

# Sumario

AÑO I - Nº 4 - MAYO 2008

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

Editora: Stella Maris Martínez  
 Director: Gabriel Ignacio Anitua

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

ISSN 1850-4027

## 2 Editorial

Stella Maris Martínez

## 3 Foro de opinión

Cuando las políticas sociales se convierten en política criminal: ¿una visión de nuestro futuro?, Vivien Stern

**15** La determinación judicial de la pena. El principio de proporcionalidad como garantía,  
 Norberto J. de la Mata Barranco

**33** La pena de prisión en España tras las reformas de 2003 y los fines de la pena, Carmen López Peregrín

**50** Políticas sobre drogas, exclusión y reducción de daños, Iñaki Markez

**63** Defensa pública y Sistema Interamericano,  
 Sergio García Ramírez

**75** La violencia de género en la pareja en el Derecho penal español, Luí Arroyo Zapatero

## Nuestra doctrina

**93** Sistema de Responsabilidad para los menores de 18 años autores de un hecho catalogado por el Código Penal, Arsenio F. Mendoza

**127** El desplazamiento del derecho penal en cuestiones relacionadas con la enfermedad mental, Virginia Sansone

**141** Una triste genealogía de la defensa (y como recordarla para hacer otra cosa), Gabriel Ignacio Anitua

**146** Algunas consideraciones sobre el derecho de defensa y el abogado defensor, Ignacio F. Tedesco

**156** El acceso a un defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos, María Fernanda López Puleio

## Planteos defensistas

**189** Recurso de Hecho deducido por Gabriel Osvaldo Hernández en los autos Hernández, Gabriel Osvaldo s/ recurso de hecho”, Eduardo Antonio Dromi

**202** Interpone recurso de queja. Causa 31.076 Cám. Crim. y Correccional, Sala VII, Cecilia L. Mage

**212** Interpone recurso de casación. Causa 1418 seguida contra Roberto Carlos Sitko, Cristian Barritta

## 218 Informaciones

## Editorial

La publicación de este ejemplar, el cuarto de la Revista del Ministerio Público de la Defensa, coincide con un evento particularmente auspicioso para los Defensores Públicos de toda América: la celebración en la Ciudad de Buenos Aires del III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP), institución cuya coordinación general ejerce desde el año 2006.

Dicha reunión servirá, indudablemente, para demostrar la unión de todos los Defensores Públicos del continente, nuestro compromiso con los mismos ideales y el grado de cooperación logrado, pero –además, y en consonancia con esos valores y esos logros– será el marco adecuado para hacer nuestras las “Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad”, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Brasilia, en marzo del presente año.

El nuevo número de nuestra publicación cuenta con destacados artículos, consagrados a ejes temáticos que, en su mayor parte, también lo serán de nuestro Congreso: violencia de género, defensa pública y sistema interamericano, pena de prisión, y merece sobresalir, en absoluta sintonía con el espíritu que alentará el encuentro, el interesantísimo trabajo de Vivien Stern: “Cuando las políticas sociales se convierten en política criminal: ¿una visión de nuestro futuro?”.

También es digno de relieve el hecho de que, además de la colaboración de reconocidos juristas tanto nacionales como extranjeros e integrantes de nuestro elenco de defensores, en este caso publicamos, por primera vez, la colaboración de un Defensor Público de la órbita provincial, el Dr. Arsenio Mendoza, de la provincia de Entre Ríos, en cuya persona saludamos, damos la bienvenida e invitamos a colaborar como invitados a todos los colegas del interior del país.

Cabe aclarar, por último, que esta nueva entrega periódica llega en un momento muy crítico, muy especial, para el Ministerio Público de la Defensa. Un momento en que sus integrantes deben hacer frente, con dignidad, con dedicación, y con absoluta vocación de servicio a juicios de alta complejidad, en tanto y en cuanto se ventilan en ellos imputaciones de delitos de lesa humanidad. Esta Revista, como todo aquello que alimenta nuestro espíritu, acrecienta nuestro saber y refuerza nuestra conciencia del propio rol, nos ayudará a no defecionar y a continuar demostrando que estamos construyendo una institución modelo, sin fisuras, en el marco del Estado de Derecho presidido por nuestra Ley Fundamental y por el bloque de constitucionalidad configurado por los Tratados de Derechos Humanos de máxima jerarquía normativa.

## Cuando las políticas sociales se convierten en política criminal: ¿una visión de nuestro futuro?\*

Vivien Stern\*\*

En 1998 el gran escritor uruguayo Eduardo Galeano escribió: “En muchos países del mundo, la justicia social ha quedado reducida a la justicia penal”<sup>1</sup>.

Si Eduardo Galeano visitase Inglaterra<sup>2</sup> en 2007, vería un ejemplo de lo que sus palabras significan en la práctica. De hecho, cualquiera que llegue a un aeropuerto del Reino Unido notará, aún antes de poner un pie en territorio británico, que ha llegado a un país en el que el delito y el castigo son una preocupación importante. Será recibido en migraciones con anuncios. Estos anuncios advierten a los viajeros que esperan en fila el control de sus pasaportes de que no se tolerará ninguna agresión a los funcionarios de migraciones, y que toda agresión será perseguida penalmente. Esta forma de dar la bienvenida puede sorprender a aquellos que hayan visitado otros países. Normalmente en los aeropuertos esperarán ver carteles dándoles la bienvenida al país y diciendo lo especial y hermoso que es.

Si los viajeros pasan el control de migraciones, durante el inicio de su estancia en Inglaterra es posible que hojeen los periódicos ingleses. Esto confirmará sus primeras impresiones sobre el papel que tienen el delito y el castigo en esta sociedad. Tal vez lean sobre una nueva ley referida a los niños que son expulsados de la escuela. La nueva ley impone una obligación para los padres: si su hijo o hija son expulsados, la ley indica que los padres están obligados a que se queden en la casa por cinco días. Si no lo hiciesen, cometerán un delito, y se los podrá multar hasta con 50 libras esterlinas (U\$S 100). Si no pagan la multa dentro de los 42 días podrán ser sometidos a un proceso penal y tener que pagar una multa de 1.000 libras esterlinas (U\$S 2.000)<sup>3</sup>. Esto también podrá sorprender a los visitantes. Es dable esperar que las leyes que se sancionen con motivo de la expulsión de un chico o chica de la escuela guarden relación con su educación. Si se ha de imponer un deber a quien está en esta situación, cabe esperar que ese deber tenga relación con el derecho del menor a una educación diferenciada.

Continuar leyendo los periódicos sólo revelará más sorpresas. Mucho se ha escrito sobre un joven de 15 años con problemas psicológicos que fue encarcelado por delitos de lesiones y hurto. El joven, que medía 1,22 m y pesaba 41 k,

\* Traducción de Alejandro Chewtman.

\*\* Miembro de la Cámara de los Lores Británico. Agradezco a Helen Fair, Investigadora Asociada del International Centre for Prison Studies, Kings College, Londres, por su contribución al presente artículo.

<sup>1</sup> Galeano, E., *Upside Down*, Picador, Nueva York, 2000, p. 30 (edición en español: *Patatas arriba, La Escuela del Mundo al Revés*, Siglo XXI, 1998, p. 31).

<sup>2</sup> En el Reino Unido, hay tres jurisdicciones con diferentes sistemas legales. Las políticas en Escocia e Irlanda del Norte no son las mismas que en Inglaterra y Gales.

<sup>3</sup> *Education and Inspections Act 2006*, Londres, The Stationery Office.

murió mientras era sujetado por tres empleados en un establecimiento de seguridad para menores administrado por una empresa de seguridad privada<sup>4</sup>. Tener a esos jóvenes en instituciones casi carcelarias administradas por empresas privadas es inusual en Europa, pero no así en Inglaterra, donde alrededor de 300 menores de entre 12 y 17 años permanecen detenidos en instituciones de este tipo.

En septiembre de 2007, hubo un debate en los medios de comunicación respecto de la recolección de muestras de ADN para una base de datos policial. El Reino Unido tiene una base de datos de ADN con 4,3 millones de muestras, entre ellas muestras de 100.000 menores que nunca han sido condenados por ningún delito. El 6% de la población del Reino Unido está registrado en esta base de datos. En relación con la población total, es proporcionalmente la base de datos de ADN más grande del mundo<sup>5</sup>. La base de datos de ADN del FBI en los Estados Unidos abarca el 0,5% de la población. Austria es el país que más cerca está del Reino Unido con un 1% de la población en su base de datos.

El padre de un niño de 13 años fue entrevistado en la radio. Estaba protestando porque su hijo había sido arrestado, interrogado, y se le habían tomado las huellas digitales y una muestra de ADN por llevarse sin pagar de un negocio un paquete de caramelos cuyo valor era 50 centavos de libra (U\$S 1). Los visitantes también podrán notar que la mayoría de los británicos parecen estar acostumbrados a esta forma de ver el mundo. Sólo protestan cuando las cosas parecen haber ido demasiado lejos. Algunos sostuvieron eso cuando una joven estudiante universitaria tuvo que comparecer ante un juez por poner los pies sobre el asiento del tren<sup>6</sup>. Pudo haber perdido la posibilidad de convertirse en docente una vez obtenido su título universitario por tener antecedentes penales, aun por una infracción tan insignificante como poner los pies sobre el asiento de un tren. Y sin embargo, parece que hay gente a la que le parece bien que se persiga penalmente a aquellos que ponen los pies sobre el asiento de un tren, y que esta conducta acarree un antecedente penal que pueda descalificarlos de por vida para ejercer determinadas profesiones.

Estos pequeños ejemplos forman parte de un enfoque que afecta todas las esferas de la vida en el Reino Unido. Gran parte de la política del gobierno es, utilizando la frase de Jonathan Simon de la Universidad de California, “gobernar a través del delito”<sup>7</sup>. Una consecuencia inevitable es la creación de delincuentes: hay más gente que entra en el radar de la policía, que tiene sus datos personales en bases de datos de antecedentes penales y que es etiquetada como delincuente. La creación de delincuentes no tiene un límite preciso. Como ha explicado el criminólogo noruego Nils Christie.

Como no hay ninguna entidad estable a la que podamos

<sup>4</sup> Véase [www.inquest.org.uk](http://www.inquest.org.uk).

<sup>5</sup> Nuffield Council on Bioethics, *The forensic use of bioinformation: ethical issues*, Londres, 2007.

<sup>6</sup> *Student who put feet on train seat faces court*, The Telegraph, 4 de septiembre de 2007.

<sup>7</sup> Simon, J., *Governing through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

llamar delito, el concepto de delito admite que se lo utilice para todo tipo de fines de control. Es como una esponja. La expresión puede absorber gran cantidad de conductas, y personas, cuando las circunstancias externas así lo aconsejan<sup>8</sup>.

Hay distintas formas de crear nuevos delinquentes. En el Reino Unido, un nuevo método son las órdenes relativas a las conductas antisociales (ASBO)<sup>9</sup>. En primer lugar, estas órdenes no son medidas penales en sentido estricto. Se adoptan con arreglo al derecho civil y pueden dictarse sobre una persona si ésta actúa “en forma que cause o es probable que cause una amenaza o alarma o preocupación a una o más personas que no vivan con ella”<sup>10</sup>. La definición es muy amplia y subjetiva. Cuando una persona está sujeta a una de estas órdenes debe cumplir una serie de prescripciones, como por ejemplo, no ir a determinados lugares, usar determinado tipo de ropa, o utilizar determinadas palabras en público. Usar capuchas o gorros a veces está prohibido porque estas formas de cubrirse pueden hacer que la persona sea difícil de identificar en una imagen captada por una cámara de CCTV. Y hay muchísimas cámaras de CCTV en el Reino Unido (4,2 millones) lo que significa una por cada 14 personas<sup>11</sup>. Si alguien que ha recibido una de estas órdenes viola alguna de las prescripciones impuestas, puede ir a prisión por hasta cinco años.

A veces una orden puede aplicarse en toda una zona. Cuando se dicta una de ellas, llamadas órdenes de dispersión, se pone un cartel en la calle, o en un árbol o poste de luz advirtiendo que todas las personas menores de 16 años tienen prohibido permanecer en la zona establecida en el anuncio entre las 21 y las 6 horas. Si la policía los encuentra, podrá llevarlos a sus casas, y si se niegan, se les podrá iniciar una acción penal.

La Junta encargada de la Justicia de Menores (Youth Justice Board) es el órgano que se ocupa de los menores de 18 años que tienen algún tipo de problema con la ley. Esta Junta encargó un informe independiente sobre el uso de estas órdenes relativas a las conductas antisociales aplicadas a menores. El informe concluyó que los menores a los que se han aplicado este tipo de medidas están entre los más desaventajados del Reino Unido. Proviene de familias desmembradas y de situaciones de abuso o pérdida. Muchos viven en barrios con un índice de criminalidad elevado, en los que tienen muy poco que hacer. Las condiciones que las órdenes imponen sobre estos jóvenes son en general poco realistas y ellos no necesariamente las entienden. Algunas órdenes imponían veinte prohibiciones, es decir, veinte conductas que los menores no debían realizar. No muchos de estos menores recordaban qué cosas no podían hacer. A un chico de 13 años se le impusieron 60 prohibiciones, entre ellas no tirar huevos a la gente y no decir malas palabras en lugares públicos. Un

<sup>8</sup> Christie, N., *A suitable amount of crime*, Londres, Routledge, 2002, p. ix-x. Versión en castellano: *Una sensata cantidad de delito*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.

<sup>9</sup> Nota del traductor: ASBO, Anti-social Behaviour Order.

<sup>10</sup> *Crime and Disorder Act 1998*, HMSO, Londres.

<sup>11</sup> Wood, D. M. (ed.), *A Report on the Surveillance Society For the Information Commissioner by the Surveillance Studies Network*, The Surveillance Studies Network, Londres, 2006.

menor vivía en la misma calle que una persona a la que la orden le prohibía ver<sup>12</sup>.

En la mayoría de los países, la ley protege la privacidad de los menores de 18 años. Si se meten en problemas no se permite a los periódicos que informen al respecto. Esta política también rige en el Reino Unido, pero existe una excepción en el caso de los menores que han recibido una orden relativa a las conductas antisociales. A menos que el Tribunal que impone la orden esté realmente convencido de resguardar la privacidad en ese caso particular, los periódicos pueden publicar el nombre, la foto y la dirección de los menores. A veces, se distribuyen volantes en todas las casas del barrio brindando información sobre las personas que han recibido este tipo de órdenes, los lugares a los que no pueden ir, y las cosas que no pueden hacer. Se pide a los vecinos que avisen a la policía si ven a estas personas haciendo algo incorrecto. En un pueblo del norte de Inglaterra, se exhiben el nombre y la foto de estas personas en la parte de atrás de los autobuses del servicio de transporte público.

