de que la responsabilidad penal de estos partícipes primarios sea igual a la del autor, no significa que la estructura de su conducta sea la misma, porque en todo caso ésta es ajena a la realización de la acción típica como ejecución. Por lo que corresponde modificar la calificación efectuada. (considerando 28) pág. 1708.

Se aprecia una mixtura entre ordenar y proveer logística pretípicamente, tomando la orden no como instigación, sino como cooperación intelectual. La Corte también negaba ver todo tipo de AM en la parte final del 45 porque eso es un supuesto de instigación:

29) Que lo antedicho también resulta aplicable a los delitos de robo investigados, toda vez que puede atribuirse a los procesados órdenes e instrucciones y cooperación material y moral con relevancia causal en la realización de los delitos privativos de la libertad como así también la ejecución de las acciones extratípicas, pero encaminadas por el auxilio y ayuda, a la comisión de tales hechos ilícitos ejecutados por sus autores materiales. En base a ello, los acusados deben responder como partícipes necesarios, pues no se percibe exceso de los ejecutores en los medios ni aún en los fines, sino que *la plataforma fáctica que el a quo dio por probada, revela que las órdenes contenían la facultad de apoderarse ilegítimamente de cosas muebles ajenas, como se infiere de que parte de los efectos sustraídos se encontraran, muchas veces, en los lugares de la primera detención y no en poder de sus autores materiales*. Ello es así, porque si bien el art. 47 del Código Penal decide las consecuencias de otro hecho cometido por el partícipe desde la culpabilidad, lo hace a partir de las circunstancias particulares de la causa que han sido apreciadas por la sentencia (pág. 1798/9). Acá la Corte admite el dolo eventual para los robos nada más

por darse en la escena de primera detención. No incluyó allí algo tan subjetivamente escindido de la idea de un operativo por razones militares, como violar a las mujeres o robar sus hijos. Es un problema de imprevisión producto de la clara ajenidad a la función operativa recomendada en el marco de la alegada lucha anti-subversiva que no es representada, ni siquiera remotamente, y solo se explica a propia cuenta del ejecutor.

A su turno el Dr. FAYT manifestó:

23) Que las razones desarrolladas conducen en el caso, a las mismas conclusiones a que se arriba en los restantes votos emitidos en la causa -por los anteriores que se acaban de leer-. Esto evidencia que, más allá de las divergencias doctrinarias y de los debates académicos en torno al tema de la autoría, puede emitirse este pronunciamiento de modo unánime en su parte dispositiva (pág. 1784).

Más adelante carga sobre la cúpula como anticipando lo que luego se conoció como Obediencia Debida y Punto Final, pero aclarando que ello no abarca hechos a propia iniciativa como los mencionados más arriba a modo de ejemplo.

Fayt expresó en el considerando 24:

El desmedido poder de hecho [...] alcanzado por los acusados, pudo mover a sus subordinados a una obediencia cuyos límites eran difíciles de precisar [...] y que en la medida que aleja responsabilidades respecto de quienes cumplieron órdenes -sin agregarles en su cumplimiento, por propia iniciativa, hechos aberrantes, ni cometer en provecho propio delitos comunes- hacen más serio el cargo que cabe efectuar a [...] los mandos (pág. 1785)

Destaca menor responsabilidad del que cumple sin aditamentos a propio dolo reconociendo que esto también ocurrió y así se explica un delito tan particular como el tomado a modo de ejemplo (sustracción de menores).

#### **4) Teoría del feudo que debilita el rol omnipresente y omnipotente de la cúpula por autoría mediata:**

El propio Dr. FAYT sostuvo también la *teoría del feudo* de cada comando de zona y de cada fuerza, con independencia de fuerzas y la necesidad de pedir permiso al comando para operar en su zona.

Esto resulta funcional a la defensa de eslabones directrices y disfuncional a la defensa de eslabones inferiores por el ámbito de auto-determinación que en ellos supone, quedando en cada caso particular de cada una de las de-

fensas que toquen ser ejercidas, la decisión de acatar o excepcionar lo afirmado por el más alto Tribunal en el emblemático precedente.

Así expone:

En la ejecución de esta táctica, cada Fuerza actuó en su jurisdicción independientemente de las otras, *produciéndose una verdadera feudalización de zonas* a tal punto que para que una fuerza extraña pudiera operar en zona, debía solicitar autorización al Comando que ejercía el control sobre ella... (pág. 1774).

Para cerrar, y no dejar dudas en cuanto a que el máximo tribunal del país rechazó esta tesis que ahora aplican muchos tribunales sin leal acatamiento alguno, haremos una cita del profesor Zaffaroni, emérito penalista y ministro de la Corte actual, en la que cuestiona las ventajas de esta teoría.

En el capítulo de su tratado (*Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ediar, 2da. Edición, junto a ALEJANDRO ALAGIA y ALEJANDRO SLOKAR, pág. 779/80), sobre formas de autoría se lee: "No obstante se ha planteado una hipótesis de autoría en supuestos donde el determinado es autor del mismo delito, tesis aceptada en general por varios autores y aplicada en la jurisprudencia nacional en la sentencia que condenó a los miembros de las juntas militares durante la dictadura de 1976-1983, *que finalmente no receptó la CSJN*" (el subrayado nos pertenece).

Ello se integra con la nota al pie nro. 68 de esa página 780 citada en la que se lee "Texto completo de la sentencia, dictada el 9 de diciembre de 1985 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, T. II, 1987, p. 790 y ss. Fallos 309:1689 y ss., *donde prevalece la tesis de la participación necesaria*" (el subrayado nos pertenece).

Además de ello, el profesor argentino nos regala esta reflexión:

En rigor, no se observan las ventajas de esta *complacida construcción*, entre otras cosas porque es una cuestión de hecho, en cuyo caso no cabría descartar la coautoría o la participación necesaria. La fungibilidad de los ejecutores no indica nunca que su aporte no sea necesario, incluso sin apelar a esta tesis. Además, es menester evitar el riesgo de devaluar la intervención de los ejecutores y facilitar ciertas soluciones políticas poco deseables (el destacado nos pertenece).

En sintonía con la crítica empírica de Kai Ambos, Zaffaroni establece que se trata de una cuestión de hecho, por lo que entendemos que

el dominio alegado de voluntades ajenas, debe ser probado en concreto en cada causa en la que se invoque, evitando caer en la tentación de acopiar fragmentos de otras sentencias y teorizaciones criticables en sí mismas.

Resulta claro, para cerrar este acápite, que la tesis roxianna carece de acogida favorable en el único pronunciamiento en la historia judicial argentina en que la Corte se expresó sobre el tema.

Muchos son los tribunales federales que en materia de prescripción contestan los agravios homenajeando la autoridad de la Corte (*in re "Simon"*), pero en este punto, a la hora de enfrentar los problemas probatorios y dogmáticos para sostener la imputación y responsabilidad, olvidan la decisión del más alto tribunal, casi como si la causa 13 la hubiera resuelto únicamente la Cámara Federal, pues realzan que ese tribunal acogió esa formulación teórica, sin nada que decir sobre la mutación que en esa emblemática causa efectuó la Corte Suprema de Justicia de la Nación hacia una participación necesaria.

La Corte no receptó ese postulado considerando que no ingresaba en las previsiones el art. 45 del C.P.

Parecería que invocando solo a la Cámara Federal, el fallo de la Corte desaparece de la realidad. Al respecto cabe preguntarse una vez más, ¿qué queda aquí de la doctrina del leal acatamiento a los fallos de la Corte? Se ignora como en materia de incorporación de prueba por lectura, por ejemplo, donde se relajan totalmente las exigencias probatorias, pero se realza en materia de prescripción y cosa juzgada. Un ir y venir constante en la medida en que sea funcional o conveniente a la decisión del caso que se quiera adoptar. Y desde la defensa nos encargamos de hacerlo notar.

#### **V. Falta de previsión legal de la Autoría Mediata por dominio de aparatos de poder en el derecho argentino**

Corresponde ahora analizar si la A.M.A.O.P. tiene recepción legislativa en nuestro ordenamiento, puesto que una interpretación extensiva de la autoría por fuera de la ley derivaría en la afectación *al principio de legalidad estricta* y taxativa propia de un derecho penal liberal, que también puede resultar violado en la parte general.

Llamar autoría a lo que no lo es o al menos a lo que no tiene previsión parlamentaria, termina siendo un caso de analogía *"in malam partem"*, pues se erige en una interpretación por vía de asimilación para *extender al ámbito de imputación de un hecho bajo el rótulo más severo de todos y que supone la mayor reprochabilidad y punición: el de autor.*

Lo primero que cabe decir es que el art. 45 no contempla solo casos de autoría directa, sino también mediata a partir de asumir lo que teorías clásicas apoyadas en la realización personal del verbo típico no podían explicar. Así es que nuestro CP admite la imputación con la pena del autor *asimilándolo a título de autor a quienes "hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo"*.

Si bien el legislador asimila a la pena de autor al determinador y no lo llama autor, lo que nos remitiría a pensar que se está refiriendo al instigador, lo cierto es que se ha aceptado que esa fórmula dota de receptividad a la autoría mediata convencional en la que existe un determinador y un determinado (aquel punible y éste no).

Podría entonces hallarse allí una cláusula general que suponga la instigación si el determinado conserva para sí el dominio del hecho con la introducción del dolo por parte del determinador como forma de participación criminal, o bien la autoría mediata donde el verdadero conductor y dominador del suceso es el determinador, relegando al determinado a la calidad de medio o *instrumento*.

Vemos entonces que la norma prevé la *interacción de dos sujetos particulares*, uno con ascendencia sobre el otro, definiendo la asignación del rol de instigador o autor mediato según quien asuma las riendas del curso causal.

*Lo que la norma no supone, y con esto ya adelantamos posición, es la determinación sin un “otro” interactuando o con otro relegado a la categoría de ente despersonalizado, anulado en su subjetividad o asimilado a la calidad de engranaje.*

*Y mucho menos admite que esa determinación no sea “directa”, lo que ratifica la idea de la interacción de voluntades humanas sin un aparato en medio despersonalizando esa tarea de convencimiento.*

Claramente el legislador no pensó en una *determinación impersonal de voluntades* cuando introdujo esta fórmula, sino que lo hizo previendo una relación persona- persona por ello es que la fórmula sirve tanto para instigación como para autoría mediata, definiéndose el caso según cuestiones de hecho y prueba de cada supuesto concreto.

Solo admite “determinar directamente a otro”. Y esto no puede ser despreciado como argumento ya que es una fórmula propia de la versión actual del código, no registrada en sus antecedentes y proyectos lo que claramente lo coloca en un lugar de importancia como mensaje legislativo.

Para ser autor debe tenerse *dominio del hecho* y si el mismo no es físico (autor directo), debe ser de una *voluntad ajena de manera directa e interpersonal* (autor mediato) que lo trans-

forme verdaderamente en un mero instrumento.

Cualquier *lejanía al hecho y a la voluntad humana* supone una doble relativización de la idea del dominio del hecho y *deteriora el concepto de autor mediato*. Por ello es que la norma se expresa así y así exige.

Dando contenido a lo antedicho, se destacan los siguientes antecedentes legislativos, que pueden apreciarse en la obra “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, dir. Baigún/Zaffaroni, Ed. Hammurabi, 2da. Edición, Tomo 2 A, pags. 247/67). A saber:

1º) *Proyecto Tejedor. Art. 31 inc. 3, “todos los que con intención criminal determinan a otros a cometer el crimen o delito”*

2º) *Código de 1886. Art. 21 inc. 3, “el que con voluntad criminal, determina al autor material a ejecutar el hecho”*

3º) *Proyecto de 1891. Art. 69, inc. 3, “los que instigan y determinan a otros a cometerlo”*

4º) *Proyecto de 1906. Art. 48, inc. 3, “los que determinaren a otros a cometerlo”*

Vemos entonces que la determinación de otro sujeto estuvo siempre, pero que la versión actual ha incorporado la idea de una *determinación DIRECTA*, cosa no apreciada en los 4 precedentes parlamentarios invocados. Ello no puede ser una cuestión meramente azarosa o gramatical, sino que nos está representando una idea de potenciación de la idea de dominio de voluntad ajena, para acercarse más al dominio real del hecho que desde lo físico o causal tuvo históricamente el autor directo.

Es claro que no se está pensando en un aparato que despersonalice a sus miembros como un conjunto de voluntades sin identidad, puesto que de ser así, la existencia del “otro” y encima directamente determinado, no tendría sentido y en su lugar *deberían existir pautas o definiciones que remitan a la existencia de maquinarias, organizaciones o aparatos de poder que suplan la interacción humana* tal como era conocida hasta entonces.

Pero además, hay que decir que justamente el legislador pena como autor al que instiga o mediatisa y al que ejecuta libremente, es decir hombre de atrás y de adelante respectivamente, pero que en modo alguno autoriza a la *doble imputación* bajo ese mismo escenario. Esta particularidad de ser instrumento pero conservando libertad decisora a la manera de Roxin,

exige, por su sello distintivo, una *previsión legal mucho más específica que la existente*.

*Por ello decimos que el art. 45 es insuficiente para admitir la autoría mediata por dominio de un aparato organizado de poder (AMAOP).*

ZAFFARONI desarrolla los tipos de autoría y su recepción en el art. 45 del CP y así es que dice que “autor mediato es quien se vale de quien actúa atípica o justificadamente y su fundamento también se halla en la figura del determinador, pues el autor mantiene el dominio del hecho en el modo de dominio de la voluntad” (ob. cit. pág. 778).

Evidentemente para el autor argentino el autor mediato supone la no punición del ejecutor, y mutar hacia un hecho donde se consagre su responsabilidad, desnaturaliza el concepto de medio o instrumento inherente a la autoría mediata por definición. Por un lado, en la obra citada, sostiene que “si la determinación tiene tal intensidad que el determinado carece del dominio del hecho sólo el determinador será autor. Cuando la determinación no tenga tal intensidad el agente será instigador y el instigado será autor”.

Es claro entonces que si se determina de tal modo que se asume el dominio, se desplaza la autoría del ejecutor, y si se lo hace en menor intensidad se limitará al rol de instigador quedando la autoría para el que ejecuta y domina el curso causal.

De seguido, hablando del caso de ejecutor inculpable y su incapacidad de integrar un caso de autoría mediata señala “cuando el determinado no realiza conducta o realiza una conducta atípica o justificada el determinador es autor, pero por regla general cuando el determinado comete el injusto querido por el determinador éste es instigador aunque el determinado actúe inculpablemente” (ob. cit. pág. 779).

Concluimos entonces que el análisis dogmático del art. 45 nos conduce a afirmar que no se encuentra en condiciones de receptar esta especial forma de autoría de dominio duplicado del hecho, sin caer en la coautoría funcional.

Podrán replicar que el aparato de poder al margen de la ley es la carta motivacional al remover cualquier inhibidor por parte del derecho positivo, pero estarán olvidando que existirá un derecho natural capaz de oficiar del mismo modo inhibidor que los propios defensores de un derecho penal internacional, reivindican al hablar de valores universales que commueven a toda la humanidad, incluso a pesar de que determinados estados no integran las convenciones internacionales (*iusnaturalismo selectivamente admitido*).

## **VI. Conclusión**

En el presente trabajo se ha intentado presentar los problemas con los cuales pueden toparse quienes asuman la defensa en procesos judiciales por delitos de lesa humanidad, en lo atinente al modo de atribuir los sucesos a los imputados puntuales.

Se ha pasado revista por los distintos escenarios posibles, sea que se represente a un imputado inserto en posiciones cu-

pulares de la estructura militar de la época, sea que se ubique como eslabón intermedio, o en el llano en una faz ejecutiva.

Dado que prolifera la invocación de la tesis ensayada por Claus Roxin en materia de dominio del hecho por dominio subjetivo de un aparato organizado de poder como un nuevo supuesto de autoría mediata, hemos analizado dogmáticamente dicha tesis presentando sus falencias como estrategia de litigio o alegación posible.

Cerrando el abordaje, que pretendió ser integral, hemos repasado su falta de receptividad jurisdiccional y su incompatibilidad con el

art. 45 del C.P., como un nuevo argumento de descarte de la tesis desde el respeto por el principio de legalidad.

El concepto del trabajo es asumir el uso o invocación casi automatizada de estos marcos teóricos, para suplir falencias probatorias, y desde allí posicionar mejor una estrategia de defensa.

Si a las críticas fácticas o empíricas, se suman críticas desde el punto de vista de la logitud o estructura dogmática del postulado y su incompatibilidad con jurisprudencia (nacional e internacional) y ley vigente, creemos que las herramientas de discusión serán más completas en el ejercicio de la defensa técnica.

Expediente Letra “M”, N° 73, Libro XLVII, Año 2011, caratulado  
“Recurso de hecho deducido por el Defensor Oficial de A. M. d. S. en los autos M. d. S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos”

**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, 1º piso (contrafrente), Capital Federal, vengo a contestar la vista conferida a fs. 62.

**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 de la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 24.946) respecto del menor A.M.d.S., nacido el día 30 de enero de 2003 (cf. certificado de nacimiento obrante a fs. 7).

**II.** En tal carácter, paso a expedirme con relación a la queja interpuesta por el Sr. Defensor Oficial (v. 54/58 vta.), con motivo de la denegación del recurso extraordinario federal (v. fs. 383/386), oportunamente planteado a fs. 338/360 contra la sentencia dictada el 31 de agosto de 2010 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Entre Ríos (v. fs. 318/330).

Por medio del pronunciamiento, el Tribunal resolvió casar la sentencia impugnada porque resulta violatoria de los arts. 31, 311, 315, 317, 59, 491/494 del C.C. y art. 2.1 y ccds. de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y dejó sin efecto la adopción *post mórtем* que el fallo disponía y la declaratoria de herederos dictada en consecuencia.

**III.** En cuanto a su procedencia formal, cabe puntualizar que la presentación directa que se intenta tiene como presupuesto básico la resolución atacada, la que dice textualmente:

///CUERDO En la ciudad de Paraná, capital de la provincia de Entre Ríos, a los diecisiete días del mes de diciembre del año dos mil diez [...] no existe en estas actuaciones cuestión federal que habilite la instancia extraordinaria, habida cuenta que la decisión de esta Sala se basó en la aplicación e interpretación de normas de derecho común, irrevisables en la instancia extraordinaria que se intenta, lo cual de igual modo obsta a la admisibilidad de la impugnación que se plantea. De esta manera, son cuestiones que revisten carácter federal, “...las que versan sobre la interpretación de normas federales o de actos federales de autoridades de la Nación o acerca de los conflictos entre la Constitución Nacional y otras normas o actos de autoridades nacionales o locales [...]” supuestos éstos ajenos al caso de autos. Por los fundamentos del acuerdo que antecede, se RESUELVE: DENEGAR el recurso extraordinario federal deducido... En primer lugar, desde ya anticipo que no comparto los ar-

gumentos esgrimidos por el Tribunal Superior de la causa en su juicio de admisibilidad, al decidir denegar el recurso federal interpuesto, en tanto *la existencia de una cuestión federal y constitucional, resulta ser –en mi opinión– la base del recurso extraordinario deducido, en orden a que se halla 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 se fundaran en ellas (cf. art. 14, inc. 3º, de la ley 48; Fallos: 323:3804; 324:1648, 2193, entre otros).*

Ello es así en tanto resulta notorio que la decisión que se impugna por vía extraordinaria efectuó una errada interpretación del interés superior en juego y, como lo sostuvo esa Corte: “es admisible el recurso extraordinario si las cuestiones propuestas importan dilucidar el alcance de una norma de naturaleza federal, como es la contenida de modo genérico en el art. 3.1 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, y la sentencia apelada es contraria al derecho que los recurrentes fundan en ella” (Fallos: 330:642, en igual sentido, Fallos: 328: 4343).