Estas medidas, introducidas por el gobierno en 1997, afectan principalmente a la gente pobre o enferma y a las personas con problemas sociales. Desde 1997 el gobierno ha realizado 23 modificaciones importantes en materia de legislación penal y ha creado 3.000 delitos nuevos<sup>13</sup>. En 2001 una nueva ley permitió mandar a los padres a la cárcel por no asegurarse que sus hijos fuesen a la escuela. La primera persona enviada a prisión por este motivo fue una madre soltera gravemente enferma que se estaba recuperado de su adicción a la heroína<sup>14</sup>. Otra mujer fue enviada a prisión por este mismo delito en 2006. Tenía siete hijos y estaba en la última fase del embarazo de su octavo<sup>15</sup>. Comparada con el promedio de la población, la población carcelaria tiene niveles educativos bajos, sufre enfermedades para las que no recibe tratamiento y proviene de un contexto familiar inestable<sup>16</sup>.

¿Cómo puede explicarse un cambio tan significativo? En Inglaterra solamente, la situación hace quince años era muy diferente. Se debatía cuidadosamente cualquier proyecto de modificación al sistema de justicia penal antes de hacer algún cambio, y las modificaciones no eran habituales. Era raro que se creasen nuevas figuras penales. La cantidad de personas en prisión en diciembre de 1992 (alrededor de 40.000) era la mitad que en septiembre de 2007 (cerca de 80.000). Si los niños no iban a la escuela, nadie pensaba que sus padres debían ir a prisión. Todo el mundo coincidía que enviar a los padres a prisión empeoraría los problemas familiares. Si los niños no asistían a la escuela, un trabajador social visitaba a la familia y trataba de averiguar cuál era el problema. En ese momento, el gobierno estaba impulsando una gran reforma de la justicia de menores que reducía significativamente la cantidad de niños que eran introducidos al sistema de justicia penal. Los funcionarios encargados de controlar el cum-

<sup>12</sup> Youth Justice Board, *Anti-social behaviour orders*, YJB, Londres, 2006.

<sup>13</sup> Comunicado de prensa del partido Liberal Demócrata, *We can cut crime*, 22 de enero de 2007.

<sup>14</sup> *Mother jailed for girls' truancy*, BBC News, 13/5/2002.

<sup>15</sup> *Truancy mother released from jail*, BBC News, 2/3/2006.

<sup>16</sup> Social Exclusion Unit, *Reducing re-offending by ex-prisoners*, Social Exclusion Unit, Londres, 2002.



plimiento de las condiciones impuestas por los regímenes de *probation* no se quedaban sentados en una oficina completando formularios sobre las personas que debían supervisar a efectos de determinar a qué categoría de riesgo pertenecían en una escala de uno a cuatro, como hacen actualmente. Trabajaban mucho más cerca de la comunidad, visitaban a las familias de los condenados, y trataban de convencer a los comerciantes de que le diesen trabajo a las personas que salían de prisión.

¿Qué pasó entonces en esos años? ¿Cómo es que la política criminal cambió tanto? ¿Qué llevó a la política criminal a los primeros planos de la agenda política? ¿Cómo es que en Inglaterra, en 2007, se envió a prisión a un hombre de 82 años que combatió en la Segunda Guerra Mundial, no por un delito grave, sino por no haber cumplido las condiciones impuestas por una orden relativa al comportamiento antisocial? La orden había sido impuesta sobre este hombre porque había tenido una pelea con su vecino con motivo del límite entre sus propiedades<sup>17</sup>. ¿Cómo pudo pasar esto? La policía detuvo reiteradamente a una mujer que intentó suicidarse saltando al mar desde un barranco. En última instancia, terminó siendo procesada por amenazar con causar la muerte de otra persona cuando una mujer policía se acercó al borde del precipicio para tratar de salvarla y ella le dijo algo como: “Si te acercas, nos vamos juntas por el precipicio”. Por esta amenaza fue condenada a dos años de prisión, donde finalmente logró quitarse la vida mientras cumplía esa pena<sup>18</sup>.

¿Por qué los padres no logran poner a sus hijos en las escuelas especiales o unidades de salud mental que necesitan, pero encuentran que nunca falta lugar cuando sus hijos causan daño a otras personas y son perseguidos penalmente por la policía, juzgados ante un tribunal, y encerrados? ¿Cómo es que convertimos tan rápidamente nuestros problemas sociales de pobreza y falta de salud en problemas de política criminal y orden público?

Estas no son preguntas que se puedan responder en pocas palabras. Claramente, el mundo de 2007 es muy diferente del de 1992. Los sistemas de justicia penal de algunos de los países occidentales desarrollados han cambiado a fin de estar en sintonía con el consenso económico de Washington y el mundo que éste ha impulsado. Han debido cambiar a efectos de encajar en un mundo de desigualdades crecientes y en algunos casos chocantes, en el que se ha terminado la seguridad en el empleo y el derecho a la jubilación. Esto coincide con la desaparición gradual de las redes de seguridad social para los menos afortunados y los que tienen menos talentos para vender en el mercado.

Muchos estudiosos han analizado estos problemas<sup>19</sup> y han concluido que son cuestiones complejas en las que hay muchos factores que tener en cuenta. Sin embargo, si tenemos que simplificarlas, podríamos plantearlas en los siguientes

<sup>17</sup> *Man, 82, jailed over Asbo breach*, BBC News, 12/3/2007.

<sup>18</sup> *Woman jailed for threats to PC*, The Argus, 23/3/2004.

<sup>19</sup> Véase Garland, D., *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford University Press, Oxford, 2001 (versión en castellano: *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, trad. Sozzo, M., Gedisa, Barcelona, 2005); Reiner, R., *Law and Order: An Honest Citizens Guide to Crime and Control*, Polity Press, Cambridge, 2007; Currie, E., *Crime and Punishment in America*, Henry Holt and Company, Nueva York, 1998.

tes términos. Primero, deberíamos preguntarnos ¿qué efecto tienen el crecimiento de la desigualdad y el aumento de la exclusión social sobre la seguridad? Las investigaciones realizadas en distintas partes del mundo demuestran una fuerte conexión entre el nivel de desigualdad y el nivel de violencia. Investigadores de la Universidad de Chicago analizaron esta cuestión desde diferentes aspectos, eliminando otras explicaciones posibles, y llegaron a la siguiente conclusión: “la desigualdad en el nivel de ingresos tiene un efecto significativo sobre la incidencia del delito”. Los delitos analizados en el estudio eran el homicidio y el robo, y los resultados tomaban en cuenta diferentes países, en diferentes períodos y diferentes niveles de desigualdad en el ingreso<sup>20</sup>. Un criminólogo de Róterdam ha realizado estudios similares y constató que a mayor nivel de desigualdad no solamente aumenta el porcentaje de homicidios y delitos violentos, sino también de delitos contra la propiedad, entre ellos los daños a los automóviles<sup>21</sup>.

Debemos entonces pasar a la siguiente cuestión, es decir, ¿cómo abordar las consecuencias sociales de vivir en sociedades más desiguales? Una solución obvia es introducir sistemas más severos, incluso draconianos, de control y castigo. Al examinar la idea de imponer controles y castigos más severos, algunos políticos podrían pensar que esto podría tener ventajas. Los políticos saben que los votantes están enojados y asustados por la inseguridad que rodea su vida cotidiana. Para aliviar esta sensación de inseguridad, los votantes a menudo dirigen su enojo contra el otro, es decir, contra los adolescentes que se reúnen y hacen ruido, los jóvenes que se emborrachan y pelean en lugares públicos, y los locos que vagan por la calle insultando y profiriendo frases sin sentido. Por consiguiente, el gobierno adopta la estrategia de satisfacer al público con un espectáculo diario de retribución a personas contra las que es fácil sentir cierta animosidad, como los delincuentes, los adolescentes con mal comportamiento, y los padres que no educan adecuadamente a sus hijos y generan problemas para la gente que sí lo hace.

Otro proceso está teniendo lugar al mismo tiempo. Se está redefiniendo la justicia penal. El sistema penal en 2007 tiene poco que ver con la Justicia y el mantenimiento del estado de derecho a través de detectar y castigar a aquellos que realizan conductas disvaliosas y procurar su rehabilitación. Es visto más como un servicio. Los políticos ven al sistema penal como un servicio, tal como la salud o la educación. Y si la parte de la sociedad que paga sus impuestos y espera que el gobierno haga su trabajo no recibe la seguridad y la protección que el sistema de justicia penal debería proporcionar, dejará de votar por el partido gobernante. Esta nueva definición de los fines de la justicia penal explica por qué el gobierno considera necesario crear permanentemente nuevos delitos y construir nuevas prisiones, a fin de que el público sienta que el servicio está mejorando.

<sup>20</sup> Fajnzly, P.; Lederman, D. y Loayza, N., “Inequality and Violent Crime”, en *Journal of Law and Economics*, vol. XLV, Universidad de Chicago, abril de 2002, p. 25.

<sup>21</sup> van Wilsem, J., “Criminal Victimization in Cross-National Perspective, An Analysis of Rates of Theft, violence and Vandalism across 27 countries”, en *European Journal of Criminology*, vol. 1 1, enero de 2004, p. 106.



Esta política también es funcional para los políticos de algunos países puesto que la economía globalizada ha creado muchos seres humanos “indeseables”. No hay lugar para tantas personas sin capacitación ahora que las manufacturas se producen en China, e incluso el trabajo calificado, como atender llamados telefónicos acerca de cómo arreglar una computadora que no está funcionando bien, puede realizarse desde la India.

A la vez, algunos de los involucrados en desarrollar esas ideas se dieron cuenta de que crear un enorme sistema de control para una gran cantidad de personas indeseables tiene otros beneficios. Principalmente, se puede convertir en un muy buen negocio<sup>22</sup>. Por supuesto, el sistema penal deberá hacer algunos cambios para volverse un producto fácil de vender o comprar. Pero una vez que se haya dividido en servicios específicos que puedan ser brindados por empresas privadas y luego reconfigurados en función de economías de escala hay oportunidad de hacer buenos negocios. Por ejemplo, se ha redefinido a muchas personas como “riesgosas” o “con necesidades especiales”. Estas personas ya no son objeto de políticas sociales, es decir, ya no se les brinda asistencia en materia de salud, apoyo social o una vivienda que puedan pagar. Han pasado a formar parte del sistema de control del delito y, por consiguiente, pueden convertirse en una oportunidad de mercado. El sistema penal es potencialmente un gran negocio, porque hay muchísimos actos “no deseados” que podrían convertirse en delitos. Es un mercado prácticamente infinito. Cada año se puede criminalizar un nuevo tipo de comportamiento desagradable y así el negocio seguirá creciendo.

Las oportunidades comerciales son también diversas. Algunas empresas administran prisiones en nombre del gobierno. Inglaterra y Gales tienen alrededor del 11% de su población carcelaria en prisiones administradas en forma privada<sup>23</sup>. En los Estados Unidos, la proporción es del 7,2%<sup>24</sup>. Australia tiene el porcentaje más elevado del mundo (17,8%)<sup>25</sup>. Varios países como Chile, Francia y el Japón tienen prisiones semiprivadas, en las que el Estado brinda el servicio de seguridad y empresas privadas el resto de los servicios. En cualquier caso, las cárceles constituyen sólo una pequeña parte de la participación del sector privado.

Abrir el sistema al mercado y la competencia produce cambios en muchos niveles. El primer paso ya ha sido descrito. Problemas como la exclusión social y la pobreza son redefinidos como problemas criminales y relativos al control de conductas riesgosas o molestas. El segundo paso es rediseñar la respuesta a estos problemas. Antes, los problemas relacionados con la juventud se abordaban mediante clubes y proyectos para jóvenes o programas de “aventura”, y lo que se necesitaban eran servicios de salud mental para adolescentes, centros de mediación barriales o centros familiares. Estos

<sup>22</sup> Véase Christie, N., *Crime Control as Industry, Towards Gulags Western Style*, 3ª ed., Routledge, Londres, 2000.

<sup>23</sup> Cifra correspondiente a septiembre de 2007.

<sup>24</sup> *Prison and Jail Inmates at Midyear 2006*, US Bureau of Justice Statistics, 2007.

<sup>25</sup> Cifra correspondiente a 2003.

son servicios y actividades que pueden brindarse a nivel barrial, mediante organizaciones locales. Los problemas de los linyeras, los alcohólicos, y personas con enfermedades mentales leves se trataban mediante albergues y centros de apoyo. Este tipo de políticas no deja mucho espacio para el mercado y la competencia. De hecho se basan en la cooperación, más que en la competencia.

Para introducir la lógica de mercado debemos cambiar el enfoque. Se necesitan economías de escala, por lo que es necesario poder tratar a la gente en masa más que como individuos. Hace falta lo que a menudo se llama “eficiencia”, pero que en realidad significa simplemente “bajar los costos”. El trabajo debe ser poco calificado para que los sueldos sean bajos. Hay una respuesta que satisface estas exigencias: el control electrónico. El control electrónico sirve en ambos sentidos. No se necesita brindar una respuesta individualizada y la formación que se necesita para operarlo es mínima. La empresa solamente necesita tener el nombre y la dirección de la persona que debe monitorear, colocar el equipo, y luego sentarse en un puesto central controlando el cumplimiento. Si se observa una infracción, sólo hay que reportarla. El uso de compañías privadas para instalar los dispositivos electrónicos y controlar el movimiento de determinadas personas se está introduciendo actualmente en nuevos mercados, como Rusia y Polonia, con el apoyo de la Unión Europea.

El servicio de vigilancia brinda una gran cantidad de oportunidades comerciales. Para vigilar a alguien se necesita saber dónde está y qué le está pasando. A esos efectos se configuran bases de datos. El gobierno británico es un gran entusiasta de las bases de datos como herramienta para el control del delito.

¿Qué hacen estas bases de datos por nosotros? Determinan la forma en que miramos a las personas. Recopilan información sobre factores de riesgo, como pobreza, contexto familiar problemático o inestable, consumo de drogas o alcohol y antecedentes penales. Pero no recopilan información sobre virtudes o soluciones. No dicen si un joven que acaba de salir de prisión tiene un tío con un negocio de autos que podría darle trabajo a su sobrino. Tampoco dicen si el joven hace tiempo ganó un concurso de arte o de música y puede ser rehabilitado por esa vía.

Así, el sistema de control del delito de 2007 proporciona economías de escala. Diseña sus intervenciones utilizando tecnología y mano de obra no calificada, en lugar de interacciones entre personas y respuestas individualizadas. Utiliza bases de datos a nivel nacional con información sobre las personas que están sujetas a este tipo de medidas. Estas características demuestran que los que compran y venden las medidas de control penal han tenido una función importante en el diseño de la política criminal.

¿Cuáles son las implicancias de este sistema? A medida

que los gobiernos adoptan estas ideas, las organizaciones que conforman la comunidad de política criminal desaparecen. Si se privatiza el sistema de *probation* o el trabajo social, desaparecen las organizaciones que se ocupaban de administrarlos. Al privatizarse el tratamiento de los menores delincuentes las organizaciones profesionales de trabajadores que se ocupan del cuidado de estos menores dejan de existir. Los profesionales podrán seguir ahí, pero ahora trabajan para las empresas privadas. Ya no pueden trabajar en una organización profesional que se encarga de formular observaciones a las políticas del gobierno, o editar publicaciones en su área de estudio proponiendo mejoras, o defender los imperativos éticos de su profesión.

Por consiguiente, el campo de debate se achica considerablemente. El gobierno tiene que enfrentar menos oposición al diseñar y proponer planes de dudosa eficacia. El público escucha menos opiniones críticas acerca del impacto real de las políticas sobre el terreno. El debate se empobrece. Los trabajadores que han ingresado en el sector público siguiendo su vocación de servicio son silenciados y las empresas comerciales utilizan su voz para promover sus productos por sobre los de la competencia. No existe un debate acerca de los principios. La cuestión sólo es ver qué compañía es más eficiente a nivel de la administración de los recursos.

El negocio del castigo queda así desligado de toda consideración ética. El encarcelamiento, el control, la vigilancia, el seguimiento y las restricciones a la libertad ambulatoria de las personas (limitándolas a una zona o impidiéndoles ingresar en otra) se convierten en bienes comerciales que deben negociarse, contratarse y proveerse al mejor precio posible y con la expectativa de un contrato prolongado. Las fuerzas ligadas a la expansión de estos servicios tienen un amplio campo en el que operar y no deben enfrentar ningún obstáculo, a excepción de las empresas competidoras.

Esta es la imagen de un país en el que el control del delito ha calado hondo en las políticas sociales. Pero ¿cuán habitual o cuán extendido está este enfoque? La primera respuesta es que este es un enfoque que sólo puede utilizarse en los países ricos. Su elevado costo limita su expansión en otros contextos. El Reino Unido gasta más en materia de orden público y seguridad que cualquier otro país de la OCDE<sup>26</sup>. Pero mantener una tasa elevada de encarcelamiento es muy caro. Las prisiones privadas son caras. Según la información disponible, el costo de administrar dos prisiones privadas en Sudáfrica insume la mitad del presupuesto proyectado para todo el sistema carcelario de ese país. Y estas dos prisiones albergan solamente al 3,2% de la población carcelaria de Sudáfrica<sup>27</sup>. Se estima que el costo de una prisión privada nueva en Escocia por un período de 25 años será de más de mil millones de libras esterlinas (u\$s 2 mil millones). Muchos países apenas pueden solventar sistemas de justicia penal que

<sup>26</sup> Prime Minister's Strategy Unit, *Policy Review: Crime, Justice and Cohesion*, Cabinet Office, Londres, 2007.

<sup>27</sup> Zeilhofer, C., *Jail warders protest over employment conditions*, Cape Times, 21/1/2006.

funcionan a un nivel muy bajo, por lo que es improbable que se expandan en la forma descrita más arriba. En los países que formaban parte de la Unión Soviética hasta 1991, la función del Estado como proveedor de servicios de control del delito forma parte de la cultura política. Sin embargo, a medida que el libre mercado penetra en estos países la dirección adoptada por países como el Reino Unido parece cada vez más atractiva. Hemos señalado ya que la vigilancia electrónica se está introduciendo en Rusia y Polonia. Por su parte, países con tradición de un estado de bienestar vigoroso y cuyas políticas no se basan tanto en el sistema de justicia penal, como Canadá, Noruega y Francia, todavía no están siguiendo el camino que se ha descrito aquí en una medida significativa.

No obstante, las políticas hoy en día se expanden rápidamente. Los que participan en actividades comerciales vinculadas con el control del delito viajan mucho. Incluso el pequeño y pobre país africano de Lesotho fue objeto de una oferta por parte de una compañía privada para poner a los prisioneros de todo el país en una prisión ubicada en la capital con capacidad para 3.500 personas. En última instancia, la oferta fracasó porque Lesotho no podía pagarla<sup>28</sup>. Como parte de la ayuda que brinda a los países más pobres, la Unión Europea promueve las políticas de justicia penal que sus miembros tienen interés en promover, como el sistema de vigilancia electrónica.

La justicia penal se ha deformado tanto por los errores en su uso que su estructura básica es difícil de identificar en algunos países. Por consiguiente, es importante recordar que este sistema tiene una función que cumplir en todos los países en los que rige el Estado de derecho y se mantienen determinados valores sociales. Una política criminal justa se basa en cinco principios.

El primero es que *la justicia penal cumple una función reducida en el mantenimiento de la paz, la seguridad y la protección del público*. La criminalización y el castigo no deberían expandirse hacia áreas relativas a la salud, las relaciones sociales en los barrios, y el manejo de los conflictos de baja intensidad. Los problemas sociales deben recibir soluciones sociales. Rara vez se deberían crear nuevos delitos y, en cambio, debería analizarse la posibilidad de descriminalizar algunos ya existentes. Debería mantenerse a los niños fuera del sistema de justicia penal.

Segundo, la función apropiada de *un sistema de justicia penal es ocuparse de los delitos graves y hacerlo con seriedad*. En el caso de los delitos más graves, como homicidios, violaciones y otros actos de violencia, debe hacerse justicia y debe protegerse a la gente. Deben reforzarse los valores de la sociedad. En estos casos, el sistema de justicia penal es la expresión moral de los valores en los que la sociedad cree. La "impunidad" es inaceptable. Impunidad no es una expresión

<sup>28</sup> Stern, V., *Creating Criminals*, Zed Books, Londres, 2006, p. 118.

que los actores del sistema de justicia penal utilicen a menudo. Se oye en general en el contexto de abusos a los derechos humanos y la obligación de que no queden impunes, es decir, que los responsables rindan cuentas ante la justicia. Este es el motivo por el que la comunidad internacional ha creado la Corte Penal Internacional, en la que se pueden juzgar a los responsables de delitos de lesa humanidad y abusos a los derechos humanos, y la razón por la que muchos países han ratificado su estatuto (si bien los Estados Unidos aún no lo han hecho). En los casos de delitos violentos graves, un juicio justo y público, seguido por el dictado de una sentencia y la imposición de una pena marcan el reconocimiento de que se ha perpetrado un mal, a través de un procedimiento legítimo. Este procedimiento pone la etiqueta de mal grave al delito cometido, y esto sirve para reivindicar el derecho violado.

De ello, de ningún modo se sigue que la consecuencia de dicha constatación por parte de un tribunal deba conllevar la imposición de una retribución, un castigo y un sufrimiento al malhechor a efectos de que las víctimas se sientan vengadas. La Comisión para la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica ha demostrado que hay otros caminos. Una vez que el malhechor ha aceptado su responsabilidad y admitido su culpa, el perdón se convierte en una respuesta posible.

Un sistema de justicia penal adecuado también debería prestar mucha mayor atención a la asistencia a las víctimas de delitos graves. Esta es una lección que puede extraerse de la forma en que se abordan las violaciones a los derechos humanos y se trata a sus víctimas. Los delitos graves normalmente no son vistos como violaciones graves a los derechos humanos. Sin embargo, puede trazarse un paralelo entre las víctimas de violaciones a los derechos humanos y las víctimas de delitos graves. Ambas han sufrido un trauma personal severo. Las víctimas de delitos graves y sus familiares deberían tener derecho a recibir el tipo de ayuda, apoyo y asesoramiento que se brinda en algunos países a las víctimas de graves violaciones o abusos a los derechos humanos.

También existe el otro tipo de delitos, es decir, la gran franja de delitos que no son ni peligrosos ni demasiado graves, y que tienen lugar en los barrios o en zonas pobres; el potencial para criminalizar este tipo de conductas es prácticamente infinito. En este contexto, *la clave es procurar reducir el daño. La opción que deberíamos favorecer es la resolución del problema.* Esto es, el objetivo debería ser solucionar el conflicto, satisfacer a la parte que ha sufrido el daño y no arruinarle la vida al responsable. La mediación y los métodos alternativos para la solución de diferencias son mecanismos más idóneos. El uso de castigos severos como el encarcelamiento para abordar este tipo de casos debería ser la excepción. En cambio, deberían utilizarse otro tipo de sanciones, como el servicio comunitario.

Cuarto, debería de haber *un cambio rotundo en materia de políticas, que procure brindar seguridad sin invocar la palabra criminal, y sin necesidad de que intervenga un tribunal ni se aplique una pena*. Es necesario que los gobiernos den mayor prioridad a las medidas que hacen que un barrio sea más seguro y proporcionan a la gente la sensación de seguridad. No se debería invertir el dinero en alambre de púas ni cámaras de televisión de circuito cerrado, sino en crear mayor cohesión social y proporcionar bienes públicos y evitar que la gente abuse una de otra: lo que el economista Amartya Sen llama “instituciones eficaces para el mantenimiento de la paz y el orden a nivel local”<sup>29</sup>. El objetivo debería ser transformar los mecanismos negativos y de control en mecanismos positivos y de inversión. Cada vez que se propone expandir la ley mediante la creación de una nueva figura penal, debería realizarse un análisis exhaustivo y pormenorizado. Siempre debería preguntarse “¿por qué es esto necesario?” o “¿es posible lograr el objetivo de otra forma?”. Cada vez que se propone construir otra prisión debería realizarse un análisis detallado de a qué otra cosa podría destinarse el dinero y qué podría hacerse con ese dinero para ayudar a los que han sufrido más a causa del delito y la violencia. Las medidas para controlar a los menores deberían transformarse en medidas para educarlos e incluirlos. La policía debería estar pensando en transformar la confrontación en reducción de la violencia. Cada vez que un juez dice del imputado ante él o ella, “Esta persona necesita ayuda, no castigo”, la ayuda debería estar disponible.

Por último, *debe desalentarse la participación del mercado en el ámbito del control del delito*. Es muy probable que la compra y venta de encarcelamiento conduzca a su mayor utilización. Por consiguiente, debemos oponernos a ella. El mercado en el ámbito del control del delito lleva a un sistema de justicia penal que enfatiza el control tecnológico a expensas de las medidas para promover la cohesión social.

Si no logramos mantener el sistema de justicia penal dentro de sus límites adecuados, tendremos que enfrentar grandes peligros. ¿Quién será el próximo en ser criminalizado, el manifestante ecologista o el pacifista? ¿A dónde conducirá este desarrollo tecnológico? Si se implanta un dispositivo electrónico a las personas que han sido condenadas, también podrá implantarse en niños en edad escolar o trabajadores. Si se utilizan detectores de mentiras en el caso de personas condenadas por violencia sexual, tal vez puedan utilizarse fuera del contexto de los casos penales. Si puede rastrearse a los condenados a través de un satélite, también podría rastrearse a toda la población en las zonas en las que viven personas “de riesgo”.

Cuando el sistema de justicia se vuelve tan injusto y el sistema de seguridad nos vuelve tan inseguros, es hora de recapacitar.

<sup>29</sup> Citado en Farmer, P., *Pathologies of Power: Health, Human Rights and the New War on the Poor*, University of California Press, Berkeley, 2005.



# La determinación judicial de la pena. El principio de proporcionalidad como garantía

Norberto J. de la Mata Barranco\*

## I.

La cuestión de la determinación judicial de la pena –tanto en su aspecto de concreción de la pena prevista típicamente siguiendo parámetros legales como en el de individualización de la misma en sentido estricto– se identifica en gran parte con el de los espacios de discrecionalidad que se asignan a la función judicial y con la cuestión, al mismo tiempo, del respeto al principio de legalidad de las penas. La mayoría de la doctrina entiende posible seguir aludiendo a una cierta discrecionalidad en el ejercicio de esta actividad judicial, limitada y sometida a un conjunto de criterios valorativos, que, en realidad, ya no es verdadera discrecionalidad, sino una auténtica aplicación, pura, reglada, del Derecho, pues de lo que se trata es de concretar los juicios de valor de la ley, en ocasiones implícitos, y de conseguir los fines de aquella en cada caso determinando la pena correcta.

Es cierto que es esa aplicación reglada del Derecho la que va a permitir actuaciones, dispares pero incuestionables, de las que no es posible exigir acierten con la pena concreta correcta, que no existe o que, al menos, es imposible de definir, salvo por aproximación, dada la infinidad de supuestos imaginables a la que ha de hacer frente la actividad judicial. Pero también lo es que ningún ejercicio de discrecionalidad puede desvincularse plenamente, con independencia de los criterios que se expliciten de modo expreso legalmente, ni de la finalidad de la norma a aplicar ni del respeto a los principios que limitan –y más aún definen– el *ius puniendi* en un Estado, al menos, democrático. En este sentido, ningún ejercicio de discrecionalidad puede desvincularse del respeto al principio de proporcionalidad y a los criterios que permiten afirmar la proporción de la pena finalmente impuesta tras el proceso de su individualización.

En el momento judicial el ámbito de proyección del principio de proporcionalidad se manifiesta claramente tanto en la primera fase judicial de concreción de la pena legalmente prevista –determinación judicial de la pena en sentido estricto– como en la de individualización en sentido específico –también determinación judicial, en sentido amplio–. Pero interesa destacar la vinculación al principio de proporcionalidad de los Tribunales igualmente incluso en el momento previo en que se ha de seleccionar la norma a aplicar, que

\* Profesor titular de la Cátedra de Derecho Penal Universidad del País Vasco (Bilbao-Bizkaia).

conlleva la elección de un abstracto, pero definido marco de pena y que, por tanto, ya permite un primer análisis –judicial– de la proporcionalidad de dicha pena en relación con el supuesto concreto al que va a aplicarse.