Al tratarse de la vida de una persona menor, la utilización ciega de la letra de la ley, huérfana de otra compañía que avale la prudencia de la decisión en función de lo más conveniente para ese pequeño en particular, tiñe la actuación jurisdiccional de arbitrariedad, pues es claro que los textos positivos deben contrastarse con los antecedentes de hecho, máxime en asuntos en los que el interés del niño –de rango superior– opera categóricamente en un papel integrador que llena los eventuales vacíos de la ley y predomina sobre los preceptos cuya implementación se revele contraria a los derechos de aquél (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema. Fallos: 331:941).

En el *sub lite*, el Defensor de Menores –que me precedió con su actuación– solicitó el dictado de *una medida cautelar* (v. fs. 57vta./58vta.), que justamente tiene por objeto que se disponga cautelarmente la suspensión de la resolución que se cuestiona, por ser manifestamente arbitraria. Justificó el peligro en la demora en la probabilidad de que se afecte el patrimonio del niño, dado que en base a lo decidido se modificó también su declaración como heredero de su madre adoptiva.

En ese entendimiento, conviene recordar que si bien es cierto que la interposición del

recurso de queja carece de efecto suspensivo, hay que destacar que, sin embargo, esa Corte frente a circunstancias excepcionales (Fallos: 193:138; 236:670; 247:460; 294:327; 316:363, *Expte. F. 929. XLI; RHE Fanelli, Fabián c/ Luvecó, Alejandro, sta. del 29/04/2008* y Fallos: 330: 4364), dispuso en algunas oportunidades hacer una excepción al principio enunciado antes y, en consecuencia, ordenó la suspensión del trámite seguido ante los jueces de la causa.

Sobre esa base, debo señalar que, en este caso, existe cuestión federal de significativa trascendencia al hallarse en tela de juicio la interpretación de las normas de un tratado internacional con jerarquía constitucional y su directa incidencia sobre la aplicación de normas de derecho de familia, que han de ser entendidas siempre a la luz de los principios y disposiciones de aquellos tratados (Fallos: 323:91), y la cuestión de fondo que aquí se debate tiene suma incidencia en la vida, en la identidad y en el derecho a la propiedad del menor, y cualquier decisión que se adopte tendiente a ejecutar la decisión que aquí se cuestiona, sin duda, puede perjudicarlo de modo irreversible.

En consecuencia, se encuentran involucradas las siguientes cuestiones federales: 1) la aplicación e interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en tanto se puso en tela de juicio el alcance del interés superior del niño y de su derecho a la identidad; 2) el valor y la posibilidad de revisión de la cosa juzgada; 3) el derecho a la propiedad; y 4) arbitrariedad por fundamentación aparente y auto contradicción; y ya que las garantías vulneradas guardan relación directa e inmediata con lo resuelto (conf. art. 15 de la ley 48); corresponde a V.E., en su rol de intérprete, efectuar el adecuado control de constitucionalidad y convencionalidad a la luz de las circunstancias fácticas que rodean a la causa y al interés superior en juego.

Por lo expuesto, solicito a V.E. que decrete la admisibilidad de la presentación directa incoada, con efecto suspensivo.

**IV.** A fin de poder expedirme sobre el fondo de la cuestión, me permito hacer una síntesis de los hechos en que se funda la presente acción.

A fs. 7/20 vta. se presentaron los letrados apoderados de R. M. del S. y M. S. E. de M. del S. con el objeto de promover acción autónoma de nulidad contra la sentencia dictada por el Sr.

Juez de Familia, Civil y Penal de Menores de fecha 14 de junio de 2006, en los autos caratulados “S., A. J. R. s/ adopción” y demanda de impugnación de declaratoria de herederos dictada en los autos “M. del S.; M. I. s/ sucesoria *ab intestato*”.

Como antecedentes, refirieron que la Sra. Defensora de Pobres y Menores, con fecha 4 de mayo de 2006, inició una medida autosatisfactiva con el objeto de que se declare que el menor A. J. R. S. es hijo adoptivo de la Sra. M. I. M. del S., quien si bien había fallecido el día 16 de abril de 2006, en vida era su guardadora preadoptiva. La medida fue concedida, y se declaró la adopción plena del niño a favor de la Sra. M. I. M. del S. y, en consecuencia, se modificó el nombre de pila del menor y su apellido por el de A. M. del. S. Asimismo, se le designó a aquel una tutora *ad litem*.

Explicaron la procedencia de la vía intentada manifestando que la sentencia que se ataca adolece de graves irregularidades por apartarse de las normas legales de orden público. Justificaron su legitimación en el interés que poseen, ya que son herederos legítimos de la causante M. I. M. del. S., y serían desplazados si se mantiene la adopción plena del menor A.J.R.S., establecida por la sentencia inválida y nula que impugnaron.

Luego agregaron que el Ministerio Pupilar no estaba habilitado para promover la acción porque violenta el art. 311 del C.C., y señalan que su representación es promiscua y no es parte, sino que su deber es coadyuvar.

Desde otra óptica afirmaron, que el trámite de la medida autosatisfactiva no era el correcto para el juicio de adopción, y argumentaron que la guarda preadoptiva se extinguió con la muerte de la guardadora.

Analizaron la interpretación que hizo el juez que dictó la medida autosatisfactiva del art. 324 C.C.

Asimismo, solicitaron la anulación de la declaratoria de herederos en tanto, sobre la base de la medida autosatisfactiva que critican, se otorgó la calidad de heredero al menor.

A fs. 38/53 contestó demanda la tutora legal del niño, Sra. M. E. M. del S., hija de los actores, y solicitó el rechazo de la acción intentada por entender que no estaban dados los presupuestos legales que habilitaran la vía entablada. Asimismo, opuso excepción de falta de legitimación activa.

A fs. 123/140 vta. obra la sentencia de grado que, en cuanto aquí interesa, rechazó íntegramente la demanda promovida.

Dicho decisorio fue recurrido por la parte actora (v. fs. 143, 154/172 vta.).

A fs. 209/221vta. obra la sentencia dictada por la Excma. Cámara de Apelaciones, Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú, provincia de Entre Ríos, que decidió rechazar el recurso de apelación interpuesto por los actores y, en consecuencia, confirmó la sentencia de grado.

Los actores interpusieron recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley contra ese pronunciamiento (v. fs. 232/255).

A fs. 318/330 la Sala Civil y Comercial del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Entre Ríos dictó sentencia y resol-

vió declarar procedente el recurso de inaplicabilidad de ley y casar la sentencia impugnada por resultar, entre otras cosas, violatoria de los arts. 31, 311, 315, 317, 59, 491/494 y ccds. del C.C. y art. 2.1 y ccds. de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, dejando sin efecto la adopción post mórtum que el fallo dispuso y, como efecto directo y necesario, la declaratoria de herederos dictada en su consecuencia, debiendo proseguir las actuaciones según su estado y conforme al debido trámite de ley.

Dicho decisorio fue recurrido por la vía del recurso extraordinario federal por el Defensor General de la provincia de Entre Ríos (v. fs. 338/360vta.), el que al ser denegado a fs. 383/386, motivó la presente queja.

**V.** En base a tal plataforma fáctica, procedo a expedirme sobre la cuestión de fondo y, específicamente, sobre los agravios que ocasiona a mi defendido el decisorio del superior tribunal de la causa.

**V. a) Agravios.** Le causa gravamen centralmente que el Excmo. Tribunal Superior de la provincia de Entre Ríos afirmó:

No vamos a explayarnos en el subexámine en particular acerca de la viabilidad formal de la acción autónoma de nulidad en nuestro sistema jurídico procesal no obstante su no regulación expresa [...] ni una cosa juzgada con toques de divinidad, de carácter infalible e indiscutible, ni una posibilidad total de revisión, sin límites de tiempo y de motivos [...]. Sentado ello, se impone pues definir si durante el proceso de adopción de que se trata se configuraron tales vicios y si la sentencia dictada como culminación de él consolida las infracciones legales denunciadas [v. fs. 321vta./322]. [...] decimos que el Ministerio Pupilar no tiene *legitimación adoptiva*, no estando habilitado válidamente a promover el proceso de adopción por cuanto ésta le fue conferida por la ley exclusiva y excluyentemente al pretenso adoptante (art. 311), siendo esta facultad indelegable e insustituible, ya que, como adelantáramos, sin adoptante no hay adopción. Esta no es una postura formal ni rigurosa. En principio la ausencia del pretenso adoptante único torna inviable el objeto y razón de ser de la adopción misma, salvo excepcionalísimos y singulares supuestos que no se configuran en el presente. [...] Su intervención promiscua –como acertadamente invocara el Defensor interviniente al iniciar la petición adoptiva [...]– no le

confiere, en modo alguno, *legitimación adoptiva*. [...] cuadra en este estadio destacar que el “vitio juris” señalado –falta de legitimación adoptiva– que por su gravedad extrema y carácter esencial no puede ser subsanado, resulta ser dirimente y suficiente para declarar la procedencia del recurso [...], conclusión que me exime de dar tratamiento a los agravios que versan sobre otros vicios e irregularidades [...] no se aprecia en el subjúdice razonable pretender que se ha atendido en el fallo controvertido al *mejor interés del menor* en las condiciones concretas y comprobadas de la causa [v. fs. 325 vta. /326 vta.]. [...] el irregular otorgamiento de la adopción de A. a la causante debió valorar no lo hizo, en cuanto refiere al tópico puntual bajo análisis –mejor interés del niño–, todos los aspectos de los efectos jurídicos de la decisión y si la preservación de sus derechos fundamentales como lo es el emplazamiento en el seno de una familia, se cumplimenta en el caso concreto adecuadamente e identifica con el objetivo de sumar a favor de su crecimiento, desarrollo y felicidad; aspectos estos cuya relevancia fundamental en la vida del niño no se satisfacen con el pronunciamiento en crisis. Resulta manifiestamente paradojal, incongruente y contrario a la finalidad del instituto, la solución dada al caso en cuanto en la lógica estructura sentencial, del acto constitutivo de la filiación –sentencia judicial que otorga la adopción a instancia del Ministerio Público– implica *simultáneamente* la puesta del menor en situación de desamparo y en estado de adoptabilidad, en tanto el régimen legal regulatorio de la adopción específicamente prevé como respuesta idónea para el supuesto de su extinción –en el caso, por orfandad, por muerte de la única adoptante– la adopción sucesiva, o sea, el otorgamiento de una segunda adopción (art. 312, 1er. párr. in fine, del Código Civil), no siguiendo en lo puntual los lineamientos del Código Civil para el caso de la filiación biológica que prevé y regula el instituto de la *tutela* –legal, dativa o testamentaria (arts. 377, 383, 389, 392 y ccds). Situación, la anteriormente descripta, que patentiza la distorsión hermenéutica incurrida en la respuesta jurisdiccional impugnada y su incompatibilidad marcada con el espíritu del régimen legal vigente en la materia. [...] no podemos dejar de mencionar que en modo alguno puede asimilarse este caso a la situación expresamente prevista en el art. 324 del Código Civil, que contempla el supuesto –en la adopción simultánea, matrimonial– de la muerte de uno de los cónyuges con anterioridad al cumplimiento del plazo legal de guarda pudiendo otorgarse la adopción al viudo o viuda y el

hijo adoptivo lo será del matrimonio, en tanto en él, precisamente a diferencia del subexáminte, la finalidad esencial del instituto quedará intacta. Habrá un vínculo filial que se desarrollará a partir de una interdinámica relación afectiva de continuo cuidado, protección y amparo del menor por parte del cónyuge supérstite y un concreto ejercicio de su patria potestad con la necesaria integración familiar que orienta el instituto, extremos todos estos ausentes en este caso. [...] concluimos entonces finalmente [...] que la sentencia impugnada ha incurrido en vicios legales insalvables como los señalados, e infringido principios de orden público familiar al otorgar una adopción sin el presupuesto necesario e ineludible para su constitución y resultar incompatible con las constancias probadas del caso. En orden a ello, corresponde admitir el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto y en consecuencia CASAR la sentencia impugnada por resultar, entre otros, violatoria de los arts. 31, 311, 315, 317, 59, 491/494 y ccds. del Código Civil, y art. 2.1 y ccds. de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, dejándose sin efecto la adopción post mórtum que el fallo dispone y, como efecto necesario y directo, la declaratoria de herederos dictada en su consecuencia..." (v. fs. 327/328).

**V. b) Improcedencia de la acción autónoma de nulidad de la cosa juzgada revocada.** En primer lugar, es dable recordar, que la acción autónoma de nulidad ha sido pretorianamente admitida (cf. Fallos: 233:17; 254:320; 275:389; 283:66; 279:59, entre otros) para obtener la declaración judicial de invalidez de una sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada (formal o material).

Así, la acción de nulidad pone en *jaque* el proceso íntegro y puede ser ejercida por quien, considerándose parte efectiva de la relación procesal y afectado por la sentencia, no tuvo oportunidad de apersonarse al juicio y ejercer oportunamente su derecho de defensa y, de esta forma, encuentra la oportunidad para reparar el vicio (cf. Giordano, Aldo Luis, "Los límites de la acción de nulidad de la cosa juzgada irrita", El Derecho 185:877).

*Cabe destacar, ab initio, que en modo alguno en el supuesto de autos se dan estos presupuestos de legitimación activa, dado que los aquí actores no podían ser parte en el proceso adoptivo, e incluso, conviene a esta altura también señalar que tampoco era necesaria la participación en dicho proceso de la madre biológica del niño (irregularidad que marcaron los actores) en tanto ya había prestado su consentimiento en el proceso de guarda preadoptiva, (cf. Sitilerman-Sepliarsky, *Adopción. Integración familiar*, Ed. Universidad, Bs. As. 1999, p. 130).*

De ahí que fuera factible la vía autosatisfactiva *inaudita pars* intentada para obtener la declaración de la adopción post mórtum, pues el único interesado en el proceso era el niño, cuyo derecho a la identidad se encontraba en juego y quien, por su corta edad, no actúa por sí sino a través de su representante promiscuo, el Defensor de Menores.

*No puede perderse de vista, que la sentencia cuyo valor de cosa juzgada se cuestionó por la acción de nulidad entablada no solo involucra cuestiones de índole jurídica; sino que, primordialmente, afecta y engloba sentimientos y aspectos de es-*

*tricta naturaleza familiar que no pueden verse afectados o sujetos a ser revisados por la mera voluntad de terceros.*

El análisis de la procedencia de la vía de revisión intentada debe ser más restrictivo, teniendo presente que el objeto de la acción intentada es declarar la nulidad de una sentencia que otorgó una filiación adoptiva.

Y lo cierto es que el Código Civil, en el art. 337, prevé causales específicas para que proceda la nulidad de una adopción, *y dichos supuestos tampoco aquí se configuran*. De modo tal que no puede admitirse que con tanta liviandad, *se arroje por la borda el vínculo filiatorio que el niño generó con su madre adoptiva, pese al deceso de aquella y a su clara voluntad de dar al niño A. el trato de hijo*, en tanto se ocupó en sus disposiciones de última voluntad de expresar quién deseaba que se hiciera cargo del cuidado del pequeño.

Nótese, asimismo, *que puntualmente, sobre la legitimación para plantear la nulidad de una adopción*, dadas las graves consecuencias que su admisibilidad genera en el adoptado, *se exige una interpretación restrictiva de quienes pueden tener un interés para peticionarla*, justamente para aventar los daños e injusticias que algunas nulidades pueden significar (cf. Sitilerman-Sepliarsky, ob. cit., p. 242).

Pues, *no puede pasarse por alto que las personas no son cosas y los efectos que sobre ellas produce el acto anulado no pueden ser borrados por un decisorio, y mucho menos cuando la persona afectada por el acto que se pretende anular es un niño*, dado que, como lo expresó V.E.:

[...] a más de la especial atención que necesitan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento en estos casos. (Del dictamen de la Procuración General, al que remitió esa Corte, Fallos: 326: 2906).

*No obstante, resulta palpable que dicha doctrina no fue tenida en cuenta por el Superior Tribunal provincial al decidir del modo en que lo hizo*, tal como se demostrará más adelante.

Por su parte, en el proceso civil se han reconocido algunas causales que permiten o habili-

tan la procedencia de la acción de nulidad de la cosa juzgada irrita, claro está, *en casos excepcionales, lo que, como se adelantó, no es el de autos*.

*Dichas causales se basan en los vicios y fraudes procesales, tales como la existencia de vicios formales*: son aquellos que pueden provenir del accionar de las partes o de la actuación del tribunal y que se refieren a los aspectos formales del proceso. Mientras que los vicios sustanciales: son aquellos que derivan de la violación del debido proceso. El error judicial o de derecho: proviene exclusivamente del tribunal actuante y puede consistir en la tergiversación de las citas doctrinarias o de la jurisprudencia invocada como base de sustentación argumental. Y la injusticia propiamente dicha: se verifica en aquellos supuestos en donde si bien la decisión jurisdiccional cumple con los recaudos formales y sustanciales, su aplicación genera una situación de extrema injusticia (cf. Gil Domínguez, Andrés "La acción de nulidad por cosa juzgada irrita. Aspectos formales y sustanciales", *La Ley* 2006-B, 808). En síntesis, para que exista nulidad, debe existir un vicio que debe ser concomitante al momento del dictado del fallo.

Ahora bien, corresponde, entonces, analizar si existe o no en el sub lite un vicio en la sentencia firme. Tal como se desprende de la compulsa de las actuaciones sobre guarda, el derecho de defensa de la parte contraria (esto es, la familia biológica del pequeño A., únicos legitimados pasivos en dicho proceso) ha sido debidamente resguardado, en tanto la madre biológica (menor de edad) prestó su consentimiento, y contó con la debida representación de su padre y del representante promiscuo (v. fs. 29/30, 38, 87).

*Ello permite descartar la existencia de un vicio sustancial.*

También debe despejarse la existencia de un error judicial o de derecho, si se advierte que la decisión que se intenta anular resulta ajustada a derecho y contemplativa del interés superior del niño.

Conforme lo establece el art. 1037 del C.C., los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en ese código se establecen. Por su parte, el art. 169 del CPCN prevé que ningún acto procesal será declarado nulo si la ley no prescribe expresamente esa sanción y, a reglón seguido, señala que la nu-

lidad también puede proceder cuando el acto carezca de los requisitos indispensables para la obtención de su fin (*principio de trascendencia*).