Suponiendo que a la hora de concretar la pena que específicamente ha de imponerse a un sujeto, se parte de una pena, parcialmente determinada a partir de las previsiones legales, en la que ya se han debido observar los criterios que permiten afirmar su proporcionalidad en relación a lo que se pretende conseguir con ella, esto es, de una pena proporcionada en abstracto que hay que concretar judicialmente atendiendo al hecho concreto y al autor concreto objeto de enjuiciamiento en los Tribunales, en dicha concreción, como en las fases previas de su determinación, han de atenderse, en primer lugar, los fines de la pena. Por supuesto que el juez debe tomar como referencia las declaraciones expresas de la ley, pero también los fines de la pena; más aún, la determinación de qué fines persigue ésta es la clave a partir de la cual se obtiene respuesta tanto a la cuestión de la dirección valorativa de los factores reales o concretos de individualización –explícitos legalmente o no– como a la del peso de los mismos en la pena final a imponer.

Apenas hay discusión en la doctrina sobre la necesidad de atender consideraciones de prevención especial –exclusiva, prioritaria o secundariamente, según las diversas posturas– en la individualización de la pena proporcionada, como acepta ya el propio legislador cuando regula, por ejemplo, los mecanismos de la sustitución de la pena impuesta o de la suspensión de su ejecución. Mayor discusión se establece a la hora de aceptar que la prevención general pueda ser tenida en cuenta en la fase de determinación judicial de la pena.

En los Códigos no se acostumbra a aludir de manera cierta a la prevención general; pero como tampoco hay normalmente mención expresa de la prevención especial entre las reglas individualizadoras de la pena, también son evidentes los riesgos cuando se opera con conceptos equívocos como puedan serlo el de “alarma social”, etcétera, que a menudo se vinculan a esa finalidad penal –pero como también lo es, por otra parte, la propia expresión “gravedad del hecho” a la que sí acostumbran a referirse los Textos penales–, algunos de los cuales, no obstante, incluso se contemplan, al menos implícitamente, en la legislación procesal. Cuando se cuestiona la posibilidad de atender la consideración preventivo-general de la pena en el momento de su individualización se piensa en una utilización de esta finalidad con efectos agravatorios –quizás por la experiencia percibida en otras épocas–, algo que no ocurre cuando se analiza el aspecto de la prevención especial. Pero igual de cuestionable puede ser ésta –positiva o negativa– si, prescindiendo de otras consideraciones, conlleva una instrumentalización de la persona por mucho que se atienda –o precisamente por eso– su individualidad.

La cuestión es la de la ponderación de los diferentes criterios que deben entrar en juego para concretar la pena proporcionada y la prevalencia de unos sobre otros cuando sean incompatibles en cuanto a los efectos que deban derivarse de su apreciación, algo que, por otra parte, no sucederá en la mayoría de los casos. Pero no puede medirse la necesidad de la pena o su proporción en sentido estricto –en el ámbito de lo concreto– sólo desde el prisma de la prevención especial, pues el marco que se determina legalmente –relativamente indeterminado– debe permitir poder modelar la pena atendiendo todos los factores cuya concurrencia precisamente –incluyendo aspectos de prevención general– se ha tomado en consideración para delimitar dicho marco. Los temores a una utilización desmedida de la idea de prevención general en el ámbito judicial –que en realidad no se justifican analizando la práctica de los Tribunales– pueden contrarrestarse teniendo en cuenta que el operador siempre va a actuar dentro de unos límites que le vienen tasados. Y, en todo caso, de nada sirve negar la posibilidad de concretar una pena apelando a su finalidad preventivo-general –por el riesgo a una instrumentalización de la persona– si esa finalidad se acepta en una actuación legislativa que propugne penas –piénsese en los delitos de tráfico de drogas, por ejemplo– en las que ésa y no otra finalidad es la que permite frecuentemente penas “desproporcionadas” en relación a la antijuricidad de la conducta, a la culpabilidad del autor y a planteamientos de prevención especial, al menos, positiva.

Todas las finalidades de la pena deben estar presentes en las distintas fases de su vida y el único temor que ha de existir es el de la preponderancia excesiva e incorrecta que pueda darse a alguna de ellas en cada uno de sus diferentes estadios en perjuicio del resto y del logro de los objetivos que deben presidir, en su conjunto, la intervención penal.

En cuanto a la presencia de los aspectos culpabilísticos –o retributivos, dependiendo de cada postura–, en la doctrina se ha insistido en que el principio de proporcionalidad en sentido estricto, entendido como princi-

pio que limita la finalidad preventiva de la pena, y que cumple, por tanto, una función de garantía para el ciudadano, impide que la idea de prevención opere en perjuicio del autor o, en otros términos, se opone a ser vulnerado hacia arriba, no hacia abajo. Esto, sin embargo, entiendo que no es correcto, salvo que lo que se quiera señalar sea que la pena ha de ser proporcionada con la gravedad del hecho, entendida ésta desde un punto de vista culpabilístico –o retributivo–, porque si la disminución de pena por debajo de dicha proporción obedece a algún motivo, lógicamente preventivo, la pena sí será proporcionada, pero claro está atendiendo a este motivo.

Claro que es cierto que el principio de proporcionalidad no impide que pueda disminuirse o, más aún, renunciarse a la pena por razones de prevención especial –concretamente, por ejemplo, para impedir la desocialización de un sujeto o para facilitar su socialización– o en su caso incluso de prevención general –aunque normalmente ambas irán de la mano–, pero porque la pena seguirá siendo proporcionada y no contravendrá tal principio. Simplemente ocurrirá que en las magnitudes a comparar se habrán introducido, priorizándolos incluso, los criterios de prevención especial o general. La exigencia de proporción lo que debe impedir es –consciente de la tautología de la afirmación– todo aquello que implique desproporción, pero, y aquí la matización, teniendo en cuenta para evitar ésta no sólo criterios retributivos.

Por eso, otra cosa es que efectivamente se señale que la pena puede ser inferior a la medida de lo injusto o de la culpabilidad o incluso dejar de ser aplicada cuando así esté indicado por razones de prevención, normalmente, especial, pero también incluso general. En estos casos, en los que la finalidad de tutela puede quedar satisfecha bien con una pena menor bien incluso sin pena alguna, la idea de proporcionalidad no ha de ser entendida desde el referente de la gravedad del delito –entendida ésta en cuanto al desvalor de sus elementos– y por eso no es dicho referente el objeto fundamental –y menos aún, único– de ponderación, sino

únicamente un criterio más a la hora de efectuar el juicio de proporcionalidad.

Será el marco legal de la pena el que delimite el juego de la prevención general y especial, que son las que modulando la intensidad de la sanción permitirán individualizar ésta en función de las características del hecho y de su autor; una modulación que también tendrá que producirse, por supuesto, en función de los criterios que especifiquen la mayor o menor gravedad de lo injusto y la mayor o menor capacidad de culpabilidad.

La cuestión es, por tanto, la del juego de la prevención en relación con la idea de retribución o de culpabilidad por el hecho; no la de la confrontación con aquella de una idea de proporcionalidad que debe ser partícipe de los distintos criterios que permitan adecuar la gravedad del medio –la pena– a la importancia del fin para el que el mismo se prevé y cuya vulneración –por la razón que sea, hacia arriba o hacia abajo– en consecuencia, no debe poder admitirse.

Y si aceptamos como finalidad del Derecho penal la de la prevención de conductas lesivas a intereses merecedores y necesitados de él, no veo cómo negar la necesidad de considerar razones de prevención –especial, lo que nadie cuestiona, pero también general, lo que la mayoría de la doctrina discute– para individualizar la pena proporcionada judicialmente; por mucho que ya se las hayan tenido en cuenta en el estadio legal de delimitación de la pena; precisamente porque en reiteradas ocasiones se ha puesto de manifiesto la dificultad de lograr las finalidades que se pretenden con la institución de la pena, que han de permitir a su vez alcanzar las que se pretenden con la propia existencia del Derecho penal, si su asociación a cada una de sus diferentes etapas de vida tiene carácter excluyente.

Cuando los distintos criterios que hayan de tenerse en cuenta para conseguir –judicialmente– la tutela de bienes jurídicos con el menor ejercicio posible de violencia conduzcan a direcciones diferentes en cuanto a la mayor o menor gravedad que ha de exigirse a la pena a imponer habrá que valorar los diferentes elementos que concurren en el hecho y en el autor analizando en cada caso concreto qué razones, qué finalidades –en base a la importancia, a la especial relevancia de cada dato– deben primar frente al resto. Los factores de prevención general o especial o de culpabilidad deben ponderarse sin dar prioridad a uno u otro de entrada, sino en función del peso que cada uno de ellos pueda tener en cada hecho concreto y dentro del conjunto del supuesto que se analiza. Ello es lo que permite, en un Derecho penal de mínimos, no imponer penas innecesarias o excesivas –porque no satisfacen ninguna razón preventiva– aun cuando exista un injusto culpable que pudiera explicarlas; y, aunque no acostumbre a expresarse así, ello puede suceder también cuando esa razón sea de carácter general.

En cuanto a qué criterios deben atenderse, en qué sentido y con qué trascendencia para poder individualizar la pena de modo proporcionado, ya en concreto, en función de los objetivos que con ella deben pretenderse conseguir, no ha de rechazarse la posibilidad de tener en cuenta en la delimitación judicial de la pena factores que ya se hayan considerado en la delimitación típica de la conducta enjuiciada. Menos aún en su individualización concreta. Precisamente lo que ya se ha valorado por el legislador para configurar el marco penal típico va a ser uno de los principales datos que permita especificar la pena proporcionada en concreto, porque es lo que sirve de referente para entender cuál es el punto de vista del legislador; siempre, claro está, que ello implique únicamente una modulación del criterio ya tenido en cuenta –mayor o menor daño, mayor o menor cantidad sustraída– y no un *bis in idem*.

Parece evidente que, con carácter general, y siendo la misma la finalidad del Derecho penal –y, por tanto, de la pena– para el legislador y para los jueces, los criterios de concreción de la pena para su delimitación en abstracto, para su determinación parcialmente o para su especificación final no pueden diferir, con las matizaciones a que obligan sus diferentes estadios y la necesidad de operar desde perspectivas más o menos individualizadoras en cada uno de ellos. Es lógico que si la decisión sobre la responsabilidad penal obliga a valorar conjuntamente los hechos que condicionan cada uno de los elementos del delito y todos ellos son tenidos en cuenta para definir la pena que proporciona el marco genérico de un delito, todos deben también valorarse para determinar la pena proporcionada en concreto. Y si, además, las finalidades preventivas forman parte de lo que ha de ser el Derecho penal, éstas deben también tenerse en cuenta en esta actividad judicial y proyectarse en la definición de las circunstancias que permitan considerarlas.

Al margen de la especificación más o menos detallada de circunstancias agravantes, atenuantes y mixtas o ambivalentes, y de las previsiones que se establezcan sobre el modo en que ellas han de actuar en la determinación de la pena, en el ámbito de los fac-

tores concretos de individualización, los aspectos a que ha de atenderse –expresados o no legalmente, pero siempre implícitos en el proceso individualizador– son los de la “gravedad del hecho” y las “circunstancias personales del delincuente”, a tener en cuenta sean cuales sean el número y entidad de circunstancias modificativas de la responsabilidad que concurran, dentro de los marcos que, en su caso, pueda delimitar la presencia de una o varias de ellas, dependiendo de las diferentes legislaciones.

La gravedad del hecho afecta a la medición de lo injusto –de su desvalor de acción, objetivo y subjetivo, y de resultado, desde una concepción personal del ilícito penal– como magnitud objetivamente graduable, que, mayor o menor, deberá implicar también una mayor o menor pena. También a la de la culpabilidad. No parece desacertado, sin embargo, entender que si el juez opera como el legislador, a la hora de determinar la mayor o menor gravedad del hecho no podrá hacerlo sin atender consideraciones de prevención general, posibilitando un discurso paralelo, no contradictorio, simplemente especificador de cuantías exactas, como antes se decía, siguiendo los parámetros legales de valoración. Siempre con las limitaciones legales existentes y siempre entendiendo que no estamos ante estadios progresivos sino ante un único proceso individualizador en el que todos los datos se presentan para su valoración conjunta a partir de su diferente intensidad y de la preponderancia que deban adquirir en función de ella para encontrar –graduando y limitando el marco posible– la pena proporcionada.

Lo difícil es concretar la multitud de datos que pueden determinar una mayor o menor gravedad del hecho, dificultad que es la que puede permitir entender que el juez es libre de apreciar, racionalmente –y aún así, relativamente habría que matizar–, dicha gravedad.

Han de considerarse de cualquier modo todas las circunstancias que permitan concretar, desde el prisma axiológico establecido por el legislador –cuando regula cada delito y cuando expone las disposiciones generales atinentes a la comisión de delitos y faltas, a

las personas responsables de ello y a las reglas de determinación y aplicación de las sanciones–, una pena que por éste se establece como óptima para un supuesto genérico, ya tengan carácter objetivo, ya carácter subjetivo –siempre que se reflejen en el hecho cometido–, ya afecten estrictamente a lo que sería la delimitación del injusto culpable ya a consideraciones de prevención general reflejadas en la previsión legislativa. Ello de un modo abierto que permita considerar la diferente importancia a atribuir a cada circunstancia en función del grado en que concurra y teniendo en cuenta que siempre cabe encontrar un hecho más y menos grave que aquel que se considera y que, en ese sentido, la gravedad de la pena que se prevea para éste debe tener en cuenta, para su concreción dentro del marco legal, tal posibilidad.

Y, si la gravedad del hecho atiende las circunstancias que definen el injusto culpable, la interpretación de la expresión “circunstancias personales del delincuente” debe remitir a la consideración de los efectos de la imposición de la pena en la vida futura del reo. Aunque en la doctrina se señala a menudo –mucho más en la Jurisprudencia– que este criterio guarda relación con la culpabilidad del sujeto –que en mi opinión ya puede tenerse en cuenta perfectamente en el criterio de la gravedad del hecho–, la mayoría de autores lo vinculan acertadamente a consideraciones preventivo-especiales. Es cierta la dificultad de distinguir en ocasiones ambas perspectivas, distinción que debiera atender la proyección o no de la circunstancia analizada en el hecho cometido.

La principal dificultad de su apreciación es igualmente que no suelen concretarse legalmente cuáles deben ser las circunstancias a tener en cuenta ni el sentido y la medida de su valoración, algo que queda totalmente encomendado a la estimación del juez, pero que es también lógico dada la tremenda heterogeneidad de circunstancias personales que pueden ser estudiadas al enjuiciar comportamientos delictivos y el hecho de que nos encontremos con datos de marcado carácter individual, que pueden ser valorados de forma diferente según el sujeto a quien afecten. Sí debe advertirse que no han de excluirse, como a menudo se señala, aquellos que no tengan vinculación con el hecho delictivo, por una parte porque los que sí la tengan, proyectándose en su comisión, determinarán con toda seguridad su gravedad y habrán de considerarse en el criterio precedente –siempre que no sean en absoluto irrelevantes para revelar un mayor desvalor subjetivo o una menor capacidad de culpabilidad– y, por otra, porque ningún problema hay en aceptar considerar circunstancias que tengan que ver simplemente con los efectos de la pena en la vida futura del sujeto, que es el aspecto básico precisamente de la prevención especial, debiéndose descartar, eso sí, aquellos que carezcan de relevancia para la elaboración de un pronóstico sobre la rehabilitación del reo o su no mayor desocialización.



El único límite de la vinculación judicial al principio de proporcionalidad es el que marca el principio de legalidad, que impide a los Tribunales aplicar consecuencias jurídicas no previstas por la ley penal o dejar de aplicar las que se prevén, o por encima o debajo del máximo y mínimo cuantitativos que la determina –una vez interpretada conforme a los principios que informan el Derecho penal– ya en su marco penal relativamente determinado, salvo en los supuestos concretos, dependiendo de los diferentes sistemas procesales, en que sea posible el control judicial de la constitucionalidad de una norma –y, en su caso, su inaplicación– para el caso concreto.

Se ha señalado que esto refleja el contraste entre la antijuricidad formal y la antijuricidad material de un comportamiento, primando en virtud de la vigencia del principio de legalidad aquella, lo que sin embargo no es cierto, en cuanto la ausencia de antijuricidad material, la ausencia de ofensividad al bien tutelado –en una interpretación teleológica del contenido del dictado típico– ha de conllevar la absolucón del procesado en todos los casos. Otra cosa es que constatada dicha antijuricidad se compruebe igualmente la desproporción de la pena que él prevé –que incluso debe llevar a una interpretación restrictiva del precepto–, supuesto en el que no es que prime la antijuricidad formal, sino el principio de legalidad, que no de literalidad, en la aplicación de las normas –insisto, con las excepciones de aquellas legislaciones en las que se atribuye al órgano judicial el control de constitucionalidad de la norma para el caso concreto– aunque, al mismo tiempo, se haga necesaria, de existir contradicción entre ambos, la reforma que permita compatibilizarlos.

## II.

Este modelo de determinación judicial de la pena, asociado a la idea de su adecuación, necesidad y proporción en sentido estricto –lo que abarca el principio de proporcionalidad en su concepción más actual–, se concibe en la jurisdicción penal, desde un punto de vista teórico, de modo similar a como es entendido doctrinalmente o por los

Tribunales Constitucionales que ya se han pronunciado al respecto. Cuando los Tribunales ordinarios se ven obligados a resolver recursos, de casación o de apelación, a partir de las alegaciones que sobre la vulneración del principio de proporcionalidad plantean normalmente las defensas –en menor medida la acusación pública o la acusación particular– o, en primera instancia, a la hora de explicar la pena que se impone al procesado, la remisión a las formulaciones consolidadas del principio es ya constante. Y si bien en un principio las referencias a la idea de proporcionalidad de la norma penal han ido apareciendo poco cohesionadas, cada vez en mayor medida se ofrecen formulaciones precisas de lo que se entiende implica el principio.

En las diferentes resoluciones de los Tribunales penales se insiste en el arraigo constitucional del principio –en especial, aunque no sólo, asociándolo a las ideas de justicia y de libertad–, en el carácter relativo del principio, en la vinculación a él tanto del legislador como de los Tribunales, aunque en diferente medida; pero, sobre todo, en la necesidad de asociar la idea de proporción a la finalidad de la norma penal –plural– y de relacionar la gravedad de la pena –proporcionada– con la del delito para el que se prevé. Estamos ante afirmaciones que reproducen los planteamientos doctrinales y los pronunciamientos constitucionales.

A la hora de definir el principio, se especifica asimismo que la desproporción implica un “sacrificio excesivo e innecesario de derechos” o “un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa”, que en materia penal “puede producirse bien por resultar innecesaria una reacción de tipo penal o bien por ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito”; también que el juicio de verificación de la necesaria proporcionalidad debe limitarse a comprobar que la norma penal no produzca “un patente derroche inútil de coacción que convierta la norma en arbitraria y socave los principios elementales

de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho”.

Y expresiones que se van repitiendo y muestran los contornos que se otorga al principio, serán las de que “la relación de proporción que debe guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna es el fruto de un complejo juicio de oportunidad para el que ha de atenderse no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también otros fines legítimos que puedan perseguirse con la pena y las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma, efectos de la pena que dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena”; que “el juicio de proporcionalidad se vincula a la selección de los bienes a proteger penalmente, los comportamientos reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que se intenta conseguirlo teniendo en cuenta, entre otros, los fines legítimos de prevención general y especial, la gravedad del comportamiento, la importancia de los bienes protegidos y hasta las percepciones sociales a la adecuación entre delito y pena”; que “la exigencia de proporcionalidad ha de determinarse mediante un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación penal”, o que “la pena ha de venir fijada por el legislador dentro de unos límites, más o menos amplios, dentro de los cuales el justo equilibrio de ponderación judicial actuará como fiel calificador de los hechos, jurídica y sociológicamente”.

Estas son las afirmaciones, y esto es importante en cuanto al propio contenido de lo que significa individualizar una pena, que obligan a atender para efectuar el juicio de proporcionalidad diferentes criterios que no permiten limitar la medida de ésta a la de la gravedad del resultado o de la acción del comportamiento para el que se prevé, que es justamente lo que introduce el debate sobre la relevancia de las diversas finalidades de la pena en su calificación como proporcionada.

En todo caso, no estamos sino ante reproducciones más o menos extractadas de pronunciamientos constitucionales, que es donde se ha elaborado judicialmente la definición del principio.

No en muchos, pero sí en varios pronunciamientos judiciales, siguiendo la propia lógica constitucional y las afirmaciones de la doctrina penal –si bien no siempre en sentido coincidente en cuanto a la dirección de la relación–, al margen de la definición que se propone del principio de propor-

cionalidad, en la que está presente la atención a las finalidades inmediatas o mediatas de la pena, se establece una vinculación expresa entre este principio y los fines que fundamentan, justifican, informan o limitan la pena a imponer por la comisión de un hecho delictivo.

Se insiste a este respecto en la necesidad de atender consideraciones preventivas –sobre todo en el ámbito legislativo, pero también en el judicial– y a ello no puede ofrecerse reparo alguno, según el planteamiento integrador aquí defendido. Ahora bien, sí llama la atención la frecuencia con que parece apelarse a la necesidad de atender consideraciones de prevención especial, por una parte, o de prevención general, por otra –a veces, también incluso de carácter retributivo– para explicar que una pena concreta no puede considerarse desproporcionada cuando el resto de finalidades así parecen indicarlo. Esto es, se utiliza el discurso de los fines de la pena, al menos en bastantes ocasiones, para explicar una proporcionalidad más que cuestionable en muchos supuestos.

En todo caso, y salvo supuestos muy puntuales, en la mayoría de Sentencias no existe un pronunciamiento expreso sobre la primacía de uno u otro tipo de finalidad; la argumentación de la necesidad de atender todas las finalidades conduce de hecho precisamente a desvirtuar los criterios de la retribución, la prevención general o la prevención especial como prioritarios frente al resto, algo que se comparte, aun cuando, no en pocas ocasiones, la argumentación conduce en sus consecuencias prácticas a resultados no siempre admisibles en cuanto a la gravedad de la pena finalmente impuesta, lo que ocurrirá cuando a partir de esa afirmación general, pero prescindiendo en realidad de lo que significa, no se dé la debida trascendencia a la importancia que, por ejemplo, pueden tener determinados aspectos de carácter preventivo-especial en relación con los efectos perniciosos de la pena frente a un sujeto en un caso concreto, justamente alegando la necesidad de atender otras finalidades de la norma penal que, en ese caso concreto, pueden en realidad ser intrascendentes.

### III.

En relación con el contenido asignado al principio de proporcionalidad, son numerosas las Sentencias en las que simplemente se toma en consideración uno o varios de los requisitos –idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta– que lo definen para verificar su concurrencia; sólo paulatinamente se va asumiendo expresamente el contenido plural que le asigna doctrinalmente en la actualidad.

A la hora de definir cada uno de los elementos que forman parte de dicho contenido, es el elemento de la idoneidad el menos comentado, bien porque se confunde con la propia idea de proporcionalidad en sí, bien por el escaso margen que en cuanto a su constatación pueden tener los Tribunales penales. Sí hay en todo caso pronunciamientos aislados en que, por ejemplo, nuevamente con la doctrina constitucional, se afirma que, constatado que el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, los fines inmediatos y mediatos de su protección son suficientemente relevantes, ha de indagarse si la medida es idónea o apta para alcanzar tales fines, objetivo del precepto de que se trate.

En cuanto al requisito de la necesidad, estamos ante un elemento perfilado con mayor claridad que el anterior y de frecuente consideración en la jurisdicción penal. A él se hace referencia para identificar la falta de proporción con “el sacrificio excesivo e innecesario de derechos” e insistir, con la doctrina constitucional, en que sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando “a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador”.

Pero es sin duda el tercer requisito del principio, el de la proporcionalidad en sentido estricto, el que obviamente con más frecuencia se aprecia en las argumentaciones de

los Tribunales penales cuando se ven obligados a pronunciarse sobre la gravedad de una pena concreta.

En cuanto a los criterios en que se entiende ha de concretarse la medida de lo proporcionado, de forma genérica, y sin considerar ahora los aspectos puntuales que los Tribunales tienen en cuenta para valorar de forma particular la proporcionalidad en sentido estricto de una pena en relación a los supuestos específicos objeto de conocimiento con delitos determinados y sujetos individualizados, en los diferentes pronunciamientos se alude a distintos factores –insisto con carácter general– ya sea desde la propia definición del principio, ya en su asociación a los fines de las penas, ya cuando se explicitan los elementos que perfilan dicha definición. En unas ocasiones acogiendo la propia terminología de la legislación penal vigente. En otras, acudiendo a los planteamientos de la doctrina constitucional o, en menor medida, de la doctrina científica.

Es constante la referencia a la necesidad de atender el fin perseguido por la conminación penal o el fin que la pena debe cumplir, como ya se señalaba. Especificando cuál es éste, se reitera la obligación de atender la existencia de cualesquiera fines legítimos que pretendan garantizarse con la pena prevista para un hecho. Ello obliga a atender aspectos no únicamente vinculados al injusto culpable; en ocasiones incluso se especifica que no ha de estarse sólo a “una exacta proporción entre el desvalor de la sanción y el desvalor del comportamiento prohibido”.

También se insiste, en todo caso, en la necesidad de considerar “la gravedad del delito cometido”, “la gravedad del comportamiento”, “la mayor o menor gravedad de la acción y de las circunstancias personales del delincuente”, “la personalidad del acusado y la gravedad del hecho en función de los medios, modos o formas con que se realizó”, “las circunstancias de todo tipo concurrentes”, “las características de la infracción y de su autor”, “la traducción de la cuantía del injusto y de la culpabilidad a magnitudes penales”, “la mayor o menor gravedad del mal producido por el delito y la evaluación de la personalidad del delincuente” o “el conjunto de circunstancias legales, sociales y personales que concurren en un determinado evento delictivo”, según diferentes épocas y Tribunales.

Con independencia de cómo se materialice en cada caso concreto esta necesidad, los Tribunales penales atienden por tanto cuestiones relativas a la finalidad de la pena –en su aspecto retributivo y preventivo– como cuestiones vinculadas con la antijuricidad y la culpabilidad del supuesto analizado. No en todas las Sentencias se alude a todos los criterios, pero sí será ésta la tónica general. Otra cosa es el modo, muchas veces equívoco, en que se especifiquen los diversos factores a considerar; y el sentido de la atención a tales criterios, que no se explicita –aunque así tiene que ser en una generalización

que no puede ser sino eso— con qué efecto y con qué intensidad han de tenerse en cuenta. Hay que destacar también que muchas de las afirmaciones que se realizan no encuentran posteriormente una plasmación congruente en las especificaciones que se realizan. Y que el discurso se dirige en una u otra dirección en función de la conclusión a la que se pretende llegar, indicándose, por ejemplo, que una pena es proporcionada porque en su concreción se han atendido consideraciones de prevención general y no especial sin explicar por qué pesan más unas que otras, o que lo es porque se han atendido consideraciones vinculadas a la idea de culpabilidad y no a aspectos preventivos, pero sin explicar la incidencia que también éstos deben poder tener en la pena.

Sí es importante destacar que son muchas las sentencias de los Tribunales penales donde se subraya que es al legislador a quien compete principalmente decidir sobre la proporcionalidad de una pena en relación con la conducta para la que se prevé. Es ésta una cuestión de relativa importancia, porque será esa afirmación —siempre que el juzgador mantenga la imposición de la pena dentro de los límites relativamente determinados que marca el legislador y, por tanto, respete el principio de legalidad en su concepción más tradicional— la que permita en muchas ocasiones negar la posibilidad de revisión de la Sentencia o, al menos, la de su revocación, sin entrar a analizar la desproporción que alegue el recurrente, que ciertamente muchas veces, y así lo entenderán los Tribunales, lo que plantea es la desproporción de la pena tal y como la contempla su marco legal en el Código Penal. Sin embargo, son también numerosas las Sentencias —cada vez más— que, reconociendo aquella competencia del legislador, entienden que los Tribunales también están obligados por un principio que obliga a ajustar la pena en función de los criterios de enjuiciamiento de la proporción antes aludidos. Ello, tanto en el sentido de que al estar todos obligados por dicho principio existe capacidad, en apelación o casación, para revocar los pronunciamientos de instancias inferiores que no se ajusten a él, como en el más inmediato de la necesidad de

acomodar ya en primera instancia la aplicación de la norma penal en función de la proporción debida entre hecho y consecuencia jurídica.

En todo caso, en una síntesis quizás un tanto simplificadora, podría afirmarse que esta asunción en la jurisdicción penal de la vinculación de los Tribunales al principio de proporcionalidad, se ha venido produciendo, en primer lugar, reconociendo como destinatario preferente del principio al legislador; aceptando en segundo lugar que cuando la posibilidad de actuación judicial esté realmente tasada —lo que en realidad no ocurre nunca— la vinculación se difumina en el mero respeto al principio de legalidad penal; admitiendo en tercer lugar la posibilidad de vehicular el principio a través de la interpretación de la norma penal —cuando sea posible y siempre partiendo de su literalidad— o de la individualización de la pena en sentido estricto cuando exista margen para ella —siempre, no obstante, que se respeten los criterios legales al respecto—; cuestionando en cuarto lugar la posibilidad de alegación de la vulneración del principio cuando se actúa dentro de la legalidad, lo que depende de cómo se interprete ésta en función básicamente de cómo se maneje el concepto de discrecionalidad reglada, cuestión clave, en mi opinión, por cuanto el respeto al principio de proporcionalidad no implica sólo sometimiento a los marcos legales, sino, se exprese o no legalmente, búsqueda de la pena proporcionada en función de los criterios necesarios para que la misma pueda cumplir su finalidad; aceptando teóricamente en quinto lugar la posibilidad de revisión de la Sentencia que se entienda infringe el principio, pero actuando con muchísima cautela en el análisis de dicha infracción; y asumiendo, por último, la vía del indulto o, excepcionalmente, la de la solicitud de inconstitucionalidad del precepto —o la de su inaplicación cuando, como en la Argentina, ello es posible— como mecanismos a través de los cuales hacer vigente el principio.