En el *sub examen la sentencia firme que se intentaba impugnar por esa vía, no había privado de su fin al justiciable (el niño adoptado y la adoptante) en tanto la decisión que se tachaba de nula había reconocido el vínculo afectivo existente entre ellos, y el estado de hijo que la propia adoptante reconoció en su testamento* (v. fs. 107 del proceso sucesorio e informe social de fs. 69/71 del expte. de guarda).

Y ello guarda estricta relación puntualmente con la causal o vicio que se le imputa a la resolución atacada que es la “la injusticia propiamente dicha”.

Dicha causal, sin duda, ingresa en un terreno de una gran subjetividad, que podría generar el peligro de que cualquier circunstancia subjetiva que no refleje la verdadera voluntad del ordenamiento abra la posibilidad de dejar sin efecto la cosa juzgada.

Esto se vislumbra claramente en el caso traído a estudio.

Obsérvese que el tribunal superior de la causa consideró que la sentencia firme debía ser declarada nula en tanto violaba los arts. 31, 311, 315, 17, 59, 491/494 del C.C. y art. 2.1 y ccds. de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y, dejó sin efecto la adopción post mórtum que el fallo disponía y la declaratoria de herederos dictada en consecuencia.

Para alcanzar tal solución, aunque parezca paradójico por lo poco tuitiva que resulta, el tribunal se amparó en el interés superior del niño (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 75 inc. 22 CN); *pero lo cierto es que sobre la base de la interpretación que efectuó, más que ampararlo lo perjudicó, en tanto desconoció su identidad, su realidad, su historia y el claro vínculo afectivo entre él y su madre adoptiva, el que no se pierde, no desaparece, ni se destruye, por el deceso de ella.*

En mi opinión, *ello refleja la clara existencia de cuestión federal suficiente, sobre la base de la errada interpretación del interés superior del niño efectuada, en franca violación o contradicción con la normativa constitucional y convencional vigente, invocada por el recurrente (arts. 14 y 15 de la ley 48) y tal circunstancia no puede ser el argumento que habilite la revisión de un pronunciamiento firme y, consecuentemente, su nulidad.*

Nótese que, si bien el tribunal marcó la atipicidad del supuesto llevado a estudio al afirmar:

El caso no está previsto normativamente, sin embargo, ello no puede obstar al pronunciamiento, debiendo recurrirse a tal fin a un análisis jurídico integral que permita examinar supuestos particulares dentro de una correcta hermenéutica interpretativa, teniendo como principio general orientador el interés superior del menor necesariamente compatibilizado con la finalidad de los institutos analizados...” (cf. fs. 22 vta./323).

Sin embargo, en la oportunidad de efectuar el análisis integral (art. 15 y 16 del C.C. y art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño), el *a quo entró en subjetividades y en una ostensible contradicción*.

*Adviértase que para garantizar el interés superior de A. decidió privarlo no solo de su identidad (desconociendo su pasado, sus tres primeros años de vida junto a la Sra. M. I. M. del S., quien le dio el afecto y la contención material y espiritual propias de una madre), sino también de su condición de heredero.*

Cabe aquí preguntarse: ¿A quién se quiso proteger: al niño o a los adultos involucrados? ¿Realmente esta decisión contempla el interés superior que se invoca?

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. 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](http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos_juridicos)).

En tal sentido, la solución más contemplativa de ese interés es la que mejor satisfaga a todos ellos.

*Eso es, justamente, lo que hizo el magistrado que dictó la medida autosatisfactiva impugnada y lo que solo en apariencia intentó hacer el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Entre Ríos en el pronunciamiento que se encuentra en examen de esa Corte.*

*Ello es así a poco que se advierta que pese a fundar su decisión en el interés superior de A., no logró garantizarle con la solución a la que arribó ni su derecho a la identidad, ni su derecho a la propiedad, entre otros, de los derechos en pugna.*

*Ahora bien, lo delineado hasta aquí, no hace más que demostrar que en el sub lite no existieron ni vicios sustanciales, ni un error judicial o de derecho que amerite sancionar con la nulidad a la sentencia originaria, sino la propia voluntad del Tribunal Superior de casar la sentencia, con sustento en una interpretación que afecta el interés superior del niño, que el Estado argentino se obligó a garantizar y proteger.*

**V. c). Legitimación adoptiva del Defensor de Menores.** Se criticó también la legitimación adoptiva del Ministerio Público de Menores. Otra interpretación aparente de la ley, y poco contemplativa del interés superior de A.

Es sabido que el Defensor de Menores por imperativo legal es parte en todo asunto judi-

cial o extrajudicial en el que se encuentre involucrado un niño y, su falta de intervención genera la nulidad de todo lo actuado sin su participación (arts. 59 y 494 C.C, CSJN Expte. A 1123, XLIV, del 03/0572011 y CSJN Expte. F, 501, XLV, 19/04/2011).

Su participación tiene una doble finalidad: 1) controlar que no exista contraposición con los intereses de sus representantes legales, quienes, como se ve en innumerables casos, no siempre actúan diligentemente, ya sea por falta de buena fe o bien por otras circunstancias no reprochables; y 2) suplir la inacción de estos con su propia legitimación autónoma y directa que le permite peticionar y accionar en nombre del niño (esa es la finalidad que se puso en marcha en el *sub lite*).

En materia de adopción, el art. 321 del C.C. le reconoce expresamente el carácter de parte, y si bien se entiende que el menor no es parte en la guarda ni en la adopción, hoy a la luz de la nueva normativa vigente (v. art. 27 de la ley 26.061) no puede desconocerse su derecho a peticionar y a participar en forma directa, con un letrado especializado que lo patrocine o, como en este caso, por medio de su representante promiscuo, en un proceso que claramente lo involucra y afecta.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta especialmente a la Convención sobre los Derechos del Niño, que compromete a los Estados partes a respetar su derecho a preservar su identidad (cf. Arts. 3, 8 y 21 de CDN) y *quién mejor que el propio interesado y su representante promiscuo para exigir tal reconocimiento*.

A lo anterior, cabe agregar que la legitimación directa del Defensor de Menores ha sido claramente admitida por esa Corte (Fallos: 333:1152).

En igual sentido, se reconoció en el art. 255 del C.C. la facultad y deber del Ministerio Público para instar el reconocimiento filiatorio paterno (v. López Mesa, Marcelo J, *Código Civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia Tomo I*, Lexis Nexis, Bs.As., 2007, p. 345). *Obsérvese que es la propia ley, en un caso tan delicado como el de la filiación y el reconocimiento paterno, la que expresamente le confiere al Ministerio Público legitimación para promover las acciones legales pertinentes, exigiendo como presupuesto habilitante, la previa conformidad de la progenitora, aunque luego ella desista.*

Ello habilita al Defensor a continuar con la acción en defensa del derecho a la identidad del niño y de su realidad biológica.

Sentado tal reconocimiento normativo, cabe sostener que es aplicable al caso traído a estudio, en tanto *la finalidad que los motiva es análoga. Nótese que lo que se quiere lograr es el reconocimiento de una realidad fáctica, que encierra el derecho a la identidad de un niño y la concreta declaración judicial de un vínculo afectivo que existirá en la historia de este pequeño por siempre.*

*No se advierten distinciones que pudieran impedir su aplicación*, si se recuerda que el representante promiscuo solo dio continuidad al camino que había iniciado la madre adoptiva tras haber obtenido la guarda preadoptiva, que reconoció una situación fáctica preexistente. Ello resulta asimilable a la conformidad que se exige de la progenitora en el art. 255 aunque luego ella desista.

Específicamente con relación a la procedencia de la *adopción post mórtum y la legitimación*, la doctrina ha sostenido con relación a los distintos supuestos que pueden presentarse:

Si el *fallecimiento de ambos peticionantes* se produce luego de cumplido el plazo de guarda *sin que se haya iniciado el proceso de adopción*, consideramos que *el juez deberá evaluar el interés del niño en que la "adopción afectiva" iniciada con la guarda se consolide con el otorgamiento de la adopción [...]. También en este caso pueden peticionar la adopción los familiares directos de los adoptantes fallecidos, el tutor del menor y el Asesor de Menores [...]*. Asimismo, y aun cuando nuestro ordenamiento legal no regula la situación que había previsto el artículo 11 de la ley 13.252 para el caso de fallecimiento del o los adoptantes, no cabe duda que aquél no obsta al otorgamiento de la adopción –ya peticionada– si ella fuere conveniente para el menor. *Es deseable incorporar al artículo 324 CC un segundo párrafo que contemple en forma expresa estas situaciones que, si bien son excepcionales, no pueden ni deben ser ignoradas por una legislación que tiene como eje primordial el interés del menor.* (cf. Sitilerman-Sepliarsky, ob. cit., pp. 172/173).

Adviértase que la doctrina citada hace referencia al supuesto del art. 324 C.C., pero *se alude a la posibilidad de que fallezcan ambos pretensos adoptantes, y recomienda que sea el juez quien sobre la base del interés superior del niño conceda la adopción, aunque no haya sido peticionada. Tal hipótesis permite asemejarla al supuesto en que hay un único peticionante que fallece, en tanto en ambos casos no habría adoptante en los términos del art. 311 C.C. que pudiera continuar el pedido.*

Por consiguiente, entiendo que el único posible impedimento a sortear para no conceder una adopción post mórtum con las circunstancias fácticas que aquí se dan sería que frente al fallecimiento de M. I. M. del S. se demostrará: 1) que el vínculo fuera nocivo para el interés superior del niño; 2) que ese lazo afectivo no se había generado; y 3) que algún interesado se opusiese a la adopción con efectos del art. 324 CC, pero demostrando que la fallecida no había tenido nunca la intención de adoptar, o que habiéndola tenido originariamente había cambiado de parecer (cf. Sitilerman-Sepliarsky, ob. cit, p. 174).

Pero lo cierto es que *ello no emerge de las constancias de la*

causa, por el contrario, se infiere de los antecedentes del proceso de guarda y del propio testamento manuscrito de la Sra. M. del S. que aquella daba al niño trato de hijo y era su deseo adoptarlo (v. fs. 107 del proceso sucesorio y fs. 69/71 del expediente sobre de guarda); y que tampoco los actores intentaron probar la inexistencia del vínculo o que ella desistió de su idea de adoptarlo, como para que pueda desestimarse la posibilidad de la adopción post mórtum, es claro que los actores, con su actuación, lo único que mostraron fue su intención de pasar por alto toda la situación fáctica afectiva que su propia hija había generado y su reconocimiento del niño como su hijo (v. testamento al que se aludió), priorizando su interés de estricta índole patrimonial, dado que ante el reconocimiento de la adopción, ellos perdían su vocación hereditaria.

Se advierte así, con suma claridad, la notoria tensión existente entre los derechos de los adultos frente a los derechos de este niño.

Sin embargo, a su turno, el Tribunal Superior con la solución a la que arribó sobrevaloró los derechos de los adultos en desmedro del niño, en franca violación al principio de prevalencia, que impone la solución contraria (cf. art.3 in fine de la ley 26.061).

**V.d). El concreto interés superior de A. analizado en base a las circunstancias fácticas del caso.** Recordemos que el niño A. permaneció bajo el cuidado de la Sra. M. I. M. del S. desde que tenía 8 meses de edad, y cuando ésta falleció el pequeño tenía 3 años y 2 meses. Esto implica que para A. su referente materno durante su primera infancia fue la Sra. M. I. M. del S.

Tales años vividos, el cariño y los cuidados recibidos configuran su realidad, parte de su origen, su verdad, lo que conforma su identidad en un sentido dinámico.

Dicha realidad, no puede ni obviarse, ni desconocerse, con el argumento dado por el Tribunal Superior al afirmar que el *acto constitutivo de la filiación*:

...sentencia judicial que otorga la adopción a instancia del Ministerio Público- implica *simultáneamente* la puesta del menor en situación de desamparo y en estado de adoptabilidad en tanto el régimen legal regulatorio de la adopción específicamente prevé como respuesta idónea para el supuesto de su extinción -en el caso, por orfandad, por muerte de la única adoptante- la adopción sucesiva o sea, el otor-

gamiento de una segunda adopción (art. 312, 1er. párr. in fine, del Código Civil).

Se equivoca nuevamente el *a quo* en su argumentación.

Al contrario de lo sostenido, el acto constitutivo de la filiación adoptiva, tuvo en cuenta el interés superior del niño y fundamentalmente su derecho a la identidad, y la situación de abandono o desamparo que se describe no existió.

Ello es así, en tanto, tal como lo había previsto su madre adoptiva en su declaración de última voluntad (v. fs. 107 del proceso sucesorio que corre por cuerda), el pequeño quedó bajo el cuidado de su tía (hermana de la Sra. M. I. M. del S.) quien hoy tiene su tutela (v. fs. 257/265vta, de dichas actuaciones).

Estos extremos demuestran que *bajo ningún concepto quedó en estado de abandono o desamparo, sino que, en realidad, lo único que se tuvo en cuenta en todo momento con las decisiones judiciales que se fueron dictando (medida autosatisfactiva, declaratoria de heredero, tutela a favor de su tía)*, es el interés superior del niño y la clara voluntad expresada por la madre adoptiva (cf. art. 383 C.C.).

Sentado ello, conviene asimismo resaltar que el tribunal superior de la causa incurrió en una contradicción interna al fundar su posición para anular la sentencia que concedió la adopción post mórtum, bajo el pretenso fin de evitar un desamparo que nunca existió, y ello es particularmente visible si se advierte que con los efectos de la solución disvaliosa que dice querer evitar, deja nuevamente al niño en situación de adoptabilidad, desatiende su derecho a la identidad y su derecho a la propiedad, lo cual acarrea una desprotección.

En otras palabras, construye de modo arbitrario un juego dialéctico que soslaya el evidente perjuicio al interés superior del niño involucrado. Se sostiene que la sentencia primigenia de adopción lo lleva a un estado de desamparo que nunca existió, porque se encuentra bajo la tutela de la Sra. M. E. M. del S., pues lo que la sentencia de adopción hizo fue reconocer la realidad originada por el trato de madre e hijo que M. I. M. del S. y el niño A. se dispensaban. La ironía del caso es que para aventar esa inexistente situación de desamparo se lo priva del derecho a la identidad y de los consiguientes derechos hereditarios. Es evidente el perjuicio en el patrimonio del niño, lo que le

permitiría en el futuro solventar su salud, educación y alimentación. De tal modo, se incurrió en el contrasentido de que para “proTEGERLO”, se lo despoja de todos los derechos. Queda así al descubierto que lo que realmente se privilegió por medio del fallo que ante esa Corte se impugna fue el interés de los mayores involucrados, que no son superiores a los del menor cuyos derechos fueron afectados.

En base a la contradicción que se marca, dicha argumentación resulta insostenible.

**V. e). Alcance del derecho a la identidad y estado de hijo.**

Ahora bien, en base a lo hasta aquí delineado, cabe entonces repreguntarse: ¿Era procedente la acción de nulidad intentada? ¿Era revisable la sentencia constitutiva de vínculo adoptivo? ¿Los actores estaban legitimados para peticionar la nulidad de la adopción? ¿Cuál es el vicio o fraude procesal que puede derrubar la relación afectiva existente entre el niño A. y la Sra. M. I. M. del S.? ¿Se dan las causales que prevé el art. 337 C.C. para que proceda la nulidad de la adopción? ¿Puede el interés de terceros adultos (los actores de autos) primar por sobre el interés del niño y por sobre la última voluntad de la Sra. M. I. M. del S.?

*Creo, resulta palmario, que la decisión del Tribunal Superior de la causa atenta contra el derecho a la identidad y el interés superior de mi defendido al decidir revisar la sentencia constitutiva del vínculo adoptivo y declarar su nulidad.*

De la compulsa del expediente sobre guarda preadoptiva, surge con toda claridad la existencia del llamado “estado de hijo”, que no es otra cosa que la asiduidad en el trato, y el considerarse reciprocamente como madre e hijo a lo largo del tiempo, relación que se había generado entre mi defendido y la Sra. M. I. M. del S.

Los informes sociales obrantes en la causa son una muestra sobrada de la existencia de dicho estado (v. fs. 69/71 del expediente sobre guarda), y el propio testamento ológrafo de la Sra. M. del S. en el que alude a A. como su hijo (v. fs. 107 del proceso sucesorio).

Tales relaciones forman parte de la *identidad de A.* Ello es así, ya que la identidad del niño no consiste únicamente en saber quiénes fueron sus padres biológicos; sino que la conforma también su historial personal desde su nacimiento, dónde ha vivido, quien ha cuidado de él, porque se han tomado decisiones importantes a su respecto. Todo ello debe preservarse, máxime cuando se trata de detalles sobre los primeros años de la vida del niño que no se puede esperar que recuerde (cf. *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, UNICEF, Suiza, 2001, p. 117/118).

Así, el trato de hijo que recibió durante sus primeros tres años de vida por parte de la Sra. M. I. M. del S. conforma su identidad, trato del que, sin duda, hubiera seguido gozando de no haber acaecido el hecho fortuito del deceso.

*No puede perderse de vista que la adopción es una institución que tiene características muy peculiares y que tiende a crear*

*un vínculo que no se apoya en el nexo biológico, sino en la convicción de que el amor filial no se limita a aquél, y aquí el vínculo estaba creado y era sólido, lo que no puede ni negarse ni borrarse con un acto procesal.*

Lo cierto es que las identidades individuales y sociales se construyen de la misma manera en que se construye el mundo social. En este proceso de producción, circulación y consumo de significaciones, el derecho juega un papel fundamental. No puede dudarse que la adopción de un niño coloca en cierres su derecho a la identidad, tanto en su faz estática como dinámica; así como también la identidad del resto de los involucrados (v. Herrera, Marisa, *El derecho a la identidad en la adopción*, tomo I, Ed. Universidad, Bs. As. 2008, p. 82 y 101).

El reconocimiento del derecho a la identidad como un derecho humano, por aplicación del principio *pro homine*, obliga a que en todo conflicto donde este se vea comprometido, se intente alcanzar su protección o, en su defecto, atenerse a la medida menos restrictiva (cf. Herrera, Marisa, ob. cit. p. 66).

En el supuesto de autos, la decisión que concedió la adopción post mórtem claramente contribuyó en la construcción de la identidad individual de A., con sustento en la interpretación más extensiva.

No obstante, esa tarea luego se vio obstaculizada, derrumbada, por la decisión ulterior que dictó el Tribunal Superior de la provincia de Entre Ríos (sobre la base de argumentaciones contradictorias y poco tuitivas del interés superior que se invocó).

Por lo tanto, en mi opinión, ante la laguna del derecho que se vislumbra, la adecuada interpretación armónica y analógica de los arts. 3, 8 y 21 de la CDN es la que permite alcanzar la solución que resulta más tuitiva del vínculo afectivo que se intentó proteger y reconocer, pese al triste final que la relación materno-filial tuvo.