#### IV.

Respecto de lo que es el campo de actuación del principio de proporcionalidad, la

posibilidad de acudir a él para proponer la interpretación –restrictiva– de un precepto cuando su aplicación a un supuesto de hecho conlleva la obligación de aplicar una pena que se entiende desproporcionada en relación con el hecho que la motiva ha sido utilizada en diferentes ámbitos por los Tribunales penales.

No es que se entienda desproporcionada la pena prevista en los diferentes preceptos considerados respecto de los comportamientos contemplados en ellos. Ocurre simplemente que la subsunción de determinadas conductas, permitida por su dictado literal, obliga a la imposición de una pena que para el supuesto que se analiza –ya como categoría general, ya de modo concreto– se considera desproporcionada. De ahí la interpretación que se propone de determinados tipos basada en no tanto o no sólo a lo que debe ser el ámbito de protección de la norma o a la constatación de la ofensa al bien tutelado cuanto en atención a la pena que en ellos se prevé, cuya mayor o menor gravedad debe condicionar, sin duda, lo que con ella se trata de proteger.

Estamos en cierta medida, en definitiva, en el ámbito de lo que es la interpretación teleológica de la norma, pero atendiendo a lo que se entiende debe pretender ampararse con ella en función de la gravedad de la consecuencia jurídica que en ella se establece; planteamiento que a veces, no siempre, se asocia a exigencias de respeto a la idea de mínima intervención, a la de igualdad en la aplicación de la norma penal, a la de efectividad de ésta o incluso a la de vinculación al principio de legalidad en cuanto a la necesidad de concretar el ámbito de lo punible de modo tal que pueda cumplirse en cuanto a lo que materialmente representa cuando el dictado legal, ya en los comportamientos que se describen ya en la pena que se propone, permite abarcar –literalmente– realidades de gravedad muy diversa.

Pero, claro está, si en algún momento la apelación al principio de proporcionalidad se manifiesta especialmente en el ámbito de actuación judicial, ése es el de la individualización concreta de la pena, teniendo en cuenta que dentro de cada marco legal nunca existe una libertad absoluta de actuación, pues, con o sin previsión legal expresa sobre el modo de proceder, la pena en concreto que finalmente se imponga sólo será proporcionada, y por tanto correcta, si atiende los datos que concurren en el supuesto a enjuiciar.

A pesar del asidero que representa judicialmente el concepto de discrecionalidad en la imposición de la pena para justificar una cierta libertad de actuación judicial, amparada en el sometimiento a los límites máximo y mínimo que delimitan el marco legal de posible recorrido, va penetrando la exigencia de una individualización que atienda el concepto de lo proporcionado más allá de esos aparentes amplios márgenes de actuación que pueda entenderse permite el legislador –que en realidad no lo son, pues no hay dos penas proporcio-



nadas en relación a un único hecho, sino una sola, al menos teóricamente y con independencia de la dificultad práctica de su averiguación-, aceptándose la existencia de tal discrecionalidad dentro del respeto no ya sólo a tales márgenes sino también a la necesidad de atender todos los factores concurrentes en el hecho.

La única discrecionalidad de la que disponen los Tribunales en el proceso individualizador de la pena es la que, razonando la decisión tomada, les permite ponderar la importancia de las diferentes circunstancias concurrentes –en su más amplio sentido– en cada concreto hecho a enjuiciar para encontrar la pena que mejor se ajuste a lo que ha de ser la intervención del Derecho penal. Cuáles sean esas circunstancias es algo que, como se decía, al margen de la enumeración de circunstancias modificativas –en muchos textos penales, sin indicar expresamente las consecuencias que han de derivarse de su apreciación– no acostumbra a expresar específicamente el legislador –no puede hacerlo, sino, en todo caso, genéricamente–. Aunque da diversas pautas a lo largo de cada articulado penal, ya sea en la tipificación de los diversos delitos que se contemplan, ya en los preceptos de su Parte General, que, como se indicaba, cabe reconducir a las ideas de “gravedad del hecho” y “circunstancias del culpable”, conceptos genéricos que permiten aglutinar la totalidad de factores relevantes para concretar aquella pena proporcionada.

Para delimitar la mayor o menor gravedad del hecho, parece coherente con lo que es la finalidad del Derecho penal tener en cuenta consideraciones no sólo retributivas sino también preventivo-generales y atender el desvalor de resultado producido, la acción de su autor e incluso su culpabilidad, en cuanto todo ello conforma el delito. Es evidente, en todo caso, que la concreción de dicha gravedad remite en cada figura delictiva a aspectos muy diversos en función de cuál sea su naturaleza.

Pues bien, son efectivamente muchos los pronunciamientos que, sea cual sea la naturaleza del delito a considerar aluden a la mayor o menor gravedad, entidad o alcance del hecho –o de la conducta del acusado–, en

sentido genérico, para explicar la cuantía de la pena que se impone, con ulteriores especificaciones o sin ellas, en unas ocasiones justificando la imposición del máximo que permite la norma penal, en otras tratando de graduar la pena a imponer –dentro de los márgenes que determine la individualización legal de la pena, con todas las variantes posibles– o simplemente explicando por qué se toma determinada opción a pesar de dicha gravedad.

Especificando ésta y en cuanto al desvalor del resultado, además de mencionarse en alguna Sentencia específicamente la necesidad de atención de aquél, se consideran por los Tribunales diferentes aspectos como, en general, la entidad del mal causado –que se especifica en muchos casos describiendo aspectos del relato fáctico– y la importancia del bien jurídico protegido o de su ataque o, en función del delito enjuiciado, por ejemplo, el número de heridas causadas, la entidad de las lesiones, las secuelas originadas, el riesgo para otros intereses, la reiteración de hechos similares, el número de hechos por el que se condena, la gravedad y credibilidad de unas amenazas, el temor de la víctima, su edad, el alcance y finalidad de actuaciones atentatorias al derecho al honor, la cuantía de lo apropiado, el alcance del perjuicio patrimonial producido, la condición del sujeto pasivo, el alcance de una intimidación, el mayor o menor riesgo del comportamiento delictivo, la pluralidad del sujeto pasivo, la ausencia –o existencia– de armas u objetos peligrosos, la ejecución completa de todos los actos nucleares de la tipicidad, el haberse quebrado determinadas barreras de protección, la causación de daños ajenos a los que delimitan la tipicidad, la cantidad de droga intervenida, su variedad, valor y potencialidad dañina en cuanto a la intensidad del daño, la extensión de éste, el hecho o no de la producción de un resultado concreto en delitos de peligro o la trascendencia de la lesión en el tiempo en delitos permanentes.

Se atiende el desvalor de acción para concretar la pena desde la perspectiva de la proporción debida atendiendo, a veces, el propio concepto de desvalor de acción; en ocasiones, simplemente la forma de produ-

cirse el hecho o sus características de ejecución; más específicamente, las circunstancias concurrentes en la ejecución del delito, su crueldad o brutalidad, la reprobable dinámica comisiva del hecho, la gravedad de la acción imprudente, la ejecución mediante determinados instrumentos, la actuación pertinaz, el número de agresiones, el modo de la agresión, las connotaciones de la agresión, la gravedad de la negligencia, la situación de indefensión de la víctima, el auxilio de otras personas, el empleo de modos o instrumentos que revelen una especial intención de garantizar la superioridad física o la agresión en sí, la persistencia de la acción, su repetición, la actuación reflexiva sobre la decisión delictiva, el estado del sujeto activo, el lugar donde se cometen los hechos, la forma de traslado al lugar de los hechos o desde el lugar de los hechos, el alcance y finalidad del ataque, el plus de participación o el diferente dominio funcional en la conducta delictiva, el grado de coacción, las condiciones vejatorias del ataque, la continuidad de la acción, el lucro obtenido, el quebrantamiento de determinados deberes como el de fidelidad, respeto o confianza, el tratarse de un acto enmarcado en una actividad ilícita continua, la existencia de pluralidad de acciones dentro de un mismo hecho o enfrentamientos abruptos.

Y, en sentido opuesto, la actuación de la víctima coadyuvante de los resultados producidos, el que se trate de disputas domésticas, familiares o de vecindad, resueltas sin gravedad de resultados, la aceptación del enfrentamiento, el mutuo acometimiento, la no especial violencia en la agresión, el hecho de no haber sido el procesado quien inicie las agresiones, el escaso lucro obtenido, la menor participación en los hechos, tratarse de actos de escasa trascendencia en el desarrollo del delito o de actos puntuales y aislados.

Por último, ocasionalmente al margen de consideraciones sobre el desvalor del hecho, de resultado o de acción, se atienden directamente las finalidades de la pena o su percepción social, la necesidad de prevenir mediante medidas coactivas suficientemente intensas como para contrarrestar la motivación delictiva que determinados beneficios puedan conllevar, el efecto a largo plazo del mantenimiento general de los fines preventivos de la pena al margen del daño social inmediato, la oportunidad correctora como fin social primordial de la pena, la ejemplaridad, el justo castigo o la alarma provocada, todo ello en afirmaciones de los Tribunales. Presencia por tanto de la idea de prevención, a efectos de explicar la gravedad de una pena, con una terminología –y quizás no sólo esto– criticable en lo que se refiere, por ejemplo, a la utilización de expresiones como las de “ejemplaridad” o “justo castigo”.

En cuanto a las circunstancias personales del delincuente, los textos penales tampoco explican cuáles deben ser los factores que cabe tener en cuenta, dentro de esa expresión,

para individualizar la pena. No pueden, obviamente, hacerlo. Pero ello genera cierta confusión. Entre otras cosas, porque a la propia gravedad del delito contribuye a la existencia de una mayor o menor culpabilidad, entendida como categoría dogmática, y ésta viene condicionada por las circunstancias personales del autor del hecho delictivo. Pero es que incluso a la mayor o menor gravedad del injusto contribuye la existencia de determinadas circunstancias personales del sujeto asociadas directamente a la ejecución de su conducta, ya sea en cuanto a su desvalor objetivo ya en cuanto a su desvalor subjetivo. Los pronunciamientos judiciales no son suficientemente claros, cuando tienen en cuenta algún dato de naturaleza personal, sobre si lo hacen atendiendo la gravedad de la conducta o las circunstancias del sujeto asociadas a los efectos que en él puede tener la pena a imponer.

Prescindiendo de ello, lo cierto es que son muchas las Sentencias que vinculan el respeto al principio de proporcionalidad con la atención a circunstancias de naturaleza personal a la hora de individualizar y concretar la pena por la comisión de un hecho delictivo.

Muy frecuente es aludir bien a los antecedentes del sujeto bien a su ausencia; ya sean de carácter penal, ya sea de carácter policial. A otras circunstancias de la vida anterior del sujeto, como el que se trate de un sujeto integrado en la sociedad, con trabajo regular, rehabilitado de su condición de toxicómano, etc., se refieren también muchos Tribunales. Igualmente, a la insuficiencia e ineffectividad de amonestaciones y medidas previas o a quebrantamientos en corto espacio de tiempo de determinadas medidas previamente impuestas.

En cuanto a la situación personal en el momento de realización del hecho se atiende la personalidad, estado o condición del sujeto, así como los motivos de la actuación delictiva. En ocasiones, aludiéndose simplemente a la intensidad mayor o menor de la culpabilidad o a razones de prevención especial. Específicamente, considerando, entre otros factores, el dato de que los sujetos se hallen iniciados en actividades delictivas, la

malicia y perversidad de los justiciables –expresión que puede plantear problemas de legitimidad si se asocia no al injusto sino a la culpabilidad, salvo que con ella se pretenda no penalizar por una mayor culpabilidad, sino tener en cuenta que la especial gravedad del hecho no puede compensarse con una situación personal a valorar favorablemente y que en este sentido se ha de priorizar aquélla o simplemente si se atiende su ausencia para afirmar justamente una menor culpabilidad–, la personalidad en general del reo –que habría que concretar para valorar de qué modo influye en aspectos de prevención especial o, en su caso, de injusto o culpabilidad–, o sus condiciones personales de educación, entorno familiar, oficio y situación profesional y económica, la pertenencia a grupos delictivos, el grado de peligrosidad deducida de datos concretos, la reiteración de la conducta, la acusada inclinación o perseverancia en la violencia, el carácter violenta y agresivo, la condición de drogodependiente o la adicción a las drogas, la situación de enfermedad al cometer el delito, el estado de embriaguez –para atenuar o para agravar, dependiendo la naturaleza del delito–, tener las facultades intelectivas y volitivas sensiblemente disminuidas por el alcohol ingerido, el grado de exigencia debido y de responsabilidad por la capacitación profesional que se tiene, el estado de nerviosismo o el de obnubilación.

Circunstancias de diversa naturaleza pero que en definitiva, bien es cierto que sin especificarse si por razones de prevención especial, por su vinculación a la culpabilidad del sujeto o quizás incluso por afectarse el desvalor subjetivo de la acción, de alguna manera se entiende deben ponderarse en el establecimiento de la pena proporcionada. Pero es importante tener especialmente en cuenta –aunque no siempre en la jurisprudencia se refleja claramente esta idea–, que no se consideran factores que deban determinar en exclusiva la gravedad de la pena o elementos según los cuales pueda disminuirse o aumentarse la pena previamente fijada en instancia en base a otros criterios; estamos simplemente ante factores a valorar, conjuntamente con otros, en la búsqueda de esa pena proporcionada.

En cuanto a los motivos de la actuación, sin diferenciar tampoco aquí si afectan a la antijuricidad o a la culpabilidad en sentido estricto –lo que dependerá de cada motivo, de cómo se proyecte en la acción enjuiciada y de cómo se configure el tipo a aplicar, que es algo que no suele especificarse–, se señala, por ejemplo, que las intenciones subjetivas no comportan una automática y significativa reducción del desvalor del comportamiento y que sólo cuando lo hagan según los criterios generales del Código Penal, generarán la correspondiente reducción de la sanción o que los elementos subjetivos constituyen un dato que en función del origen del ánimo o de su intensidad o de otro tipo de circunstancias toma ya en cuenta la legislación penal en sus preceptos generales para la precisión del grado de injusto del hecho y del grado de culpabilidad y, con ello, para atemperar o incluso negar la pena pero, al mismo tiempo, se tiene en cuenta el ánimo concurrente ocasionalmente para concretar la cuantía de pena a imponer.

Así, por ejemplo, se atiende la motivación del procesado al señalarse que puede tomarse en consideración a los efectos de la individualización de la pena el pretenderse conseguir mediante la actividad delictiva una cantidad de dinero que no se ha tenido nunca, el deseo de destinar el dinero a adquirir una vivienda para la familia, la situación de precariedad o el que no sea igual la capacidad de actuar conforme a la norma o de protagonizar una conducta alternativa a la que integra el tipo penal, de quien se encuentra en situación de grave apuro o de necesidad. También, lógicamente en sentido inverso, la actuación por exclusivos impulsos de naturaleza lucrativa o el puro ánimo de enriquecimiento. Otras Sentencias aludirán a la actuación por motivos jurídicamente comprensibles o al ánimo de ayudar a un amigo o compañero sentimental.

En cuanto al comportamiento posterior al hecho, se enjuicia negativamente –o, si se prefiere, se tiene en cuenta para no atender la alegación de desproporción de la pena impuesta– que el procesado haya tenido que ser detenido, la falta de conformidad –no para elevar la pena a imponer, pero sí para no rebajarla, señalándose que teniendo en cuenta la finalidad preventiva especial de la pena, ésta ha de precisar menor rigor respecto de quien asume su culpa y la vigencia del Derecho, que de quien, cierto es que en ejercicio de sus derechos, sostiene ser inocente, sin serlo–, la actitud negatoria, el hecho de intentar derivar la responsabilidad en tercera persona buscando la impunidad o el comportamiento de trasladarse a diversos lugares de esparcimiento tras la comisión de un asesinato. Téngase en cuenta que en este tipo de supuestos no suele pretenderse, insisto, la imposición de una pena mayor que la que corresponda a la denominada culpabilidad por el hecho, sino desacreditar la alegación que reclama una menor pena considerando desproporcionada la impuesta basada en esa culpabilidad, aunque lo haya sido en el máximo permitido. De forma positiva lógicamente se valo-

ra la autoinculpación de un delito, la actitud ante el proceso judicial reconociendo en todo momento la agresión realizada, el abandono progresivo del consumo ocasional de drogas, el abandono de anteriores actuaciones delictivas, el hecho de no haber participado en hechos similares posteriores o la denuncia durante la tramitación del procedimiento de posibles dilaciones que indique que no se ha pretendido beneficio alguno de ellas.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la pena, obviamente, la situación económica del procesado es una circunstancia personal a valorar en la individualización de la pena de multa. También a dicha situación, pero para enjuiciar la pena de privación del derecho a conducir vehículos de motor, se refiere alguna sentencia en supuestos en que se necesita el vehículo para desarrollar la profesión a que se dedica el procesado. En este mismo supuesto, pero en sentido inverso, se tiene en ocasiones en cuenta no el perjuicio derivado de la privación sino el mayor reproche que cabe efectuar al procesado de quien se espera una mayor diligencia. Se atienden los efectos de la pena para valorar que la misma puede truncar el futuro de un joven inmigrante y sus expectativas de trabajo remunerado en el país de acogida o simplemente las circunstancias personales de introducción en el mercado laboral o la tenencia de un puesto de trabajo estable. También se alude ocasionalmente a la situación familiar y social, por ejemplo, en supuestos de reanudación de la convivencia conyugal, de personas con arraigo suficiente o integradas en la sociedad. Se considera también atendible la condición de extranjero, cuya privación de libertad implica un mayor apartamiento de los suyos.

## V.

En definitiva, puede afirmarse que el reconocimiento del respeto al principio de proporcionalidad como exigencia en la interpretación y aplicación del Derecho penal aparece cada vez más consolidado en los Tribunales penales dentro del proceso de imposición de una pena por la comisión de una infracción penal.

Aceptando los requisitos que describen el principio –de adecuación o idoneidad,

necesidad y proporcionalidad estricta, en la formulación más extendida– e integrando con mayor habitualidad en él aspectos sustanciales a un Derecho penal orientado a las consecuencias derivadas de la idea de mínima intervención, el mismo, consolidado en el ámbito procesal, se empieza a utilizar con mayor frecuencia en los últimos tiempos como criterio de interpretación teleológica de los preceptos penales y, en general, de los diferentes elementos del delito, asumiéndose de modo cada vez menos difuso la obligación judicial de actuar en base a unos postulados que paulatinamente se va dejando de entender vinculan sólo al legislador.

En el proceso de determinación judicial de la pena, sigue siendo controvertida, sin embargo, la cuestión de hasta qué punto la actuación dentro de la legalidad vigente –interpretada formalmente– imposibilita cuestionar la ausencia de proporción. Así, si bien es cierto que ante resoluciones inmotivadas las instancias superiores anularán las Sentencias que no hayan impuesto una pena en su mínimo posible –con lo que en realidad lo que se ampara no es el derecho a la pena proporcionada, sino a la pena motivada–, también lo es la escasez de pronunciamientos judiciales –cada vez más, no obstante– que revocan una sentencia motivada suficiente pero incorrectamente –aunque se encuentre dentro de los marcos legales posibles– en casos en los que sí se observa una, al menos en principio, aparente desproporción de la pena impuesta atendiendo no sólo el criterio que trata de fundamentarla, sino todos aquellos que han de tenerse en cuenta en el análisis de la desproporción.

En cierta medida ello parece deberse, por una parte, a la primacía que sigue otorgándose al principio de legalidad en la actuación de los Tribunales penales, de contornos mucho más precisos –al menos en su aspecto formal– que el principio de proporcionalidad y, de otra, a la dificultad de concretar el peso que cada criterio debe tener en la medida de lo proporcionado, dificultad que obviamente ni en la jurisdicción constitucional ni en la construcción doctrinal del principio es fácil eludir.

El principio de proporcionalidad sirve en muchas ocasiones de justificación para

explicar una pena, por la diversidad de criterios que han de tenerse en cuenta a la hora enjuiciar la existencia o no de proporción, al ser posible vincular su mayor o menor gravedad a una u otra de las finalidades que ha de cumplir, a uno u otro criterio especialmente destacado en el desarrollo de los hechos, material o personalmente. Ahora bien, eso no es lo que impone realmente el principio de proporcionalidad.

A lo que éste obliga –y es lo que se echa de menos, aun con excepciones, en la Jurisdicción penal en general– es a un análisis de la proporción de las penas que tenga en cuenta todas las finalidades, todos los criterios, no sólo como postulado meramente descriptivo; que tome en cuenta, sí, aquella o aquel que pueda parecer más destacado en el caso concreto, pero analizando también en qué medida pueden entrar en juego otras u otros.

Esto es lo que sigue faltando en la Jurisdicción penal. Y a ello poco puede ayudar la doctrina, porque a ésta no le cabe sino limitarse a reconocer –y explicitar a modo de ejemplo– la multiplicidad de factores que han de valorarse en el análisis de la proporcionalidad de una intervención penal –y de una pena, por tanto–, descartando únicamente los que axiológicamente no pueden tomarse en consideración en nuestro modelo jurídico actual e insistiendo en la necesidad de buscar aquella pena que maximice libertades, y a exigir que en la individualización de la pena en un supuesto puntual se tenga en cuenta todo aquello que permita graduar de modo concreto la antijuricidad y la culpabilidad de la conducta enjuiciada atendiendo además la perspectiva preventiva en cuanto a lo que la imposición de la pena –o su ausencia– puede implicar, sin priorizar con carácter general uno u otro factor a valorar, pero priorizándolos en cada caso en función del mayor o menor peso que se entienda han de tener para conseguir que esa maximización de libertades que se preconiza como ideal a cumplir con la previsión o con la imposición de una pena pueda garantizarse en cada caso concreto.

Con todo, el juicio que merece el análisis del modo en que los postulados del principio de proporcionalidad han penetrado en quienes al fin y a la postre han de hacerlo efectivo debe calificarse como altamente positivo en cuanto a la asunción formal de lo que de él se deriva y moderadamente optimista en cuanto a su aplicación práctica, a la que, en muchas ocasiones, no ayuda con sus previsiones el legislador, y a pesar del esfuerzo de la doctrina penal, especialmente en los últimos tiempos, por integrar en nuestra disciplina –en su configuración más actual– un concepto en mi opinión básico para entender no ya lo que debe ser la pena, sino el propio Derecho penal, que ha de convertirse en el criterio aglutinador de principios propios de nuestra disciplina nucleados en torno a la idea de la restricción de la actuación estatal cuando con ella se afecta nuestra libertad en su sentido más amplio, básico, por supuesto, en el momento judicial de la determinación de la pena.



# La pena de prisión en España tras las reformas de 2003 y los fines de la pena

Carmen López Peregrín\*

El 23 de noviembre de 1995 se aprobaba en España un nuevo Código penal, el llamado “Código penal de la democracia”, con el que, con algo de retraso y tras varios intentos, se pretendía adecuar la materia penal a la nueva situación política y legal nacida del fin de la dictadura y de la puesta en marcha de la monarquía parlamentaria en España tras la Constitución de 1978. Este nuevo Código penal, que entró en vigor en mayo de 1996 y que, por tanto, apenas tiene doce años de vigencia, ha sido objeto ya de múltiples reformas tanto en su parte general como en su parte especial. Con algunas excepciones, la mayoría de ellas se caracterizan, además, por introducir un tratamiento más punitivo que el que se encontraba inicialmente previsto en el Código penal de 1995.

Esta tendencia puede constatarse muy claramente, por ejemplo, en la regulación de la pena de prisión, en la que el legislador español parece haber olvidado la obligación que le impone la Constitución de orientar la pena a la reinserción social del condenado para adoptar una postura más retribucionista e inocuizadora. Para demostrar esta afirmación, intentaré en este artículo analizar, muy resumidamente, cuál ha sido la evolución legal de la pena de prisión, sobre todo en lo que respecta a sus límites mínimos y máximos y al acceso al tercer grado y la libertad condicional, exponiendo en primer lugar cuál era la regulación originaria en el Código penal de 1995 para explicar, después, en qué consisten las reformas introducidas con posterioridad. Para ello habrá de tenerse en cuenta tanto la LO 7/2003, del 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, como la LO 15/2003, del 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal.

En efecto, la primera de estas leyes, la LO 7/2003, modifica, de un lado, el límite máximo de cumplimiento de la pena privativa de libertad en determinados casos de acumulación de penas por varios delitos y, de otro, las condiciones para acceder al tercer grado y a la libertad condicional. En la Exposición de Motivos de esta ley se alega que las modificaciones introducidas por la reforma permitirán obtener una mayor seguridad jurídica y lograr “una lucha más efectiva contra la criminalidad” y una “protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves”, como los delitos de terrorismo o los procedentes del crimen organizado.

\* Profesora titular de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España.

Por su parte, la LO 15/2003 modifica el límite mínimo de la pena de prisión. Este cambio se realiza, según su Exposición de Motivos, “con el fin de que la pena de privación de libertad pueda cumplir su función de prevención general adecuada respecto de los delitos de escasa importancia”.

Que estas reformas sean adecuadas para lograr dichas finalidades es, sin embargo, más que discutible. Y, aunque lo fueran, tampoco estaría exenta de dudas la constitucionalidad de los medios empleados. Pero lo esencial, en cualquier caso, no es el estudio en sí de los detalles de estos cambios legislativos en España, sino la cuestión de fondo que subyace en ellos y que nos afecta a todos: la necesidad de una discusión racional sobre el sentido que tienen las penas, las finalidades que tienen que cumplir y los límites que ha de respetar el Estado en su imposición.

### **I. La pena de prisión en el Código penal de 1995**

Como ya se ha dicho antes, tras la entrada en vigor de la Constitución se hacía necesario en España iniciar un proceso codificador que desembocara en la aprobación de un nuevo Código penal que se adaptara a la nueva situación jurídica, esto es, la creación de un texto legal que, con el máximo consenso posible, estableciera los presupuestos y los límites de la imposición de penas en un Estado social y democrático de Derecho.

Entre otros principios fundamentales que la nueva norma debía respetar, la Constitución española había establecido en su artículo 25.2 que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”. Sin embargo, conforme avanzaba el proceso codificador (un largo período que abarcó desde 1978 a 1995) parecía estar cada vez menos claro qué había de entenderse por “reeducación” o “reinserción social” o cómo debía plasmarse esta “orientación” en el sistema de penas.

Lejos quedaban ya, desde luego, los tiempos en los que reinaba el optimismo resocializador, en los que se confiaba en el efecto beneficioso que podía tener la prisión para el delincuente en el sentido de conseguir, mediante su reeducación, que no volviera a cometer delitos tras su puesta en libertad. Las penas en general, y sobre todo la pena de prisión, no pueden garantizar la no reincidencia del condenado. Aun imaginándonos un sistema penitenciario absolutamente perfecto, con prisiones que tuvieran todos los medios posibles, materiales y humanos (lo cual dista mucho de la realidad carcelaria: interesantes datos ofrece al respecto Cid Moliné, 2002), el mundo al que se devuelve a quien ha estado preso es imperfecto y las razones por las que se delinque (o, desde perspectivas más actuales, por las que se califica o convierte a alguien en delincuente) son muchas, variadas y complejas.

En el momento de elaboración del nuevo Código penal, como decía, resultaban ya evidentes las grandes limitaciones

y las múltiples contradicciones de la idea de resocialización del delincuente. Se le criticaba, por ejemplo, su propia fundamentación teórica (en el sentido de que sigue centrando el problema en el delincuente, al que hay que reeducar, y no en la sociedad que produce la delincuencia) o las dificultades de su puesta en práctica en prisión: ¿cómo puede pretenderse la educación para la libertad en condiciones de no libertad, en un ambiente separado de la sociedad que se rige por sus propias pautas de comportamiento, calificado de subcultura carcelaria? (sobre las deficiencias de la idea de resocialización ya Muñoz Conde, 1980, y García-Pablos de Molina, 1984). Pero el caballo de batalla de los críticos de la resocialización ha sido siempre su falta de eficacia, aludiéndose a las altas cuotas de reincidencia de quienes habían cumplido penas de prisión (el “nada da resultado” –*nothing works*– de Martinson en 1974, refiriéndose a la ineficacia del tratamiento del delincuente para evitar la nueva comisión de delitos, ha tenido grandes repercusiones hasta nuestros días).