Sentado ello, bajo ningún concepto puede aceptarse que la solución que ahora se impugna ante esa Corte contemple el interés superior de A., ya que frustra y desconoce el vínculo afectivo.

Mucho menos puede admitirse que el impedimento para que se dé reconocimiento judicial a esa relación sea la falta de legitimación adoptiva de su representante promiscuo, que está, como se argumentó, claramente habilitada.

En base a lo expresado, y en estricta defen-

sa del interés que me corresponde proteger, *entiendo que la pretensión autónoma de nulidad en el sub lite es inadmisible, en tanto no se encuentran configurados los presupuestos que admiten su procedencia, dado que el real agravio de los actores es el efecto jurídico que la sentencia impugnada produce sobre su vocación hereditaria; pero no existe ningún vicio que amerite la nulidad de un pronunciamiento judicial de la naturaleza del que aquí se intenta hacer caer, y que repercute seriamente sobre la identidad y el interés superior de un niño.*

Repárese en que la acción revocatoria de la cosa juzgada tiene carácter subsidiario o residual, ya que se intenta luego de haberse agotado las posibilidades de impugnación previstas por las leyes de forma, o bien tras demostrarse la imposibilidad de utilizar tales medios de impugnación; y lo cierto es que ni en el proceso de guarda preadoptiva, ni en la medida autosatisfactiva, los interesados directos (familia biológica del niño A.) interpusieron los respectivos recursos, ni tampoco son ellos quienes ahora articulan esta acción subsidiaria.

En síntesis, opino que la *sentencia firme* que se quiere revisar e impugnar alcanza, sobre la base de una interpretación armónica de la normativa vigente, la solución más tuitiva del vínculo adoptivo en cuestión y del *interés superior de A.*

En este estadio procesal, 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, respetando 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.

**VI.** Por lo expuesto, entiendo que la sentencia atacada se aparta de las normas aplicables al caso, y de la delicada misión que incumbe a los jueces de familia, con la consecuente frustración de los derechos amparados por los arts. 18 y 19 de la Ley Fundamental, como así también de la Convención sobre los Derechos del Niño y, en consecuencia, es que solicito que se

haga lugar al recurso extraordinario interpuesto, se revoque el decisorio apelado y se rechace sin más trámite la acción de nulidad intentada.

Defensoría Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de junio de 2011.

#### **Sentencia de la CSJN**

Buenos Aires, 26 de septiembre de 2012

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por el Defensor Oficial de A. M. d. S. en la causa M. d. S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1) Que con fecha 30 de agosto de 2005 se otorgó a M. I. M. d. S., vda. de R., la guarda preadoptiva del menor A. J. R. S. – nacido el 30 de enero de 2003–, quien había permanecido bajo su cuidado y recibido el trato de hijo desde los primeros días de septiembre de 2003, cuando tenía 8 meses de vida. Dicha decisión se fundó no solo en el hecho de que la solicitante había demostrado su solvencia e idoneidad moral, espiritual, afectiva, económica y material, sino también porque el juez entendió que en el hogar provisto por la guardadora se había generado una realidad afectiva producto de una arraigada y consolidada estabilidad familiar.

2) Que seis meses después de haber sobrevivido a un accidente con una avioneta que cayó en el Río de La Plata y días después de haber aceptado formalmente el cargo de guardadora preadoptante, el 16 de abril de 2006 M. I. M. d. S. falleció como consecuencia de un accidente automovilístico en la localidad de Mar de Ajó, provincia de Buenos Aires, sin que hasta ese momento hubiese promovido el correspondiente juicio de adopción propiamente dicho.

3) Que frente a dicha situación y en atención al vínculo que se había generado entre la guardadora y el niño, quienes habían convivido por más de dos años y medio, el 3 de mayo de 2006 la Defensora de Pobres y Menores n° 1 de Gualeguaychú, provincia de Entre Ríos, en ejercicio de la representación promiscua del menor, solicitó como medida autosatisfactiva que se declare a A. J. R. hijo adoptivo de su guardadora fallecida, por ser la medida que mejor contemplaba el interés superior del menor.

Dicho planteo tuvo favorable acogida, se concedió la adopción plena, y se ordenó su anotación con el nombre de A. que le había dado la causante desde su temprana edad y por el cual era pública y familiarmente conocido, y se le designó además una tutora legal.

4) Que, en forma simultánea, el 4 de mayo de 2006, R. M. d. S. y M. S. E. de M. d. S., padres de M. I., promovieron la sucesión *ab intestato* de su hija, en la que el niño fue declarado único heredero el 19 de abril de 2007 (con posterioridad, la resolución fue ampliada, nombrándose a M. M. M. d. S., hermana de la causante, heredera instituida según testamento ológrafo declarado válido).

Cabe destacar que, con fecha 26 de abril de 2007, la Cámara

de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Entre Ríos confirmó la sentencia de grado que había designado tutora del niño a otra de las hermanas de la causante, M. E. M. d. S., con fundamento en la aludida disposición de última voluntad.

5) Que, ante tal situación, alegando como perjuicio concreto que el menor A. los desplazaba de la línea sucesoria, los progenitores de la causante promovieron acción autónoma de revisión de la cosa juzgada, con el objeto de que se declarara la nulidad de la sentencia de adopción y de la declaratoria de herederos. Invocaron que existían vicios formales y sustanciales que invalidaban los distintos pronunciamientos, tales como la extinción de la guarda preadoptiva por el fallecimiento de la guardadora; la falta de legitimación de la defensora de menores para promover la adopción; la improcedencia del trámite de medida autosatisfactiva acordado a la causa y la incompetencia del juez de familia para decidir sobre dicho aspecto al haberse iniciado la sucesión.

6) Que contra el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Entre Ríos que, al casar la sentencia de cámara, hizo lugar a la acción planteada y declaró la nulidad de las citadas resoluciones, el señor Defensor General de la provincia de Entre Ríos dedujo el recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la presente queja.

El recurrente sostiene: a) que la promoción de la adopción encontró suficiente respaldo en el imperativo de impedir la frustración de un derecho, supuesto en el cual es necesaria su actuación como representante directo; b) que el fallo es arbitrario al concluir que la sentencia de adopción dictada es incompatible con el mejor interés del menor, pues una familia será digna de protección por parte del Estado cuando sea posible verificar la existencia de un vínculo afectivo perdurable; c) que se debió colocar al niño en el centro de su protección, dictando un pronunciamiento que resulte armónico con la propia realidad de quien ya está inserto en un grupo familiar y ha desarrollado en él su identidad dinámica; d) que, en el caso, ya se habían verificado los recaudos plenos para la tramitación y culminación de la adopción, que son el estado de adoptabilidad del niño y la idoneidad, la aptitud y el vínculo con M. I.; e) que al decidir como lo hizo, el a quo ha conculca-

do el derecho de igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional, pues si el niño hubiera estado bajo la guarda preadoptiva de un matrimonio y uno de ellos falleciere, el art. 324 del Código Civil autorizaría que sea adoptado por el cónyuge sobreviviente y como hijo del matrimonio, pero tratándose de una guardadora individual que fallece, dicha opción no existiría pese a verificar la total integración del niño a la familia extensa de ella.

7) Que por encontrarse comprometidos los intereses de un menor de edad, se dio vista al señor Defensor Oficial ante esta Corte Suprema, quien después de asumir la representación de aquel y de expedirse respecto de la procedencia del remedio federal, solicitó que se revoque la sentencia y se rechace la acción intentada, por entender que la decisión apelada se aparta de las normas aplicables al caso y de la delicada misión que incumbe a los jueces de familia, con la consecuente frustración de los derechos amparados por los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, como así también de la Convención sobre los Derechos del Niño.

8) Que los agravios del apelante han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos fundamentos esta Corte se remite por razón de brevedad.

9) Que asimismo, corresponde poner de resalto que en un reciente caso en que se alegaba la violación del derecho de protección a la familia de un padre y su hija biológica en un proceso de adopción también tramitado en la provincia de Entre Ríos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reiteró que “toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia”; que dicho interés superior “...se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades...”, y que su determinación “...en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del

niño..." (*Caso Forneron e hija vs. Argentina*, sentencia del 27 de abril de 2012)

10) Que, en dicha causa, la Corte Interamericana también insistió en el reconocimiento del derecho a la identidad, al que conceptualizó como "...el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad...", destacando la especial importancia que entraña durante la niñez.

11) Que esta Corte Suprema ha señalado que el interés superior del niño proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño (conf. Fallos: 328:2870; 331:2047 y causa N.157.XLVI "N.N. o U., V. s/ protección de persona", sentencia del 12 de junio de 2012).

Asimismo, se ha señalado que al considerar y hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego, el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección, los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad y mantener, en consecuencia, aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles (conf. Fallos: 328:2870 y 331:147).

12) Que, en consecuencia, no resulta razonable interpretar que, en el caso, el interés superior del niño se encuentre reflejado en una aplicación literal y dogmática de los preceptos normativos que regirían la materia, que produce como consecuencia –entre otras que no han sido evaluadas por el a quo– la desvinculación del menor A. respecto de quien en vida lo cuidó en sus primeros años de existencia generando un vínculo materno-filial, lo insertó en su grupo familiar y expresó su voluntad adoptiva no solo al promover y obtener su guarda, sino también al designarlo públicamente como "mi hijo" en uno de sus testamentos ológrafos (ver fs. 107 del expte. s/ sucesión ab intestato).

13) Que las circunstancias señaladas bastan para poner de manifiesto que las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas guardan relación directa e inmediata con lo resuelto, por lo que corresponde revocar la sentencia apelada (art. 15 de la ley 48).

14) Que no obsta a lo expresado la circunstancia de que el Defensor General de la provincia de Entre Ríos hubiese deducido el recurso de queja por apelación extraordinaria denegada, fuera del plazo establecido por los arts. 282 y 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, más la ampliación del art. 158.

15) Que ello es así, pues dar prioridad al principio de perentoriedad de los plazos no solo resultaría contrario a razones de justicia y equidad que median en el caso, sino que además significaría frustrar los derechos que se encuentran en juego mediante una decisión excesivamente rigurosa.

16) Que en tal sentido, se ha resuelto que cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la

naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional (conf. Fallos: 324:122 y 327:2413 y 5210).

17) Que por último, en cuestiones en que se ven involucrados los derechos de los menores, esta Corte Suprema ha afirmado que resulta totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si estos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar (conf. Fallos: 323:91; 328:2870; 331:147 y 2047).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente la queja, formalmente admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la resolución apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien co-

rresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

Ricardo Luis Lorenzetti

Elena Highton de Nolasco

Carlos S. Fayt

Juan Carlos Maqueda

ES COPIA FIEL

Recurso de hecho interpuesto por: A. M. d. S., representado por el. Dr. Maximiliano Francisco Bonitos, Defensor General de la provincia de Entre Ríos.

Tribunal de origen: Sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos.

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 3, secretaría n° 3, Gualeguaychú, Entre Ríos; Juzgado de Familia, Civil y Penal de Menores de Gualeguaychú; Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay; Sala Civil y Comercial y Cámara de Apelaciones 4. Gualeguaychú, Sala Civil, Comercial y Laboral.

# Expediente CSJN Letra “S”, N° 789, Libro XLVIII, año 2012, caratulado: “Recurso de hecho deducido por L.M.S. en los autos S., L.M. s/ c/ recurso de casación”

## **FUNDA RECURSO DE HECHO POR DENEGATORIA DE EXTRAORDINARIO FEDERAL**

### **EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:**

Julián Horacio Langevin, Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el Expte. CSJN Letra “S”, N° 789, Libro XLVIII, año 2012, caratulado: “Recurso de hecho deducido por L.M.S. en los autos S., L.M. s/ c/ recurso de casación”, con domicilio legal constituido en Paraguay 1855, 1º piso contrafrente, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ante V.E. me presento y respetuosamente digo:

#### **I. Objeto**

Que vengo a fundar legal y técnicamente la presentación realizada por L.M.S. (fs. 1 del expediente labrado en esta instancia) contra la decisión de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal que no hizo lugar a la presentación federal interpuesta (fs. 2377).

En cumplimiento de las Acordadas N° 13/90 y 35/90, inc. “c”, dejo constancia que L.M.S. es argentino, nacido el 9 de mayo de 19XX en esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, hijo de J.C.S. y M.L., con DNI N° XXXXXXXX, último domicilio real en la calle XXX N° XXX de la localidad de Pilar, provincia de Buenos Aires, actualmente alojado en el Complejo Penitenciario Federal N° 1.

#### **II. Antecedentes**

**1.** La Sala III CNCP no hizo lugar (fs. 2351/2353vta) al recurso de casación deducido por la defensa de L.M.S., contra la resolución del TOC N° 20 de esta ciudad que lo condenó a la pena de 3 años y 6 meses de prisión por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de defraudación por administración fraudulenta reiterada –13 hechos– los que concurren realmente entre sí, y en definitiva a la pena única de 4 años de prisión, accesorias legales y costas (fs. 2284/2293vta). En contra de aquel pronunciamiento la asistencia técnica dedujo recurso extraordinario (fs.2361/2370) cuyo rechazo originó esta queja.

**2.** El Tribunal Oral condenó al justiciable a la pena mencionada, como consecuencia del acuerdo de juicio abreviado firmado por las partes, razón por la cual en el recurso dirigido contra esa resolución (fs. 2302/2311), la defensa señaló que el *ad quem* fundó la decisión de imponer la pena haciendo una referencia genérica a lo dispuesto por los arts. 40 y 41 CP, y no ponderó las circunstancias particulares del caso. En este

sentido, sostuvo que se hizo una leve mención a la edad de su asistido como atenuante, a su comprometido estado de salud y a las singularidades del caso, pero no se explicitó por qué la pena se alejó del mínimo legal dispuesto para el delito imputado. Indicó que el procedimiento de juicio abreviado impide al Tribunal condenar por un monto mayor al acordado por las partes, circunstancia que no impide que los jueces justifiquen la dosificación de la pena discernida respecto de su pupilo legal. Como consencuencia, tachó la sentencia de arbitraria, pues tal temperamento se encontraba desprovisto de fundamentación, atento a que la graduación de la pena implicó una flagrante violación al derecho de defensa en juicio y al debido proceso.

Asimismo, manifestó:

...debe recordarse que en el presente caso se unificó una condena dictada por el TOC 26, a la pena de once meses de prisión, y si bien fue aplicado el método composicional, sumándose a la pena de tres años y seis meses de prisión más –en lugar de los once meses que habían sido allí impuestos–, esto se debió a que se trataba de un concurso real de los hechos [...] al haber ocurrido en forma real los hechos juzgados en estas actuaciones ante el TOC 26 nada impedía a que esa condena de once meses de prisión fuera subsumida ahora en la dictada por el TOC 20, aplicándose en consecuencia una condena única comprensiva de ambas (ver fs. 2307vta.)

**3.** La Sala III CNCP rechazó por unanimidad el recurso impetrado. A tal fin, los magistrados casantes manifestaron que contrariamente a lo sostenido, no se observaron en el recurso de casación los recaudos establecidos por el ordenamiento procesal para la procedencia de dicho remedio. Ello, según dijeron, se debió a que del art. 445 CPPN se desprende el principio de que el “interés es la medida del recurso”, principio que además se encuentra consagrado explícitamente en el art. 432, 2º párr. del CPPN. Destacaron que la resolución recurrida debe tener un contenido desfavorable para el impugnante, circunstancia que no se verificó en la especie por cuanto no se observó que L.M.S. haya sufrido un gravamen con motivo de la resolución que impugnó, dado que al momento de firmar el juicio abreviado admitió los hechos que se le imputaron, prestó conformidad con la calificación legal allí propuesta y con el monto de la pena impuesta.

**4.** En el remedio extraordinario interpuesto,

la defensa oficial manifestó que el pronunciamiento violó las garantías constitucionales del debido proceso, la defensa en juicio y la doble instancia (art. 14, 18, 75 inc. 22 de la CN, 8.2.h CADH; 14.5 PIDCP).

A tal fin, sostuvo que existió un interés legítimo de esa defensa en que se revise el fallo de condena, precisamente en lo que hace a la fundamentación del monto de pena impuesto. Indicó su disconformidad con la decisión de la Sala, pues desconoció el derecho constitucional e internacional reconocido a que la sentencia sea revisada por un órgano superior, así como también omitió las tareas que le son propias, por cuanto V.E. en “Giroldi” dispuso que el art. 8.2.h de la CADH otorga a toda persona inculpada de un delito el derecho de recurrir el fallo ante el tribunal superior, y consagró por consiguiente el derecho de la doble instancia en materia penal. En este sentido, manifestó que ha mediado una denegación de justicia por parte del Tribunal casatorio, denegación que comportó un perjuicio irreparable para su defendido, que lo privó del derecho que la Constitución y los Tratados le reconocen: el acceso a la jurisdicción.

Conforme a lo expuesto, resaltó que la decisión de la alzada resultó arbitraria, pues no se compadeció con la inteligencia que V.E le asignó a la Cámara de Casación Penal como tribunal intermedio donde el justiciable debe encontrar el resguardo de la garantía constitucional que lo asiste. A tal fin, sostuvo que esa Corte reconoció el derecho internacional a que la sentencia de condena sea revisada por un Tribunal superior en “Casal”.

**5.** La Sala III (fs.2377) resolvió no hacer lugar al recurso extraordinario federal haciendo remisión a lo dictaminado por el Fiscal ante esa Sala (fs. 2376 y vta.).

El Sr. Fiscal General consideró que la impugnante basó su remedio extraordinario en la reedición de agravios que ya habían tenido su respuesta en la instancia. Sostuvo que no se logró establecer cuál es la cuestión federal a debatir, sino que solo hizo una leve referencia a la violación de garantías constitucionales, lo que no constituyó la fundamentación requerida por el art. 15 de la ley 48.

Por último, indicó que la alegación de arbitrariedad tampoco fue suficiente a los fines de habilitar la vía extraordinaria, por cuanto su

aplicación es de carácter excepcional y por ella no puede pretenderse el reexamen de cuestiones no federales.

### **III. Crítica a la decisión que denegó el recurso extraordinario federal.**

1. Contra lo afirmado en el auto denegatorio, el recurso extraordinario debió tener favorable acogida. Se evidencia en autos una cuestión federal suficiente, en la medida en que se encuentran en tela de juicio derechos de raigambre convencional, constitucionalizados por el art. 75 inciso 22 (debido proceso, defensa en juicio y doble instancia –arts. 18, 19, 31 y 33 CN–) y la decisión impugnada resolvió en forma contraria a las potestades que el justiciable fundó en aquellos (art. 14 inciso 3 de la ley 48).

En este sentido, pasaré a demostrar la existencia de cuestión federal suficiente para ser considerada, en la medida en que se trata de una sentencia arbitraria, y esta ausencia de fundamentación genera inevitablemente una cuestión federal.

Respecto de la falta de acreditación de la relación directa e inmediata entre la cuestión federal –violación al derecho de defensa en juicio y a la garantía de revisión del fallo de condena– y la materia del pleito, achacada a mi antecesora en la instancia, debo resaltar que a fs. 2566/2570 se especificó que la cuestión resultaba ser indispensablemente evaluada para sentenciar en el pleito (*mutatis mutandi* Fallos: 268:247; 315:2410). Lejos de reiterar los argumentos de la defensa actuante en la instancia oral, mi predecesora indicó con exactitud (fs. 2566vta.) de qué forma se violaron dichas garantías, e hizo, por consiguiente, especial hincapié en el desconocimiento por parte de la Sala de su tarea revisora en el caso concreto, conforme lo dispusiera esa Corte en Fallos 328:3399.

En virtud de lo expuesto, la Sala pecó de un exceso ritual, como fuera indicado correctamente a fs. 2367 y vta., al aplicar indiscriminada e irrazonablemente normas procesales –arts. 432 y 445 CPPN– y, en definitiva, consagró una decisión que vedó el acceso a la verdad objetiva e importó la renuncia a los logros de las garantías federales reconocidas por los pactos internacionales.

En esta comprensión, la arbitrariedad alegada es consecuencia de la negativa del a quo de atender los planteos expuestos por el apelante, a pesar de que el recurso extraordinario contenía los argumentos mínimos sobre el tema que se pretende someter a su estudio. La actitud de la Sala se presentó revestida de un injustificado rigor formal, incompatible con el derecho de defensa en juicio. Por consiguiente, la resolución achacada prescindió de lo dispuesto por la ley –art. 431 bis inc. 6º–, circunstancia que habilita su descalificación como pronunciamiento válido.

Por último, esa Corte en reiteradas ocasiones indicó que la exigencia de que las sentencias tengan fundamentos serios reconoce raíz constitucional, y agregó que el carácter de válidos de los fallos judiciales se adquiere siempre y cuando estos configuren una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos

236:27; 240:160; 238:550; 244:521, entre muchos otros).

**2.** Ya aclarada la cuestión federal, y demostrada la correcta fundamentación del recurso extraordinario, cuyos argumentos comparto y sostengo, habré de mencionar que la arbitrariedad de la sentencia casatoria se ve reflejada en la medida en que la Sala omitió el tratamiento de los puntos que habían sido sometidos a su consideración con la mera afirmación de que la sentencia del Tribunal no tuvo un contenido desfavorable para L.M.S. (fs.2353).

Cabe señalar que –contrariamente a lo sostenido por el tribunal casatorio– el hecho de que la decisión impugnada por medio del recurso de casación haya sido el fruto de un acuerdo de juicio abreviado, no obsta el derecho del imputado a revisar su sentencia de condena.

Ese ha sido el criterio, por lo demás, suscitado por esa Corte en el precedente A. 941. XLV – “Aráoz, Héctor José s/ causa N° 10.410”, sentencia del 17 de mayo de 2011. Allí reafirmó la necesidad de garantizar ese derecho de impugnación:

...los agravios de la defensa relativos al derecho del imputado a que se revisen también las sentencias dictadas en el marco del control jurisdiccional de los acuerdos del art. 431 bis tampoco podían ser desechados sobre la base de que la sentencia había respetado los términos de dicho acuerdo. Pues, justamente, el reclamo se refería a que aun en esos supuestos, la sentencia condenatoria debe estar debidamente motivada y que ello ha de poder ser revisado [considerando 6º].

[...] en la sentencia apelada se ha omitido el tratamiento de las cuestiones que fueron planteadas ante la alzada, y por lo tanto, no se ha dado debido cumplimiento a la revisión de la condena (cf. doctrina de Fallos: 328:3399) y se ha lesionado el derecho de defensa del recurrente (art. 18, Constitución Nacional) [considerando 7º].

Entiendo que la doctrina citada resulta enteramente aplicable al *sub lite*, pues el procedimiento de juicio abreviado nunca puede prescindir de los actos fundamentales previstos por el debido proceso constitucional. Ello es así a pesar de la economía de recursos y tiempo que implica la no realización de la audiencia, pues la acusación, defensa, prueba y sentencia no pueden dejar de existir como reglas incólumes del juicio justo. En particular, el fallo que se dicte en un procedimiento tal no puede pres-

cindir de sus recaudos básicos bajo el riesgo de convertir en una resolución de homologación, inadmisible en el proceso vigente.

Como puede advertirse de lo reseñado en el acápite de antecedentes, la falta de revisión de la condena de L.M.S. (justificada en la existencia de un acuerdo de juicio abreviado) resintió su derecho al recurso, circunstancia que, de conformidad con jurisprudencia de innecesaria cita, descalifica a ese fallo como acto judicial. En este sentido, la Sala convalidó una decisión que careció de fundamento, pues el *ad quem* no dotó de sustento jurídico la decisión de imponer el monto de la pena elegida, más precisamente no indicó por qué se alejó 42 veces del mínimo –1 mes– previsto para el delito imputado.

En relación con este último punto, esa Corte ha manifestado que si bien las decisiones relacionadas con el monto de la pena resultan privativas de los jueces de la causa, cabe hacer una excepción cuando no se advierte una adecuada fundamentación respecto de cuestiones tan trascendentales, lo que descalifica al fallo como acto jurisdiccional válido (Fallos: 329:3006). Así también se estableció que la mera enunciación genérica de las pautas objetivas y subjetivas previstas por los arts. 40 y 41 del CP para graduarla, desprovistas de toda relación y ponderación conjunta con los elementos que fueron incorporados al juicio a tales fines, solo vislumbran un fundamento aparente y colocan al pronunciamiento dentro de los estándares de la arbitrariedad de la sentencia (Fallos: 329:3006; 315:1658; 320:1463).

La elección del monto de pena no concuerda con los fundamentos dados, ya que el Tribunal no identificó ni una sola agravante, lo que en definitiva se traduce en la falta de fundamentación en la elección del monto, contrariando la doctrina sentada en Fallos: 332:494, en donde ha quedado establecido que la amplitud de la escala penal de la figura que reprime la conducta reprochada es “la que autoriza su adaptación a las diferentes circunstancias convergentes en cada caso particular y con ello obliga –para asegurar una debida defensa– a fundamentar la elección del monto, pues aquí rige también el principio de que toda operación intelectual, para ser juzgada, tiene que portar la posibilidad de la razón lógica y experimental” (del dictamen del Procurador al que se remitió la mayoría). Tal como fuera expuesto en el acápite referente a los

antecedentes de la presente, la Sala III no ejerció su facultad revisora, sin dar motivo que avale semejante temperamento.

A fin de poder revisar acabadamente el planteo en cuestión, mantener una audiencia *de visu* con L.M.S. se tornaba, sin más, algo irrestrictamente necesario, para dar un adecuado tratamiento al agravio introducido por la parte recurrente.

Así esa Corte ha entendido:

Ni los jueces de la cámara ni el tribunal superior cumplieron con lo que V.E. llama “la necesidad de tomar conocimiento de visu del condenado antes de determinar la pena”, según lo establece el artículo 41, inciso 2º, in fine, del Código Penal, “regla claramente destinada a garantizar el derecho del condenado a ser oido antes de que se lo condene, así como a asegurar que una decisión de esta trascendencia no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de inmediación. Desde este punto de vista de la ley penal de fondo, una pena dictada sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada” (caso M. 1022. XXXIX. “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado -causa n° 1174-”, resuelta el 7/12/2005, considerandos 18 y 19). [Para luego concluir que] este tópico brinda per se razón suficiente para descalificar la decisión como acto jurisdiccional válido. (“Agüero, Luis Miguel y otros s/ homicidio agravado por el concurso de dos o más personas y lesiones leves en concurso real” S.C. A.1988, L. XLI del 15 de julio de 2008, punto V del Dictamen del Procurador Fiscal de la Nación, al que remitió la Corte).

**3.** Por todo lo expuesto, entiendo que esa Corte debe hacer lugar a la queja, declarar formalmente procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto el pronunciamiento apelado para que, por intermedio de quien corresponda, se dicte uno nuevo con arreglo a derecho.

#### **IV. 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 L.M.S.

**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. conjuntamente 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 una nueva con arreglo a derecho.

Proveer de conformidad,  
SERÁ JUSTICIA.

## **Sentencia de la CSJN**

Buenos Aires, 11 de septiembre de 2013

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por L.M.S. en la causa S., L.M. s/ recurso de casación”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que las cuestiones que se plantean resultan, *mutatis mutandi*, sustancialmente análogas a las resueltas por el Tribunal en la causa A.941.XLV “Aráoz, Héctor José s/ causa n° 10.410”, el 17 de mayo de 2011 –voto de la mayoría–, a cuyas consideraciones corresponde remitirse en orden a la brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Acumúlese al principal. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese copia del precedente citado. Notifíquese.

Ricardo Luis Lorenzetti  
Carlos S. Fayt  
Enrique S. Petracchi  
Juan Carlos Maqueda

Carmen Argibay

-/-DENCIA DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY Considerando:

Que el recurso extraordinario cuya denegación motiva la presente queja es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima la queja. Intímese a la parte recurrente a que dentro del quinto día acompañe copia de la resolución que concede el beneficio de litigar sin gastos o efectúe el depósito que dispone el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. Hágase saber y archívese, previa devolución de los autos principales.

Carmen M. Argibay

Recurso de hecho deducido por L.M.S., asistido por el Dr. Julián Langevin, Defensor Oficial ante este Tribunal.

Tribunal de origen: Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal. Tribunal que intervino con anterioridad: Tribunal Oral en lo Criminal n° 20.

# Resolución Nº 80 de la Cámara Federal de Apelaciones de Corrientes en los autos caratulados: “P., Z.N. s/ supuesta infracción ley 23.737”

## **PLANTEA NULIDAD. SOLICITA SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO. RESERVA FEDERAL**

Señora jueza:

Laura Liliana Martin, Defensora Pública Oficial Ad Hoc por el derecho de Z.N.P. en los autos caratulados: “P., Z.N. s/ supuesta infracción ley 23.737” Expte. Nº 2 – 21.461/11 ante V.S muy respetuosamente me presento y digo:

### **I.- OBJETO:**

Que vengo por este acto en tiempo y forma en virtud de lo establecido por los arts. 138, 168 2º párrafo, 169, 170, 171 y concordantes del CPPN y 18 de la CN, a solicitar la nulidad del acta de fs. 5 confeccionada por personal de la División Alcaidía, dependiente de la Unidad Regional IV –Paso de los Libres– y de todos los actos que son su consecuencia lógica, en virtud de que esta viola las garantías del debido proceso, en base a las consideraciones de hecho y de derecho que expondré a continuación.

El planteo se realiza porque ha causado un grave perjuicio a mi defendida, en razón de habersele impedido controlar debidamente la legalidad del acto, incorporándose así elementos probatorios en su contra, que determinaron su imputación, tales como la requisada efectuada sin orden judicial mediante técnicas de requisada personal e íntima que no se ajustan a los estándares nacionales ni internacionales en cuanto al respeto a la intimidad y decoro.

### **II.- FUNDAMENTOS:**

Los hechos que motivan el presente son los que paso a detallar:

Que las presentes actuaciones tuvieron inicio el dia 23 noviembre de 2011, en la Alcaidía dependiente de la Unidad Regional IV a las 14:20 horas de la tarde, y en momentos que, según constancia de fs. 5, las cabos de policía V.V. y Y.V. se hallaban requisando a los familiares de los detenidos, dejan constancia en el acta circunstanciada que al momento de requisar a la Sra. Z.N.P. –luego de exigirle que se desvistiera y haciéndole practicar flexiones de piernas– observan que entre ellas tenía un paquete tipo bolsa de nylon color blanca con mancha roja, como sangre humana, y le solicitaron aparentemente que exhiba dicho paquete.

Que al hacerlo constataron que en el interior había una sustancia vegetal tipo marihuana como así también la cantidad de 30 pastillas de color blanca, todo sin presencia de testigos hábiles y civiles.

Resulta pues que la nota característica del acta de fs. 5 es que no consta la presencia ni la firma de los testigos ajenos a la repartición dado que se trata de actas que acreditan las acciones irreproducibles y definitivas, con lo que queda en duda la cadena de aseguramiento de la prueba.

El acta es argüida de nulidad en los términos del art. 138 del CPPN, que dice textualmente:

Cuando el funcionario público que intervenga en el proceso deba dar fe de los actos realizados por él o cumplidos en su presencia, labrará un acta en la forma prescripta por las disposiciones de este capítulo [...] y los funcionarios de Policía o Fuerzas de Seguridad por dos testigos, que en ningún caso podrán pertenecer a la repartición cuando se trate de las actas *que acrediten los actos irreproducibles y definitivos, tales como el secuestro, inspecciones oculares, requisa personal*.

Resulta, pues, que la presencia de “testigos” en este procedimiento vejatorio de su intimidad no existió, solo quedó corroborado con las propias declaraciones testimoniales de las actuantes en presencia de SS; llama la atención que el representante del Ministerio Público Fiscal –garante de la legalidad del proceso– no lo advirtiera oportunamente, es decir, ni bien recibió el sumario.

Por lo que si el procedimiento inicial viola garantías constitucionales, tal ilegalidad se proyecta a todos aquellos actos que son su inmediata consecuencia, y tal extensión alcanza tanto los objetos incautados como los sujetos involucrados con posterioridad.

Esto es lo que se conoce en la doctrina como “la teoría del fruto de árbol venenoso”, mediante la cual se excluye cualquier medio probatorio adquirido por vía ilegítima, porque de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso.

Pero, además, este tipo de requisas comporta una flagrante violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos por cuanto lesiona la dignidad de las personas sometidas a tal procedimiento –como en el caso– al exigirles que se desnuden para requisarlas (art. 11), constituyendo una medida de carácter penal degradante que transciende la persona del penado o procesado (art. 5.3); y es, además, discriminatoria en perjuicio de las mujeres (art. 24) en relación con el art. 1.1, ya que constituye un tratamiento degradante, que en este caso equivalió a una invasión de la intimidad y a la integridad física de la Sra. Z.N.P.

El art. 8 inc. f de la CADH establece el derecho de la defensa de interrogar a los testigos –*los que pueden arrojar luz sobre los hechos*– sobre la base de este principio; si se le diera validez al acta que impugno, se conculcaría este derecho constitucional de la imputada, *ya que no tendría la posibilidad de defenderse de los dichos de la policía al no haber testigos*.

Por otro lado, los arts. 5.1 y 5.2 de la CADH establecen que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física y psíquica, y que nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; además que toda persona privada de la libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Estos derechos le ponen límites al ejercicio de la autoridad pública, por lo que de ninguna manera podrían invocarse “el orden público” o el “bien común” como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención; y máxime si se trata de una persona que, hasta el momento de la requisita, era una simple ciudadana que iba a visitar a un familiar al lugar de detención, con lo cual la acción de la policía hizo trascender negativamente en su persona los efectos de la detención que viene sufriendo un tercero, violándose también el principio constitucional de intrascendencia de la pena.

Las citadas normas fueron incorporadas a la Constitución Nacional en el año 1994 mediante el Bloque Constitucional de los Tratados de DDHH; se erigió, desde entonces, como un límite infranqueable para el ejercicio de toda potestad de la administración pública. Además tenemos que tener presente la Recomendación N° 746/PPN/11 de la Procuración Penitenciaria de la Nación, que trata Sobre el Procedimiento de Requisa Personal, emitida ante los reiterados reclamos de las personas detenidas y sus familiares a causa de las requisas vejatorias y humillantes a las que son sistemáticamente sometidas –vulnerando con ello sus Derechos Humanos–; como consecuencia de ello surgió una importante instrucción respecto de las vulneraciones de dichos derechos. En la citada normativa, se dispone que deberán cesar las prácticas de registro que impliquen violaciones a la integridad física –*requisas invasivas que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante en relación con la persona detenida o su visita*– y a la dignidad de la persona, so pena de que di-

chas autoridades incurran en responsabilidad penal y hagan incurrir al Estado en responsabilidad internacional.

Resulta así de aplicación no solo el art 138 del CPPN, sino también el art. 168 2<sup>a</sup> parte del CPPN; debe decretarse la nulidad también por violación a garantías constitucionales que surgen del art. 18 CN (debido proceso) y art. 19 CN (ámbito privado).

Por imperativo del art. 120 de la CN, tanto el Ministerio Público Fiscal como el Ministerio Público de la Defensa tienen la función de *promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad*, en coordinación con las demás autoridades de la República; por lo que, ante la evidente ilegalidad del presente procedimiento, esta defensa ejerce tal potestad solicitando que se anule el acta en cuestión en defensa de la garantía del debido proceso que ampara a la imputada, ya que todo acto que implique la adquisición de pruebas debe hallarse en equilibrio *–por un lado–* con la necesidad del Estado de “descubrir la verdad” y *–por otro–* con las garantías constitucionales previstas para proteger los derechos inescindibles de los hombres.

Es de destacar que el acta de procedimiento implica no solo el instrumento primigenio del que se desprende lo que a la luz de posteriores actuaciones significará la plataforma fáctica sobre la cual se delimitará la imputación, sino que además es un acto irreproducible, de carácter público y que debe proveer, por medio de su contenido, el marco de legalidad al proceso.

Entonces, en este caso, con las extralimitaciones y aberraciones a las que sometieron a mi pupila en tan denigrante acto (violación a la protección constitucional prevista por el art. 19 CN), no puede servir ni de acto primigenio para la plataforma fáctica, y mucho menos darle a este proceso el marco de legalidad y constitucionalidad que surge del art. 18 de la CN.

El acta es nula no solo por haber sido realizada *sin la presencia de testigos*, sino porque cuando se debe ejercer una invasión a la privacidad e intimidad (*examen de órganos sexuales de una mujer, hacerla desnudar, obligarle a hacer flexiones de piernas, y obligarle a quitarse sus prendas íntimas en un lugar de detención cuando realiza una visita a un detenido*) la policía debe solicitar orden judicial para requisar *fundadamente y por sospecha de la supuesta comisión de un delito de acción pública*.

Tales intromisiones corporales exceden a una simple requisita y, salvo razones de urgencia, *requieren de una autorización judicial*, debiendo, además, realizarse en condiciones tales que no vulneren por demás el pudor y la intimidad del inspeccionado, ni mucho menos que puedan poner en peligro su salud.

De lo contrario, y como es del caso, se convierte el acto irreproducible en nulo de *nulidad absoluta* por violación a las garantías constitucionales ya señaladas a lo largo de este exordio, por aplicación del art. 168 2<sup>a</sup> parte de la ley penal.

Nótese que en el acta de secuestro de fs. 5, se deja constancia que en el momento en el que las cabos de policía V.V. y Y.V. realizaban las requisas a todos los familiares de los detenidos, le exigieron a la Sra. Z.N.P. *que se desvistiera y –sin brindar mayo-*

*res precisiones*– observan que entre las piernas tenía un paquete tipo bolsa de nylon color blanca con una mancha roja como sangre humana.

A dos conclusiones arribo en consecuencia:

**1)** Que las agentes de policía, obligaron a mi asistida a desvestirse y desnudarse, cuando en realidad les está vedado, pues debería no solo pedirse la orden judicial, sino, en el peor de los casos, ser examinada por una profesional médica de la Institución; nótese que se trata de un examen casi ginecológico, y si nos planteamos que existen resguardos constitucionales para el domicilio y los papeles privados (art. 19 CN), no menos podemos esperar de una intromisión de tal naturaleza.

**2)** Que si se halló un paquete *con manchas de sangre* que estaba “entre sus piernas” y aunque *no conste en el acta*, únicamente pudo haber sido extraído del interior de su cavidad vaginal. Me atrevo a arribar a esa afirmación contundente porque si el paquete tenía sangre era por la razón simple y fisiológica de que Z.N.P. se encontraba en período menstrual, entonces resulta lógico que la bolsa no pueda estar en otro lugar *que no sea su vagina*: ergo, no solo la obligaron a desvestirse y desnudarse, sino que de alguna manera –que no consta escrita– “*alguien*” *introdujo una mano o un objeto que pudiera extraer el paquete que dicen llevaba*.

Si la policía de la provincia de Corrientes, desde su jefatura hasta el último eslabón en la jerarquía de la Fuerza, no conoce ni respeta los más elementales principios que informan al proceso constitucional penal moderno, es obligación de quienes tomamos conocimiento de tamañas aberraciones hacer justicia y eliminar todo viso de nulidad e inconstitucionalidad de acciones vejatorias ejercidas por ellos, sin perjuicio de que se los pueda capacitar luego del resultado del proceso sobre la manera en la que deberían actuar y no lo hacen. Así lo advirtió en su oportunidad el Comité Contra la Tortura de Naciones Unidas, en el período 33 de sesiones ordinarias, realizado desde el 15 al 26 de noviembre de 2004, en el que se analizaron los informes presentados por la Argentina sobre el cumplimiento de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes *por parte de autoridades de las fuerzas o cuerpos de seguridad del Estado, tanto en las provincias como en la Capital Federal, y el Comité manifestó la preocupación por*

*las vejaciones y tratos degradantes que tienen lugar durante las requisas personales que se practican a las personas que visitan los centros de detención* (Apartado D “Motivos de Preocupación” inciso “I” del Informe ONU 33/1).

Asimismo, de las Recomendaciones del Comité al Estado argentino, se pueden extraer algunas que se aplican al caso, entre ellas:

7.b: *Capacite a los funcionarios judiciales para mejorar la eficacia de las investigaciones y para adecuar las resoluciones judiciales a los estándares internacionales en la materia*; 7.c: *Mejore la calidad y profundice la capacitación de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en materia de Derechos Humanos, específicamente sobre los requisitos de la Convención*; 7.d: *Garantice que las obligaciones de la Convención sean siempre acatadas en todas las jurisdicciones provinciales, con el objeto de velar, por una aplicación uniforme de la Convención en todo el territorio del Estado Parte*; se recuerda al Estado Parte que la responsabilidad internacional del Estado incumbe al Estado Nacional aunque las violaciones hayan ocurrido en jurisdicciones provinciales; 7.l: *tome medidas necesarias para garantizar que las requisas personales respeten plenamente la dignidad y los derechos humanos de toda persona, en pleno cumplimiento con las normas internacionales*.

En igual sentido, y conforme lo establecido en el Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Penal (“Reglas de Mallorca”), según lo establece la Regla 21: “*Ningún detenido o preso podrá ser objeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes*”; y la Regla 23: “*Toda intervención corporal está prohibida salvo que se cuente con el consentimiento del afectado*”.

Continuando con el análisis objetivo del acta que impugno, cabe resaltar que luego de la infame práctica a la que sometieron a Z.N.P., las preventoras procedieron a informar primero a su jefe, y este, a su vez, se comunicó con autoridades judiciales por vía telefónica, y luego procedieron a convocar al perito de Gendarmería Nacional; *pero en todo este derrotero se obvió lo más esencial y fundamental para darle un marco de legalidad al procedimiento, que fue la presencia de testigos ajenos a la repartición, como lo exige la ley de rito*.

Debemos observar que en el horario en que se llevó a cabo la requisita –14:20– y conforme surge de las testimoniales prestadas en la causa, se hallaban otras personas ajenas a la Fuer-

za, dado que era día de visitas y que podrían haber oficiado de testigos sin ningún tipo de impedimento.

Es de destacar también que el lugar donde se halla la alcaldía local –*pleno centro de la ciudad*– a una manzana del Juzgado Federal y de la Fiscalía, posibilitaba llamar a personas ajenas a la Institución para que asistan a los funcionarios que llevaban a cabo el acto.

La Excma. Cámara Nacional de Casación Penal ha dicho que cuando se trata de actos definitivos e irreproducibles es necesario que haya testigos que firmen –según los arts. 138 y 140 del CPPN– (CNCP, Sala III, “*Palacios, Gustavo Gabriel s/ recurso de casación*”, Causa N° 4193, Registro N° 265.03.3, entre muchos otros) “...lo cual acontece en la especie y dicha exigencia encuentra fundamento en el control de los actos emanados de autoridades estatales, constituyendo un límite contra eventuales irregularidades...” (del voto de la Dra. Ledesma, CNCP, Sala III, “*Ledesma, Rodolfo Eulogio s/ Rec. de casación*”, Causa N° 5288, Registro N° 857.04.03; CNCP, Sala III, “*Rojas, Daniel Fabián s/ Rec. de Casación*”, Causa N° 5404, Registro N° 858.04.3)”.

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación advirtió con rigor que: “...la sola o vacía invocación de ‘razones de seguridad’, [...] sin un andamiaje objetivo que lo motive no puede justificar nunca la privación del goce de los derechos constitucionales...” (Fallos 306-126, causa “*Dessy, Gustavo Gastón s/ hábeas corpus*”. ED. t. 165, p. 459 y ss.), y aquí el derecho constitucional garantido, y afectado en el caso, es, resumidamente expuesto, el respeto a la dignidad e intimidad de la persona.

En un interesante precedente del año 2006, la justicia de instrucción nacional –Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 38– a cargo de la Dra. Wilma López, declaró inconstitucionales las requisas de las partes íntimas de las visitas femeninas al hacer lugar a un hábeas corpus presentado por un interno de la cárcel de Devoto.

La Magistrada sostuvo, en esa oportunidad, que se trataba de una práctica “abusiva” que viola el derecho a la *intimidad, la honra y la dignidad* y declaró la inconstitucionalidad de las requisas vaginales de las visitas de los presos; además le ordenó al director de la cárcel de Devoto que establezca “métodos alternativos de revisión” para dos familiares de internos (que presentaron un hábeas corpus) y para todas las visitas femeninas.

También calificó el procedimiento como una práctica “abusiva” y “generalizada” violatoria del “derecho a la intimidad, la honra y la dignidad”, que al mismo tiempo es realizada por personal del Servicio Penitenciario Federal, que no practica la medicina.

Al igual que en el caso que nos ocupa, en aquel se estableció que: “La requisita consiste en la revisión visual de la vagina, para lo cual la visita es sometida al despojo de su ropa interior, agacharse, abrir los labios vaginales y un personal femenino del servicio penitenciario se agacha hasta colocarse en ‘cuclillas’ y se asoma revisando su interior...”. En otro segmento del fallo, la jueza señaló que ese procedimiento “...es una ‘violación’ al ‘derecho a la intimidad, la honra y la dignidad...’”, y que:

...surge con meridiana claridad que el reglamento analizado –en cuanto permite la inspección vaginal de las visitas– es contrario a los derechos constitucionales y de la Convención Americana de Derechos Humanos y también a la Ley 24.660 de Ejecución de la pena privativa de la libertad en cuanto enuncia la finalidad específica de la adecuada reinserción social del condenado, quedando exenta la ejecución de tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Por ello, también declaró inconstitucional la “Guía de Procedimientos del año 1991”, del acápite III del punto IV, y citó un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre una denuncia contra el Estado argentino en el caso “Arenas”.

Allí, la CIDH en el informe N° 38/96, Caso N° 10506 Argentina, del 15 de octubre de 1996, estableció, por ejemplo, en el Considerando 71:

La razonabilidad y proporcionalidad de una medida se pueden determinar únicamente por la vía del examen de un caso específico. La Comisión opina que una inspección vaginal es mucho más que una medida restrictiva en el sentido de que implica la invasión del cuerpo de la mujer. Por tanto, el equilibrio de intereses que debe hacer al analizar la legitimidad de dicha medida, necesariamente requiere sujetar al Estado a una pauta más alta con respecto al interés de realizar una inspección vaginal o cualquier tipo de requisada invasiva del cuerpo.

También en el Considerando 72 expresó: La Comisión estima que para establecer la legitimidad excepcional de una revisión o inspección vaginal, en un caso en particular, es necesario que se cumplan cuatro condiciones: 1) tiene que ser absolutamente necesaria para lograr el objetivo de seguridad en el caso específico; 2) no debe existir alternativa alguna; 3) debería, en principio, ser autorizada por orden judicial; y 4) debe ser realizada únicamente por profesionales de la salud.

Ello resulta operativo para resolver el presente, por tratarse de una recomendación del máximo órgano Interamericano de control de convencionalidad al Estado argentino; y dado lo extenso de su contenido, me permito acompañar copia para evitar su integra transcripción por una razón de economía procesal.

En el caso, no estamos ante una contingencia, sino frente a un operativo previsto y organizado de antemano, por lo que deberían haberse adoptado las medidas necesarias para que –ante la eventualidad de un hallazgo– este fuera legalmente asegurado.

Además, el deseo y la necesidad de visitar a un detenido no desanda el derecho a la indemnidad del propio cuerpo, cuando ese derecho precisamente encuentra protección en leyes de rango constitucional, y los procedimientos implementados por terceros y el personal de custodia para salvaguardar la seguridad y la salud, tanto de los internos como de sus familiares, no pueden avasallar esos derechos.

Por otro lado, debe tenerse presente que ningún texto legal vigente otorga potestad al personal policial para que en el registro de las visitas pueda exigir la exhibición de los genitales, nalgas, ano y vagina; por lo que dicho procedimiento implica una clara afectación al principio constitucional de “intrascendencia de la pena”.

Si entonces puede predicarse un rasgo caracterizador en el ámbito del sistema constitucional de garantías penales, “...consiste en que el ejercicio de un derecho fundamental por un individuo no necesita justificación alguna, y que por el contrario, la limitación por el Estado de los derechos fundamentales tiene que ser justificada...”. (Bacigalupo, Enrique, *Principios constitucionales de derecho penal*, p. 13, Ed. Hammurabi).

Como consecuencia de todo lo expuesto, por violación a todas las garantías constitucionales señaladas, *entiendo que el acta de procedimiento y todos los actos que son su lógica consecuencia resultan inválidos nulos de nulidad absoluta por aplicación del art. 168 2<sup>a</sup> parte del CPPN*.

Y dado que son irreproducibles los actos de los que da fe tal acta, no existe objeto probatorio por el delito que se le atribuye a Z.N.P., por lo cual corresponde decretar su sobreseimiento definitivo por aplicación del art. 336 inc. 3 del CPPN.

### **III.- HACE RESERVA DE CASACIÓN Y DEL CASO FEDERAL**

Para el hipotético caso de no prosperar el planteo defensista articulado, hago desde ya reserva de recurrir por ante la Excma. Cámara de Casación Penal, conforme lo autoriza el art. 456 y ss del CPPN, y, en su caso, interponer Recurso Extraordinario Federal ante la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación por aplicación del art. 14 de la ley 48. Ello en virtud de la afectación de derechos y garantías de mi pupila en orden al derecho de los internos de no ver afectada sus visitas (relaciones familiares y vinculares con terceros), y de estas de no

ser afectadas indebidamente por un trato que afecte su intimidad; y el principio constitucional de intrascendencia de la pena, previstas y reconocidas por los arts. 18 y 19 CN que hacen al debido proceso y a la protección contra el arresto arbitrario y protección de la intimidad; arts. 5.1, 5.2 y 8.1 de la Convención Americana sobre derechos Humanos y lo dispuesto por la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penal Crueles, Inhumanos o Degradantes.

#### IV.- PETITORIO

En virtud de lo expresado en los acápite que preceden, legislación y jurisprudencia aplicables, de V.S. **SOLICITO:**

- 1º) Se tenga por interpuesta NULIDAD del acta de fs. 5.
- 2º) Se decrete la **NULIDAD DEL ACTA** de fs. 5 y de todos los actos procesales que son su consecuencia.
- 3º) Se decrete el sobreseimiento de Z.N.P.
- 4º) Se tenga presente la Reserva Federal.
- 5º) Se tenga por acompañada copia del Informe de la CIDH de fecha 15/10/1996.

**Proveer de conformidad, SERÁ JUSTICIA.**

**Defensoría, 11/05/2012**

#### **Resolución N° 80 de la Cámara Federal de Apelaciones de Corrientes**

Corrientes, 25 de marzo de 2013

Y Visto: los autos “Apelación de nulidad” Expte. N° 9619/12 del registro de este tribunal, proveniente del Juzgado Federal de Paso de los Libres.

Considerando:

Que ingresan a esta Alzada fotocopias certificadas de este incidente en virtud del recurso de apelación promovido por la defensa oficial a fs. 128/131 vta., contra el auto de fs. 125/127, por el cual la jueza de grado anterior rechazó la instancia de nulidad articulada contra el procedimiento de requisas practicado a su asistida.

En este sentido, a la defensora agravia que la instructora exprese como justificativo a la forma en la que se llevó a cabo el procedimiento: “...que la requisas en cuestión no fue practicada en forma antojadiza, sino en el ámbito de una unidad carcelaria, donde sabido es que un visitante será requisado, si bien la ley de ejecución 24.660 establece que la requisas deberá respetar la dignidad humana y que el registro manual en la medida de lo posible, será sustituido por sensores no intensivos u otras técnicas no táctiles apropiadas y eficaces” y “que es de público conocimiento la ausencia de aparatoología mecánica de última generación en la Unidad Regional IV de la Policía de Corrientes.” Así, refiere que tal circunstancia no autoriza a los funcionarios policiales a proceder de manera humillante y degradante, al margen de los derechos fundamentales de su asistida. Cita en apoyo lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en la causa “Dessy, Gustavo Gastón”, fallos 306:126.

En el acápite II, en los términos de los arts. 138, 140 y 168 inc. 2 del CPPN postula la nulidad del acta de fs. 5 y de todos los actos que sean su consecuencia lógica, insitando el sobreseimiento de su asistida por no constar en ella la presencia ni las firmas de testigos ajenos a la repartición. Manifiesta que tal circunstancia es corroborada mediante las declaraciones testimoniales prestadas por las actuantes ante la instrucción.

Seguidamente, realiza un breve relato de los hechos señalando que el dia 23 de noviembre de 2011, en la Alcaldía dependiente de la Unidad Regional IV, a las 14:20 hs., cuando las cabos de policía V.V. y Y.V. realizaban requisas a los familiares de los detenidos, obligaron a su asistida a desvestirse y desnudarse, cuando en verdad debió requerirse orden judicial y, en todo caso, el procedimiento debió ser efectuado por una profesional médica.

Como consecuencia, solicita que se revoque la resolución recurrida y, en consecuencia, se declare su nulidad.

Hace reserva de la cuestión federal, en caso de resolverse en sentido adverso a sus pretensiones.

Al contestar la vista conferida a fs. 140, el representante del Ministerio Público Fiscal expresó su no adhesión al planteo impugnativo articulado.

De acuerdo con lo resuelto por mayoría en la Acordada 82/10 de esta Cámara, a tenor de lo normado por el art. 454 del CPPN (Ley 26.374), a fs. 142/146 se agregó el memorial sustitutivo correspondiente al recurso interpuesto, en el que se ratifican y amplian los fundamentos expuestos al momento de interponer el planteo impugnativo. Asimismo, en dicha oportunidad, el Sr. Defensor General agregó que el procedimiento fue realizado en franca violación a la Convención Americana de Derechos Humanos, por cuanto la requisita efectuada lesionó la dignidad de las personas pues, en el caso, exigirle que se desnude (art. 11) constituye una medida de carácter penal que trasciende a la persona del penado o procesado (art. 5.3), además es discriminatoria en perjuicio de las mujeres (art. 24), y constituye un trato degradante equivalente a una invasión a la intimidad e integridad física de su asistida, sin que estén presentes las situaciones de excepcionalidad que, conforme el art. 230 del CPPN, justificarían la omisión

de solicitud de autorización judicial, por lo que concluye que la requisita efectuada es nula.

Asimismo, cita en apoyo a la nulidad planteada, la declaración testimonial de fs. 94/95 prestada por la Sra. V.V., funcionaria de policía, de la cual surgiría que los testigos llegaron aproximadamente media hora más tarde.

El impugnante continúa expresando que el Estado jamás puede justificar la violación de derechos fundamentales alegando la deficiencia tecnológica.

Para fundar su postura, señala que este ha sido el criterio seguido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe 38/96 caso 10506) al observar la práctica de las autoridades penitenciarias argentinas que consiste en realizar revisiones vaginales a las mujeres que ingresaban a los establecimientos carcelarios.

Antes de ingresar en el análisis del recurso interpuesto creemos oportuno precisar que conforme surge de las actas de fs. 04 y 10 vta., y de la testimonial de las cabos de policía V.V. y Y.V., obrantes a fs. 75/76 vta. Y 77/78 vta. respectivamente, la imputada habría concurrido el día 23 de noviembre del año 2011 a visitar a su concubino detenido en la Unidad Regional IV de la ciudad de Paso de los Libres cuando, al ser requisada se le requirió, luego de desvestirse, que realice flexiones de brazos, y se pudo advertir, en la tercera de las flexiones realizadas, que llevaba entre sus piernas un paquete con mancha roja, tipo sangre humana, el que al ser exhibido se constató que se trataba de marihuana.

En virtud de los hechos expuestos, se plantea en el caso la necesidad de determinar según qué parámetros y condiciones deben practicarse las requisas en los establecimientos carcelarios, a partir de aceptar que en estos casos rigen presupuestos diferentes a los procedimientos realizados en la vía pública.

Pues es cierto y no se puede pasar por alto que los funcionarios de los centros de detención tienen a su cargo no solo la custodia y seguridad de los visitantes, de las personas alojadas y del personal, sino también el deber de evitar el ingreso de elementos peligrosos que atenten contra la integridad de estos, lo que impone que la medida deba realizarse, sin excepción, sobre todos los visitantes aun cuando no medien las condiciones previstas en la ley procesal para las requisas practicadas en la vía pública: "motivos suficientes", "orden judicial" ni "razones de urgencia".

Sin embargo, no por ello es posible sostener que quienes concurren en carácter de visitantes a un centro de detención deban someterse a requisas practicadas de modo incompatible con el respeto a la dignidad de la persona humana.

En resumidas cuentas, de tolerarse la postura propuesta por la instructora al expresar que la requisita en cuestión “no fue practicada en forma antojadiza sino en el ámbito de una Unidad Carcelaria, donde es sabido que un visitante será requisado”; debería necesariamente concluirse que los derechos y garantías de los individuos que concurren en el carácter de visitas a los establecimientos carcelarios se flexibilizan o cuentan con una protección legal más precaria, lo que constituye una clara afectación al principio de intrascendencia de la pena a terceros, previsto en el art. 5.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

Desde otra óptica, tal como lo ha señalado la recurrente en su impugnación, resulta inaceptable que en un Estado de derecho se invoquen fines preventivos o de seguridad para vulnerar derechos fundamentales, como el respeto a la dignidad humana. Ello permitiría justificar la instrumentación de la persona por razones de seguridad, contrariando la máxima kantiana de que el hombre es un fin en sí mismo y que, por tanto, no puede ser utilizado para lograr otros fines.

Los argumentos del fallo analizado en torno a la justificación de la requisita parecerían enrolarse dentro de la distinción que realiza un sector de la doctrina, que diferencia entre requisas judiciales y administrativas o preventivas. Quienes postulan esa diferenciación sostienen que las segundas no presuponen la comisión de un delito, ni recaen sobre persona determinada, sino que se corresponden con los cateos e inspecciones que por razones de seguridad y en virtud del poder de policía pueden realizar las autoridades administrativas, por ejemplo, en cárceles, aeropuertos o estadios de fútbol. Sin embargo, afirman que estas, por su carácter preventivo o cautelar, deben ser superficiales o genéricas, fugaces (no se puede demorar al requisado), respetuosas de la propiedad (por ej. no se puede dañar), mínimamente invasivas de la intimidad, insignificantemente molestas y muchas veces expresa o tácitamente consentidas; las modalidades más frecuentes son el palpado por encima de la vestimenta, el empleo de detectores de metales u otros elementos peligrosos y la utilización de perros adiestrados. (Maximiliano Hairabedíán, *Requisas y otras inspecciones personales*, Buenos Aires, Astrea, 2012, pág. 107-111).

En el caso, claramente, la forma invasiva y humillante en la que se realizó el procedimiento impide encuadrarlo dentro de alguna modalidad de las llamadas “requisas administrativas”.

Por lo demás, tal como lo señala la impugnante, tampoco se advierten las razones de peligro o urgencia que, conforme la ley procesal, podrían haber autorizado a practicar el acto prescindiendo de la orden judicial correspondiente o sin la presencia de los testigos del procedimiento, pues, en el caso, nada impedía al personal penitenciario ajustar el procedimiento a lo previsto por el art. 230 del CPPN.

Respecto del modo en que deben realizarse, la ley 24.660 de ejecución de la pena privativa de libertad establece en sus arts. 70 y 163 que las requisas que se practican sobre los internos y los visitantes deben ser realizadas *dentro del respeto a la dignidad de la persona humana*. En el caso sometido a estudio, es innegable que requerir a una mujer y a sus hijos menores que se quiten sus prendas de vestir, exhiban sus partes íntimas y efectúen flexiones, es someterlos a un trato humillante y denigrante.

El procedimiento practicado se halla en clara confrontación con lo previsto por el art. 163 de la propia ley, según la cual: “El visitante y sus pertenencias, por razones de seguridad, serán registrados. El registro manual, en la medida de lo posible, será sustituido por sensores no intensivos u otras técnicas no táctiles apropiadas y eficaces”.

En verdad, la exigencia de mecanismos tecnológicos tiene como finalidad evitar que el modo de proceder durante la requisita quede librado a la absoluta voluntad de los agentes encargados del procedimiento, pues se trata de actos realizados, en todos los casos, con nulo control jurisdiccional.

Por ello, no puede tolerarse el argumento ensayado por la magistrada al sostener que en la realidad no se han implementado sensores en ninguna Unidad, más aún si tenemos en cuenta que se trata de la Unidad Regional IV de la Policía de Corrientes en nuestra ciudad, donde es de público conocimiento que se carece de todo tipo de aparato de última generación. De aceptarse la interpretación postulada, se afectaría el principio de progresividad previsto en el art. 26 de la CADH, según el cual los Estados tienen el deber de implementar, por vía legislativa u otros medios apropiados, medidas que paulatinamente mejoren los estándares de derechos previstos por la Convención, procurando de manera progresiva su plena efectividad.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe 38/96, *Caso X e Y vs. Argentina*, del 15 de octubre de 1996, dictaminó que nuestro país había desconocido el derecho a la intimidad de las denunciantes al someter a una mujer y a su hija de 13 años a revisiones vaginales (Corte Suprema de la Nación, caso “Arena”, Fallos: 312:2218).

En el informe señalado, la Comisión desa-

rrolló los siguientes principios, trascendentales para el caso sometido a estudio:

En el parágrafo 55, sostuvo que en el artículo 32.2 (de la Convención Americana) se reconoce la existencia de ciertas limitaciones inherentes a los derechos de todas las personas que resultan de la convivencia en una sociedad.

56. El artículo 32.2 indica: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

57. Al examinar el artículo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que la imposición de limitaciones se debe emplear siempre de manera estricta. La Corte ha opinado:

A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse “el orden público” o el “bien común” como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el artículo 29.a de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.

59. Un Estado no tiene discreción absoluta para decidir sobre los medios a adoptarse para proteger el “bien común” o “el orden público”...

En el párrafo 71, al referirse a la cuestión específica planteada por las denunciantes, la Comisión señaló lo siguiente:

La inspección vaginal, por su naturaleza, constituye una intrusión tan íntima del cuerpo de una persona que exige protección especial. Cuando no existe control y la decisión de someter a una persona de ese tipo de revisión íntima queda librada a la discreción total de la policía o del personal de seguridad, existe la posibilidad de que la práctica se utilice en circunstancias innecesarias, sirva de intimidación y se constituya en alguna forma de abuso. La determinación de que este tipo de inspección es un requisito necesario para la visita de contacto personal debería ser efectuada en todos los casos por autoridad judicial.

En el párrafo 72, respecto de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, expresó:

La Comisión estima que para establecer la legitimidad excepcional de una revisión o inspección vagi-

nal, en un caso en particular, es necesario que se cumplan cuatro condiciones: 1) tiene que ser absolutamente necesaria para lograr el objetivo de seguridad en el caso específico; 2) no debe existir alternativa alguna; 3) debería, en principio, ser autorizada por orden judicial; y 4) debe ser realizada únicamente por profesionales de la salud.

De este modo, corresponde realizar un examen de confrontación normativa o “control de convencionalidad” entre las disposiciones del derecho interno y la Convención Americana de Derechos Humanos, para adoptar, en el caso concreto, una decisión judicial compatible con el respeto a los derechos de la persona humana, tal como fuera dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, del 26 de septiembre de 2006, considerando 124: “En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Bajo los parámetros expuestos por la Convención, si durante la práctica de una requisita de rutina existen razones para sospechar que un visitante lleva en sus partes íntimas sustancias prohibidas o peligrosas, se debe exigir a quienes están a cargo que avisen a la autoridad judicial, que soliciten la expedición de la orden correspondiente y, como medida respetuosa a la dignidad, que exijan que el acto de inspección sea realizado por una profesional de la salud.

En este sentido, debe interpretarse que los precedentes de la CIDH resultan de aplicación obligatoria en nuestro derecho interno, es esta la pauta que debe seguirse a partir de lo resuelto por la Corte Suprema en los casos “Esposito” y “Derecho”, en los que la CSJN ha sido clara superando la vieja idea de guía de la jurisprudencia del Sistema Interamericano (CSJN, “Giroldi, H. s/recurso de casación”, 7/4/1995), en tanto ha dado cuenta de la obligación de adecuar el derecho interno y la actuación de los operadores judiciales a la normativa internacional.

El art. 2 de la ley 23.054 tiene igual interpretación, el cual establece la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta.

Respecto de la nulidad planteada, de la lectura del acta de fs. 5 surge que las personas que han sido convocadas para oficiar como testigos del hallazgo no solo no firman el acta, sino que tampoco son mencionadas en la secuencia de actos enunciados en el acta circunstanciada, en la que se da cuenta que a las 14:20 hs., luego del hallazgo, se informa de la situación a las autoridades judiciales, se convoca a los peritos y se practica el examen médico de rigor a la imputada. Igual omisión cabe apuntar con respecto al acta de constatación de fs. 6, practicada a las 14:40 hs.

En este aspecto, surge de las declaraciones prestadas por las ciudadanas L.D.A. y N.S.V.M., de fs. 81 vta. y 83 y 84 vta. respectivamente, quienes fueran convocadas como testigos del procedimiento, que estas habrían intervenido recién “cuando estaban los gendarmes a punto de hacer la prueba para saber si la sustancia que estaba sobre la mesa se trataba de droga”

(fs. 81 vta.); y de la declaración de fs. 77 vta. hecha por la oficial Y.V. surge que gendarmería habría arribado al lugar después de una hora aproximadamente.

De lo expuesto cabe concluir que los testigos del procedimiento no habrían presenciado la incautación, pues cuando fueron llamadas para supervisar el acto, Z.N.P. ya estaba detenida y Gendarmería se encontraba pronta a permitir la sustancia secuestrada.

En palabras de Claria Olmedo, dado que los testigos de actuación están destinados a dar fe del acto cumplido en su presencia, se hace indispensable que asistan a todo su desarrollo.

De este modo, no es posible legitimar la ilegalidad de un procedimiento realizado al margen de la ley a partir de sus resultados. Como lo expusiera la Corte Suprema en los casos Montenegro y Fiorentino (considerandos 5 y 7, fallos, 303:1938 y 306:1752 respectivamente) otorgar valor al resultado de un delito y apoyar sobre él una sentencia judicial no solo es contradictorio con el reproche y la formulación, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla a partir del hecho ilícito.

Por las razones expuestas, tratándose de actos esenciales del proceso, definitivos e irreproducibles, nos encontramos ante una nulidad absoluta.

Respecto de las consecuencias de la sanción impuesta, la Corte Suprema a partir del caso “Rayford” (considerandos 51 y 61, Fallos: 308:733), ha resuelto que si en el proceso existe un solo cauce de investigación y este se halla viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquel (doctrina reiterada en los casos “Francomano”, Fallos: 310:2384, “Daray”, Fallos: 317:1985, “Peralta Cano”, causa 50.176C).

Por lo tanto, en virtud de la aplicación de la regla de exclusión sentada en dicho precedente, corresponde declarar la nulidad del procedimiento de requisas practicado, como así también de los actos que son su consecuencia:

acta secuestro preventivo de elementos de fs. 10 y la declaración indagatoria de fs. 59; ello de conformidad a lo establecido por el artículo 172 del CPPN.

Para finalizar, no puede pasarse por alto que de la declaración de la cabo V.V., a fs. 76, surge que los dos hijos menores de la imputada se quedaron con ella durante los días que estuvo detenida; aun cuando el Jefe de Alcaldía declaró, a fs. 79, que uno de ellos habría sido entregado a un familiar, tal circunstancia no se halla acreditada en un acta que lo consigne. Al respecto, las autoridades policiales deben informar, de manera inmediata en circunstancias como las descriptas, la situación tanto al juez de turno como al asesor o defensor de menores, a fin de garantizar la tutela de sus derechos, considerando especialmente la particular situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los niños conforme al concepto de regla N° 1 de las 100 reglas de Brasilia, ratificada por Acordada 5/2009 de la CSJN.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, SE RESUELVE: 1) Hacer lugar al planteo incoado por la defensa de la imputada Z.N.P., declarando la nulidad de la requisas practicada y de todos los actos que son su consecuencia: acta secuestro preventivo de elementos de fs. 10, declaración indagatoria de fs. 59, ello de conformidad a lo establecido por el artículo 172 del CPPN. 2) Elevar copia de la presente resolución a las autoridades de Alcaldía de la Unidad Regional IV de la ciudad de Paso de los Libres, provincia de Corrientes, a fin de que se adeguren sus prácticas a las consideraciones expuestas en el presente decisorio.

Regístrese, notifíquese y devuélvase el incidente al juzgado de origen.

Nota: El Acuerdo Extraordinario que antecede fue suscripto por los Sres. Jueces que constituyen mayoría absoluta del Tribunal (art. 26 del Dto. ley 1285/58 y art. 109 del RN) por encontrarse en uso de licencia la Sra. jueza de Cámara, Dra. Mirta G. Sotelo de Andreau. Secretaría de Cámara, veinticinco de marzo de 2013.

# Sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín en la causa 1721 del Registro de la Secretaría Penal N°3

## DEDUCE APELACIÓN

Señor juez:

Gervasia Vilgre La Madrid, Defensora ad hoc ante el Juzgado Federal de Campana, provincia de Buenos Aires, en el incidente de excarcelación que se sustancia en la causa nro. 1721 del registro de la Secretaría Penal nro. 3, que se sigue a J.L.C.C., ante VS. me presento y digo:

I. Que, conforme lo establecido en el art. 332, 449 y sgtes. del Código Procesal Penal de la Nación, vengo en legal tiempo y forma a interponer recurso de apelación contra el decisorio mediante el cual V.S. si bien concedió la excarcelación de mi asistido J.L.C.C., lo hizo bajo caución real fijando el monto de dos mil pesos (\$ 2.000).

Esta parte se agravia en virtud de la imposición de una caución real sin fundamento alguno, ya que podría haberse fijado una caución de tipo juratoria o, en su caso, directamente asumiendo el compromiso en el acta que da cuenta el Sr. Juez (punto II), dado que tanto el Sr. Fiscal como V.S. aluden a la ausencia de riesgos procesales que así la justifiquen.

II. El Señor Fiscal a fs. 3 estableció “que de las constancias de autos no se observa que la concesión del beneficio peticionado traiga aparejado riesgos procesales de fuga o entorpecimiento”, considerando que la excarcelación es procedente. Sin embargo, estima que debe hacerse lugar “bajo la caución real suficiente para asegurar su comparecencia”. Resulta contradictorio con la situación comprobada que él mismo detalla.

A su turno, V.S. con plena mención de los arts. 316 2º párrafo y 317 del CPPN considera que el delito es excarcelable y que, en el peor de los supuestos, de cualquier modo se encuentra habilitada la ejecución condicional de la pena.

Se detuvo a considerar el arraigo acreditado de mi asistido y el de su grupo familiar, exponiendo además que “no se vislumbra –en principio– circunstancia alguna que permita, cuanto menos, inferir una ‘peligrosidad procesal’ en cabeza de J.L.C.C.[...].”

A continuación remarca que “no hay elementos que permitan suponer riesgo de fuga”, por lo que otorga la excarcelación... Sorprendentemente, bajo caución real “en pos de garantizar el compromiso internacional asumido por este país” al suscribir el tratado de extradición, y “para garantizar comparecencia” en este proceso –en el cual constató la ausencia

de “riesgos procesales” conforme lo invocara anteriormente.

El tratado de extradición al que alude V.S., en su art. 4, inciso 1, punto *b* establece: “Si el delito o la pena hubiera prescripto con arreglo a la legislación del Estado requirente” no se concederá la extradición. Ahora bien, de las constancias aportadas por INTERPOL surge que los hechos son del año 1998, constituyen el delito de administración fraudulenta que *prevé* una pena máxima de 8 años de prisión. Claramente la conducta está prescripta, entonces esta parte no vislumbra por qué habría de sujetarse a mi defendido a este trámite.

No puede pasarse por alto que mi asistido solicitó judicialmente la carta de ciudadanía para naturalizarse, lo que aconteció en el expediente n° 7009 de la secretaría civil pertinente, en donde el 11 de julio de 2011 V.S. dictó sentencia definitiva declarando ciudadano argentino por naturalización a J.L.C.C., quien juró la Constitución Nacional el día 17 de septiembre de 2011.

Y ello así porque previamente se constataron sus antecedentes, tanto en su país de origen como en el nuestro, y *se corroboró su ausencia*. De las copias agregadas se observa que con fecha 7 de julio de 2009 la República del Perú comunica que el nombrado no registra antecedentes en dicho país. Nuestro Registro de Reincidencia lo hace a fs. 44 del expediente civil con fecha 26 de enero de 2010, y, por último, el 24 de enero de 2011 (fs. 45/vta. del expediente civil) INTERPOL comunica que el nombrado no registra antecedentes.

Está claro, entonces, que no obstante no haberse recibido el pedido formal de extradición, de las constancias ya agregadas en el que se hace mención a la fecha de los sucesos endilgados y el máximo de la pena, es evidente que, ya que mi asistido nunca regresó a Perú, las acciones judiciales en su contra y que requieren su detención fueron iniciadas con posterioridad al 24 de enero de 2011 –INTERPOL– y 7 de julio de 2009 –Perú–, y cuando la acción ya estaba prescripta, conforme la extinción de la pena atento lo informado por el requirente.

III. Por ello, y dado que tanto el Fiscal como

V.S. establecen que no existen riesgos procesales, solicito se deje sin efecto la caución real impuesta y se mantenga la excarcelación concedida, pero bajo caución juratoria, y, en su caso, obligar a J.L.C.C. al compromiso de comparecer mensualmente y comunicar cualquier cambio de domicilio.

En ese sentido, y en relación con las cauciones reales, Maier sostiene que aquellas configuran “...medios de asegurar la desaparición o, al menos, la aminoración de los peligros de fuga o entorpecimiento por parte del imputado”, riesgos que no se encuentran en el presente.

IV. En base a lo expuesto, solicito a V.S. conceda el recurso interpuesto, y lo eleve al Superior a fin de que resuelva conforme lo explicitado en el punto III, que

SERÁ JUSTICIA

Gervasia Vilgre La Madrid

Defensora ad hoc

#### **Resolución de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín**

San Martín, 9 de agosto de 2013

VISTOS Y CONSIDERANDO:

La defensa de J.L.C.C. interpuso recurso de apelación contra la resolución que hizo lugar a su excarcelación bajo caución real.

Se agravió por entender que, atento las características de autos, debía haberse impuesto una cautela de carácter juratoria. Ello así habida cuenta que, como señaló el a quo, no obran en autos indicios que hagan presumir que el encartado intentaría eludir el accionar de la justicia.

En efecto, el Tribunal tampoco advierte causal alguna que torne procedente la imposición de una caución real, máxime cuando se entiende suficiente, a los fines de garantizar su permanencia a derecho, lo dispuesto por el a quo en cuanto a la obligación de comparecer impuesta y a la prohibición de salir del país. No obstante, también corresponde que le sea exigido a J.L.C.C. la entrega de su pasaporte.

Por consecuencia, el tribunal RESUELVE:

I.- Revocar la resolución apelada exclusivamente en cuanto a la caución que se establece como juratoria (art. 321 del CPPN).

II.- Disponer que el Sr. Juez a quo exija a J.L.C.C. la entrega de su pasaporte.

1 Julio Maier, *Derecho Procesal Penal III. Parte General. Actos Procesales*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, pág. 424.

Tómese razón, notifíquese, hágase saber a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN (Acordada 15/13 y Ley 26.856) y devuélvase.

Hugo Rodolfo Fossati

Lidia Beatriz Soto

Claudia Graciela Blanes, Secretaria de Cámara.

Nota: Para dejar constancia que el Dr. Marcelo Fernández no firma la presente por hallarse en uso de licencia.

Claudia Graciela Blanes, Secretaria de Cámara.

En 16 de agosto de 2013 se notificó al Sr. Defensor Público Oficial y se firmó. CONSTE.

La Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF) es una asociación de defensorías públicas entre cuyos objetivos principales se encuentra el defender la plena vigencia y eficacia de los derechos humanos, establecer un sistema permanente de coordinación y cooperación interinstitucional de las Defensorías Públicas y de las Asociaciones de Defensores Públicos de las Américas y el Caribe, propender a la independencia y autonomía funcional de las Defensorías Públicas para asegurar el pleno ejercicio del derecho a la defensa de las personas.

Durante el año 2013, desde la AIDEF se han llevado a cabo diferentes actividades con la finalidad de promover el Acceso a la Justicia de personas en situación de vulnerabilidad y el fortalecimiento institucional de las Defensorías Públicas de la región.

## **1. Resolución OEA AG/RES.2801 (XLIII-O/13)**

El 5 de junio de 2013, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos aprobó la Resolución AG/RES. 2801 (XLIII-O/13) *“Hacia la autonomía de la Defensa Pública Oficial como garantía de acceso a la justicia”*.

Cabe destacar que el proyecto de esta Resolución fue propuesto por la Misión permanente argentina en la OEA, a instancia de la Defensoría General de la Nación, en el marco de las políticas de fortalecimiento de la Defensa Pública en la región que lleva adelante la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF). Asimismo, fue copatrocinado por las Misiones Permanentes de Chile y la República Dominicana ante la OEA.

En efecto, uno de los puntos más salientes de este nuevo instrumento es el quinto punto resolutivo, en el cual se destaca la importancia de la independencia, autonomía funcional, financiera y/o presupuestaria de la defensa pública oficial como parte de los esfuerzos de los Estados Miembros para garantizar un servicio público eficiente, libre de injerencias y controles indebidos por parte de otros poderes del Estado que afecten su autonomía funcional y cuyo mandato sea el interés de su defendido o defendida.

Esta Resolución es el complemento, ratificación y ampliación, de las anteriores Resoluciones AG/RES. 2656 (XLI-O/11) *“Garantías para el acceso a la justicia. El rol de los defensores oficiales”* y AG/RES. 2714 (XLII-O/12) *“Defensa Pública Oficial como garantía de acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad”*, aprobadas por la Asamblea General de la OEA en 2011 y 2012, respectivamente.

## **2. Firma del Acuerdo de Entendimiento entre la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas**

El día 8 de marzo se firmó el Acuerdo de Entendimiento entre la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, a través de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la AIDEF.

Este acuerdo permitirá garantizar y profundizar el acceso a la justicia en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para presuntas víctimas cuyos casos se encuentren en la etapa de fondo ante la CIDH, que no cuenten con representación legal y carezcan de recursos económicos suficientes para ello. En tales casos se pondrá en funcionamiento un mecanismo mediante el cual la CIDH podrá solicitar a la AIDEF que designe un/a Defensor/a Público/a Interamericano/a que asuma la representación legal de las presuntas víctimas ante la CIDH.

## **3. Elección nuevos Defensores Públicos Interamericanos**

Uno de los resultados más destacables de la reunión del Consejo Directivo de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF) realizada el 14 de junio en la ciudad de Antigua Guatemala (República de Guatemala), fue la elección del nuevo cuerpo de Defensores Públicos Interamericanos de la AIDEF (período 2013-2016), que podrán actuar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como así también ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el marco de los Acuerdos de entendimiento suscriptos por la AIDEF con estos organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

De esta manera, quedó conformado un listado de 19 Defensores Públicos de los países integrantes de la AIDEF, entre los cuales fueron designados por la Delegación de Argentina, la Defensora Pública Oficial Dra. Silvia Martínez (por esta Defensoría General de la Nación) y el Defensor Público Oficial Dr. Santiago García Berro (por la Comisión del Ministerio Público de la Defensa, de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional).

Asimismo, se aprobó el Reglamento Unificado para la actuación de la AIDEF ante la CIDH y la CorteIDH.

## **4. Sesión Especial de la AIDEF ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA (Washington DC, EEUU)**

En la ciudad de Washington DC, el 7 de marzo la Dra. Stella Maris Martínez participó, como integrante de la AIDEF, junto con los demás integrantes de esta Asociación, de la Sesión Especial de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA.

Dicha Sesión, que tuvo lugar en virtud de lo establecido en el artículo 8 de la Resolución AG/Res.2714 (XLII/O-12), apuntó a lograr un intercambio de buenas prácticas y experiencias en materia de defensa pública en la región.

Cabe destacar que la Secretaría General de la AIDEF –a cargo de la Dra. Martínez– preparó un documento que sistematizó

las respuestas elaboradas por las delegaciones de la AIDEF al cuestionario “*Parámetros de Medición de las Defensas Públicas*” sobre el estado de la defensa pública en toda la región. Dicho documento fue elevado al Consejo Permanente de la OEA e incorporado oficialmente a los insumos de la Sesión Especial.

### **5. Proyecto EUROSociAL – AIDEF**

La AIDEF participa, desde diciembre de 2012, del Programa Eurosocial II, en dos actividades:

#### **A nivel Nacional:**

Se instalarán dos sistemas de video conferencias en dos Unidad Penitenciaria, con el objetivo de facilitar la comunicación entre los Defensores Públicos y sus defendidos a fin de mejorar la labor de control y seguimiento de las condiciones de detención de las personas privadas de libertad.

#### **A nivel Regional:**

*Aprobación de la Guía para la Defensa Pública y la Protección de las Personas Privadas de Libertad*

En el marco de las actividades previstas por el programa EUROSociAL y AIDEF, se decidió revisar y actualizar la Guía para la Defensa Pública y la Protección de las Personas Privadas de Libertad (aprobada originariamente en la reunión de la AIDEF, en la ciudad de San José de Costa Rica el 3 de marzo de 2010). Luego de seis meses de trabajo por parte del Grupo de Trabajo integrado, entre otras/os expertas/os, por la Dra. Silvia Martínez, la Guía fue validada y aprobada por el Consejo Directivo de la AIDEF en la ciudad de La Antigua (Guatemala) los días 10, 11 y 12 de junio, donde participó en pleno en el “Seminario Internacional sobre Defensa Pública y Personas

Privadas de Libertad”. Esta actividad fue organizada y financiada por Eurosocial II, en cuya oportunidad se debatió, durante 3 días intensivos, el contenido del documento en distintos talleres y puestas en común.

En el 2014 se continuará con las actividades en el marco del programa EUROSociAL II. Así, la segunda fase de la acción perseguirá la difusión e implementación de la Guía Regional de directrices y buenas prácticas, tanto a nivel regional como nacional. En lo que refiere a Argentina, se llevará adelante un proyecto con el objetivo de fortalecer las Defensorías de Ejecución Penal.

### **6. Opinión Consultiva Niñez Migrante**

El 7 de julio de 2011 los Gobiernos de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay presentaron una Solicitud de opinión consultiva para que la Corte IDH determine cuáles son las obligaciones de los Estados con relación a las medidas pasibles de ser adoptadas respecto de niños y niñas, respecto a su condición migratoria o a la de sus padres, a la luz de la interpretación autorizada de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Así, el 30 de diciembre de ese mismo año la AIDEF presentó sus observaciones escritas.

En el marco de este proceso, la AIDEF fue invitada a participar en la audiencia pública que se celebrará el miércoles 9 de octubre de 2013, durante el 48º Período Extraordinario de Sesiones del Tribunal que se llevará a cabo en la ciudad de México, D.F., Estados Unidos Mexicanos. De esta manera, la Licenciada Migitalia Brown, Coordinadora de Carrera y Desarrollo de la Oficina Nacional de Defensa Pública de la República Dominicana, será quien represente a la AIDEF en la mencionada audiencia.

# Campaña Nacional Contra la Tortura. 1813-2013

## Bicentenario de la Asamblea General Constituyente

### Cada vez que se tortura atrasamos 200 años

La Defensoría General de la Nación lanzó en el año 2013 la Campaña Nacional contra la Tortura, en ocasión de conmemorarse los doscientos años de la celebración de la Asamblea del Año XIII la cual, entre otras medidas, abolió el uso de tormentos y ordenó quemar en la plaza pública todos los instrumentos de tortura.

La Campaña Nacional contra la Tortura tiene dos objetivos principales: desde una dimensión institucional, se dirige a fortalecer los mecanismos de prevención y sanción de la tortura y, desde una dimensión social, apunta a hacernos reflexionar como sociedad sobre la necesidad de erradicar la tortura definitivamente cumpliendo el mandato de nuestros fundadores a 200 años de la Asamblea General Constituyente de 1813.

Para cumplir con esos objetivos, durante todo el 2013 se realizaron diferentes actividades de difusión, capacitación y concientización dirigidas no solo a la comunidad jurídica, sino también -y principalmente- al público en general. Asimismo, la Defensoría General de la Nación convocó a todas las instituciones estatales, organizaciones no gubernamentales y organismos internacionales que quisieran sumarse a esta iniciativa.

El lanzamiento de la Campaña Nacional contra la Tortura tuvo lugar el 20 de marzo de 2013 en el Espacio Memoria y Derechos Humanos (ex -ESMA), en la ciudad de Buenos Aires. Durante el acto tuvieron lugar las presentaciones de las autoridades de los organismos e instituciones que impulsan la Campaña, quienes manifestaron su compromiso público en la lucha contra la tortura e informaron las actividades que se realizarían como parte de la Campaña Nacional. Adicionalmente, el historiador Mario “Pacho” O’Donnell expuso sobre la “Asamblea General Constituyente de 1813 y la abolición de los instrumentos de tortura en la incipiente organización nacional”.

Entre las actividades dirigidas al público en general se destacaron, entre otras, las siguientes:

- Feria del Libro: del 25 de abril al 13 de mayo de 2013, la Campaña Nacional contra la Tortura participó en la 39<sup>a</sup> Feria Internacional del Libro. Con el fin de promover las actividades de difusión general y el mensaje de la Campaña Nacional, gracias a la colaboración de la Sociedad Argentina de Escritores (SADE), el Ministerio Público de la Defensa instaló un stand permanente dentro del espacio de la SADE durante toda la feria donde se expusieron libros, otros materiales impresos y audiovisuales producidos en el marco de la Campaña Nacional.

- Desayuno con periodistas: el 7 de mayo, en el Centro In-

ternacional de Estudios Políticos (CIEP) de la UNSAM tuvo lugar un desayuno de trabajo junto a periodistas de diferentes medios de comunicación. El evento fue organizado por la institución anfitriona, junto a la Defensoría General de la Nación, Amnistía Internacional Argentina y la Procuración Penitenciaria de la Nación. El objetivo de la reunión, además de brindar información sobre la Campaña Nacional, fue dialogar y sensibilizar a los periodistas sobre la problemática de la tortura en el tratamiento que se le da en los medios de comunicación.

• Participación en actividades deportivas. A partir de una iniciativa de la Defensoría General de la Nación, la Asociación del Fútbol Argentino (AFA) resolvió, a través de una resolución de su Comité Ejecutivo de fecha 14 de mayo de 2013, adherir a la “Campaña Nacional Contra la Tortura” y, con ese fin, dispuso que en la siguiente fecha del campeonato de Primera y de Primera “B” Nacional –que se disputó los días 24, 26 y 27 de mayo de 2013- todos los equipos ingresen al campo de juego portando una bandera con la leyenda “Campaña Nacional Contra la Tortura – Cada vez que se tortura atrasamos 200 años”. De esta manera, cumpliendo la disposición de la AFA, los clubes se sumaron a la iniciativa y salieron a las canchas portando el mensaje de la Campaña Nacional colaborando con la sensibilización de la sociedad.

• Actividades en la vía pública. La Campaña en la Avenida 9 de Julio. A partir de la iniciativa del Sistema de Naciones Unidas en Argentina y con la colaboración del Ministerio Público de la Defensa y Amnistía Internacional, la Campaña Nacional contra la Tortura estuvo presente en la principal avenida de la ciudad de Buenos Aires, la 9 de Julio. Así, se utilizaron las pantallas de LED gigantes de la empresa de Publicidad Atacama para proyectar la gráfica de difusión de la Campaña y los spots preparados para la misma. De este modo, la Campaña llegó a cientos de transeúntes que vieron el material a metros del Obelisco.

• Certamen Literario – Historias de la dignidad humana. La Defensoría General de la Nación junto con la Sociedad Argentina de Escritores (SADE), el Centro Internacional de Estudios Políticos de la Universidad de San Martín (CIEP), la Comisión Provincial por la Memoria (CPM), la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN) y la Organización de las Naciones

Unidas en la Argentina realizaron el certamen literario “Historias de la dignidad humana - Cuentos y relatos sobre la tortura”. El concurso tuvo una convocatoria de 260 trabajos provenientes de todo el país y de otros como España, Suecia, Canadá, Venezuela y Uruguay.

• Los trabajos ganadores fueron veinte, que se publicarán próximamente. Asimismo los premios consistieron en dinero en efectivo -para los dos primeros- y medallas y diplomas para el resto de los finalistas. La entrega de premios se realizó el 10 de diciembre de 2013, con la presencia de las entidades organizadoras y miembros del jurado, en el salón Leopoldo Marechal del Ministerio de Educación de la Nación.

• La Noche de los Museos. La Defensoría General de la Nación participó por primera vez el sábado 9 de noviembre de 2013, en “La Noche de los Museos”. Durante esa jornada, centenares de personas visitaron la sede de la Defensoría General de la Nación y disfrutaron de seis espectáculos musicales, dos representaciones teatrales y de un panel a cargo de la Dra. Stella Maris Martínez, Defensora General de la Nación, Sergio García Ramírez, ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Mempo Giardinelli, escritor y periodista y Eva Giberti, Coordinadora del Programa las Víctimas contra las Violencias del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Asimismo, durante toda la noche fueron exhibidas la exposición “Año XIII. Asamblea General Constituyente” de la Biblioteca Nacional, cuatro video instalaciones, algunas de ellas ofrecidas por la Procuración Penitenciaria de la Nación, la réplica de elementos de tortura cedida por el Ministerio de Seguridad de la Nación, una muestra de pinturas del Centro para el Estudio y la Investigación del Holocausto, así como material audiovisual de la Campaña Nacional contra la Tortura y publicaciones de las instituciones convocantes. En esa edición La Noche de los Museos contó con la participación de 800.000 personas que visitaron más de 180 establecimientos diseminados por toda la ciudad.

• Otras actividades de difusión. Para profundizar la difusión de la Campaña Nacional, sus actividades y objetivos y con el fin de alcanzar a diversos sectores sociales, se habilitaron espacios virtuales para la Campaña Nacional contra la Tortura en Twitter y Facebook y en una página web [www.contralatortura.com.ar](http://www.contralatortura.com.ar).

A través de estos medios se difunden todas las actividades y se publican los materiales gráficos y audiovisuales producidos en el marco de la Campaña Nacional. Asimismo se imprimieron calcomanías con el lema “*cada vez que se tortura atrasamos 200 años*”, folletos informativos, banderas y demás material gráfico, en los cuales se incluyó un dibujo que el dibujante Rep donó a la Campaña Nacional.

Además de las iniciativas mencionadas se trabajaron actividades dirigidas a públicos específicos. Entre otras se destacan las siguientes:

- Congreso Internacional: En el marco de la Campaña Nacional contra la Tortura, se llevó a cabo los días 6 y 7 de junio en la Biblioteca Nacional el “Congreso Internacional sobre torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” con la presencia de 40 expertos nacionales e internacionales, organizado por la Defensoría General de la Nación, con el apoyo de numerosas instituciones estatales y organizaciones sociales. Entre los expositores internacionales se destacaron jueces y comisionados de la Corte y Comisión Interamericanas, el Relator Especial sobre la Tortura de Naciones Unidas, Juan Méndez, e integrantes de los Comités de Derechos Humanos y el Subcomité contra la Tortura de Naciones Unidas, entre otros.

La apertura estuvo a cargo de la Defensora General de la Nación, Stella Maris Martínez, la titular de Abuelas de Plaza de Mayo, Estela de Carlotto y Juan Méndez. Los paneles abarcaron temas tales como: 1) Sistema Universal de Derechos Humanos y las obligaciones de la República Argentina en materia de tortura; 2) los mecanismos locales de prevención de la tortura; 3) la Tortura y personas en situación de vulnerabilidad; 4) Sistema interamericano de Derechos Humanos y obligaciones de la República Argentina; 5) Tortura y dictadura; 6) Condiciones de detención e integridad personal; 7) Experiencias de Prevención de la Tortura; 8) Judicialización de la Tortura; 9) Aspectos culturales, históricos, sociológicos de la tortura.

El cierre del Congreso, estuvo a cargo de Francisco Muñoz Conde, catedrático de derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide y de Raúl Zaffaroni, Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y las palabras finales de Stella Maris Martínez, Defensora General de la Nación.

El Congreso sobrepasó las expectativas de los organizadores, ya que se inscribieron previamente más de quinientas personas y asistieron más de ochocientas. Además, el evento tuvo una importante cobertura mediática y participación de sectores académicos y del público en general.

- Programa de Capacitación en las Escuelas. Con el apoyo de la Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se realizaron presentaciones en las escuelas secundarias de la Capital Federal con el objetivo de instalar la temática en las aulas y concientizar a los más jóvenes de que la tortura es una práctica aberrante que viola los derechos humanos, es un delito y debe ser erradicada.

Este Programa de Capacitación fue inaugurado con un acto

a cargo de la Defensora General de la Nación, Dra. Stella Maris Martínez, el Defensor General de Ciudad, Dr. Mario Kestelboim, y el rector y la vicerrectora del Colegio Nacional Pellegrini, Marcelo Roitbarg y Perla Faraoni respectivamente. Durante el año, estas presentaciones se extendieron y se realizaron actividades en escuelas secundarias de diversas provincias de nuestro país.

• **Paneles y Seminarios.** Como parte de la Campaña Nacional se llevaron adelante diferentes actividades de capacitación y difusión, que tuvieron distintas modalidades, ya sea paneles, seminarios, mesas redondas, etc. Estos eventos se realizaron en cooperación con dis-

tintas instituciones que apoyan la Campaña Nacional y contaron con la participación de reconocidos expositores.

De este modo, con el apoyo de diversas Cortes Supremas, Universidades, Colegios de Abogados, Defensorías y otras instituciones locales, se realizaron numerosos eventos en Capital Federal, La Plata, Mendoza, Tucumán, Salta, Neuquén, los cuales concitaron un gran interés y una fuerte presencia del público.

El día 10 de diciembre del año 2013, en ocasión de la entrega de premios del Concurso Literario, la Defensora General de la Nación anunció que la Campaña Nacional se extenderá hasta el año 2016.