Todo ello, unido al reconocimiento de la realidad de las prisiones y a la falta de medios (que coincide con la crisis del Estado social), determinó la sustitución del utópico ideal de la resocialización por el más modesto, pero más realista y funcional, de la *no desocialización* del penado en prisión (Hassmer y Muñoz Conde, 1989: 159). En otras palabras, de lo que se trataba era de idear un sistema de sanciones penales que, partiendo de que la prisión no sólo no garantiza la reincidencia, sino que incluso a veces la fomenta, tendiera a minimizar sus efectos negativos sobre el penado.

A grandes rasgos, éste era el contexto en el que se desarrolló el proceso codificador que dio lugar a la aprobación del Código penal de 1995. En este sentido, la redacción del nuevo Código penal pretendía esencialmente (unas veces con mejor y otras veces con peor fortuna) conjugar, de un lado, la necesidad de mantener la pena de prisión y, de otro, la conveniencia de evitar en lo posible la desocialización del condenado.

En lo que ahora nos interesa, el entendimiento del papel (limitado, pero necesario)

que debía cumplir la idea de resocialización en la pena de prisión se plasmó en el Código penal de 1995, y en la legislación penitenciaria que lo desarrolló, a través de tres decisiones de gran trascendencia en la concepción del sistema de penas relativas: al límite mínimo de la pena de prisión; al límite máximo de ésta; y a la elección de un sistema de individualización científica para su ejecución (sobre todo esto, véase Muñoz Conde y García Arán, 2004: 503-509):

### **I. 1. El límite mínimo de la pena de prisión**

Respecto del límite mínimo de la pena de prisión, el Código penal de 1995 prescindía de las penas de prisión excesivamente cortas. En efecto, se entendió que una pena de prisión corta –de tres meses, por ejemplo– no ofrecía tiempo suficiente para ningún tipo de tratamiento siquiera *tendente* a la reeducación y producía un gran efecto desocializador (pérdida del empleo, problemas familiares, etc.). En estos supuestos, y teniendo en cuenta que se trataba de delitos de poca gravedad, lo más conveniente para evitar la desocialización que produciría el internamiento en un centro penitenciario era prescindir de las penas de prisión inferiores a *seis meses* y recurrir en esos casos a penas alternativas, como el arresto de fin de semana o la multa.

### **I. 2. El límite máximo de la pena de prisión**

Respecto del límite máximo de la pena de prisión, el legislador de 1995 partía de la idea de que había que renunciar a las penas de prisión excesivamente largas por ser inhumanas y desocializadoras, pues suponen en la práctica la separación definitiva del individuo respecto a la sociedad.

Así, se establecía un marco penal para cada delito, en función de la gravedad de éste, que no podía superar en relación a la pena de prisión, como regla general, el tope máximo de *veinte años* (salvo lo que excepcionalmente establecieran otros preceptos; así, por ejemplo, en casos de muerte de una persona causada por miembro de banda armada, organización o grupo terrorista la pena de prisión puede alcanzar los treinta años).

En el caso de que se cometieran *varios delitos* en relación de concurso real (varias conductas dan lugar a varios delitos), en principio se imponen al sujeto todas las penas correspondientes a todos los delitos cometidos para su cumplimiento simultáneo (por ejemplo, prisión y multa) o, si éste no es posible, sucesivo (por ejemplo, dos penas de prisión). Sin embargo, el cumplimiento de todas las penas impuestas es a veces simplemente imposible (cuando la suma de las penas de prisión impuestas –por ejemplo, un total de trescientos años– excede de las expectativas de vida del condenado) y otras veces puede dar lugar a internamientos a perpetuidad o a penas de prisión excesivamente largas.

Para evitar estos inconvenientes, y sobre todo para hacer compatible el fin retributivo de la pena (penas proporcionales a la gravedad de los delitos cometidos) con la posibilidad de resocialización del delincuente, se preveían unos topes para este tipo de supuestos de acumulación de penas. Según estos topes, el máximo de cumplimiento *efectivo* de prisión no podía exceder del triple de la pena más grave de las impuestas ni de veinte años (o, en casos excepcionales, de veinticinco o treinta años). Es decir, que, por muchos y muy graves que fueran los delitos cometidos, el cumplimiento efectivo de la pena de prisión no podía exceder (y ello en supuestos excepcionales) de *treinta años*. El Código penal entendía, en la línea ya indicada, que el cumplimiento de una pena de prisión de más de treinta años impediría por completo el fin resocializador y de reinserción social que debía tener la pena.

### **I. 3. El sistema de individualización científica**

Por último, además de fijar los límites máximo y mínimo de la pena de prisión, era necesario también tomar decisiones respecto de la forma en que había de cumplirse ésta. En este sentido, se aceptaba en nuestro ordenamiento un sistema de individualización científica aplicable a *todos* los condenados a penas de prisión, sin distinción alguna en base al delito cometido.

Según este sistema, la pena de prisión establecida por el juez en la sentencia puede cumplirse en España en diferentes regímenes, que abarcan desde un internamiento cerrado muy estricto, con muy escasos contactos con el exterior, hasta la libertad condicional, lo que habrá de decidirse *en función de las circunstancias del caso concreto*. En efecto, una vez que el condenado entra en el establecimiento penitenciario lo importante no es ya la gravedad de la conducta realizada (o no sólo): el interno es clasificado para su destino al establecimiento penitenciario más adecuado en función de la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de la pena impuesta, el medio al que retornará y las facilidades o dificultades para el buen éxito del tratamiento.

En función de estos criterios, desde el primer momento

el condenado es clasificado en primer grado (máxima seguridad), segundo grado (régimen normal) o tercer grado (régimen abierto), clasificación que puede variar a lo largo de su estancia en prisión atendiendo a la conducta y a la evolución (positiva o negativa) del preso. Una vez en tercer grado, si se dan determinados requisitos el sujeto puede obtener la libertad condicional cuando ha cumplido una parte de la pena de prisión (tres cuartas partes como regla general, aunque excepcionalmente puede concederse antes). Ello supone *cumplir el último tramo de la pena* en libertad.

Con este sistema de cumplimiento se pretendía una adaptación progresiva del condenado a la vida en libertad. En este sentido, la progresión a tercer grado y la obtención de la libertad condicional suponen la concesión de más amplios espacios de libertad que se deciden una vez analizado el caso concreto cuando se tiene una cierta garantía de éxito en el uso de ese margen de confianza y una perspectiva razonable de su no utilización indebida en relación con la comisión de nuevos delitos o al quebrantamiento de la condena. Y, a pesar de las deficiencias del sistema, la experiencia parece haber confirmado que partir de un sistema de individualización científica no es un planteamiento erróneo, pues (aunque resulta difícil medir la eficacia de estas medidas por la multitud de variables que determinan la reincidencia o no del penado) algunas estadísticas indican que quienes han sido puestos en libertad bruscamente, tras un internamiento en prisión, cometen más delitos que quienes disfrutaron de una puesta en libertad progresiva (Cid Moliné, 2002: 22).

En el momento de la redacción del Código penal de 1995, y sobre todo de la legislación penitenciaria, se entendió, pues, que la clasificación del condenado en primer, segundo o tercer grado y la concesión o no de la libertad condicional eran decisiones que debían adoptarse en atención a las características individuales del sujeto en cada momento. Lo que entonces se consideró flexibilidad para ofrecer la mejor solución al caso concreto, consecuencia necesaria del fin resocializador de la pena (o de lo poco que

había quedado de él), se califica sin embargo hoy, como puede verse en la Exposición de Motivos de la LO 7/2003, como un amplio margen de discrecionalidad a combatir (¿?).

El sistema implantado por el Código penal de 1995 no era, sin embargo, perfecto y fue, por ello, criticado. Y con razón. Así, por ejemplo, muchos autores han afirmado que su aprobación supuso en realidad un endurecimiento encubierto de las penas. Que el sistema de penas del Código penal de 1995 resulta más duro que el anterior puede constatararse con cifras (Cid Moliné, 2002: 15 y 16), pues si bien en el período 1996-2001 disminuyeron los ingresos en prisión, aumentó el número de presos, lo que indica una permanencia más larga en prisión de los condenados (pueden verse estadísticas en la página web de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias). España tiene, de hecho, una de las mayores (la tercera) cifras de encarcelamiento de la Unión Europea. En ello influye seguramente también el escaso uso que el Código penal hace de las penas alternativas a la prisión, abusando, por tanto, del recurso a esta última.

También se ha criticado mucho en los últimos años el desarrollo penitenciario del Código penal y en concreto (a pesar de los grandes avances producidos) las grandes deficiencias que aún presentan las prisiones y las consiguientes dificultades para perseguir fines rehabilitadores por la escasez de medios.

Pero las modificaciones que ha sufrido el Código penal en esta materia no se han dirigido a perfeccionar las deficiencias de este sistema, sino, como veremos a continuación, simplemente a endurecerlo.

## **II. La situación actual, tras la entrada en vigor de las reformas de 2003**

### **II. 1. El límite mínimo de la pena de prisión**

La LO 15/2003 rebajó el límite mínimo de la pena de prisión de seis meses a tres meses y suprimió la pena de arresto de fin de semana. Esta pena había sido introducida en el Código penal de 1995 para evitar la (desocializadora) prisión de corta duración. Pero la LO 15/2003, que considera que la aplica-

ción práctica del arresto de fin de semana “no ha sido satisfactoria” (quizá, claro que eso no lo dice la Exposición de Motivos, porque no se han destinado suficientes recursos económicos para garantizar su buen funcionamiento), la suprime e incorpora una nueva pena, la localización permanente (una especie de arresto domiciliario), que, sin embargo, sólo es aplicable a las faltas. En otras palabras: muchos delitos de poca gravedad que en la redacción originaria del Código penal se castigaban con privación de libertad, pero en forma de arrestos de fin de semana (que permitían al penado, por ejemplo, continuar su actividad laboral), se castigan ahora con penas cortas de prisión que pueden ser de tres meses de duración.

Como hemos visto, en el momento de la aprobación del nuevo Código había un cierto acuerdo en abolir las penas cortas de prisión por su nulo efecto preventivo general y su incapacidad para la rehabilitación. La Exposición de Motivos de esta ley habla ahora, sin embargo, de una “prevención general adecuada” en delitos de escasa importancia... Creo que en esto se equivoca, pues, como dijo ya von Liszt, las penas cortas de prisión ni corrigen, ni intimidan ni inocuizan. Lo único que consiguen es arrojar al delincuente primario en el camino definitivo del crimen.

## II. 2. El límite máximo de la pena de prisión

El resto de las reformas que voy a comentar proceden de la LO 7/2003. En general, la intención de esta ley es que los condenados por determinados delitos, considerados especialmente graves, permanezcan más tiempo en prisión y en condiciones más gravosas.

En lo que respecta al límite máximo de la pena de prisión, como ya se ha dicho antes el Código penal de 1995 establecía antes de la reforma que el máximo de cumplimiento *efectivo* de la pena de prisión cuando se han cometido varios delitos era, en los casos más graves, de 30 años. Ahora ese tope se amplía a 40 años, lo que supone en muchos casos prácticamente instaurar la cadena perpetua. Este máximo de 40 años se aplica cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos tengan prevista en la ley una pena superior a 20 años de prisión o cuando haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo, estando al menos uno de ellos castigado con pena de prisión superior a 20 años.

Esto sólo es posible, sin embargo, en los casos de concurso real (varias acciones constitutivas de varios delitos) y sólo si no resulta más beneficiosa para el reo la pena que resulte de la suma de todas las penas impuestas o el triple de la más grave. Pero aunque no sean muchos los supuestos a los que esta reforma resulte aplicable, lo realmente grave es que se permitan internamientos en prisión de hasta 40 años, y en unas condiciones que, como veremos, convierten dicha pena



en inhumana (a pesar de la prohibición constitucional de este tipo de penas).

### **II. 3. Modificaciones del sistema de individualización científica: el endurecimiento de las condiciones para la obtención del tercer grado y de la libertad condicional**

La legislación penitenciaria admitía la posibilidad, como hemos visto, de calificar en tercer grado desde el primer momento a un condenado a la pena de prisión en virtud de sus circunstancias personales, permitiéndole así pasar directamente (exceptuando el tiempo necesario para realizar el estudio de su personalidad) al régimen de semilibertad sin necesidad de pasar por los anteriores.

La reforma introducida por la LO 7/2003 establece, por el contrario, el llamado “período de seguridad”, de manera que, cuando se ha impuesto una pena de prisión superior a cinco años, se impide la concesión del tercer grado penitenciario hasta no haber cumplido la mitad de la pena impuesta. Existe, sin embargo, una excepción: el juez de vigilancia puede, valorando las circunstancias del reo y la evolución del tratamiento, aplicar el régimen normal de cumplimiento (pudiendo, por tanto, acceder al tercer grado antes de cumplir la mitad de la pena), *salvo* que se trate de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales (por ejemplo, delitos vinculados al narcotráfico). Así, lo que antes era la regla general (acceso al tercer grado sin necesidad de haber cumplido una parte determinada de la condena) se convierte ahora en excepción si la pena de prisión es superior a cinco años (excepción no aplicable, por lo demás, a todos los condenados).

La obtención del tercer grado requiere ahora, además, la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito. Por otro lado, si se trata de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales es requisito también el haber colaborado con las autoridades y mostrar “signos inequívocos” de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista, lo que puede acreditarse “mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delicti-

vas” y “una petición expresa de perdón a las víctimas”.

En otras palabras y con un ejemplo, para que un sujeto de 30 años de edad condenado a 40 años de prisión por dos delitos de terrorismo pueda acceder al tercer grado deberá haber cumplido 20 años de prisión (la mitad de la pena impuesta, y ya hemos visto que el período de seguridad no admite excepciones en supuestos de terrorismo) y, además, haber pagado la responsabilidad civil (que en delitos de terrorismo puede ser muy elevada) o garantizar su pago con sus bienes presentes o futuros y haber colaborado con las autoridades en la persecución de los delitos cometidos en el seno de la organización a la que pertenecía.

Pero eso no es todo. En determinados supuestos se hace aún (!) más difícil la concesión del tercer grado. Explicaré a qué casos me refiero.

Tanto antes como después de la reforma, cuando un sujeto ha cometido varios delitos ha de cumplir en principio todas las penas que correspondan, aunque, como hemos visto, se establecen ciertos límites: así, la pena a cumplir efectivamente no puede exceder del triple de la más grave de las impuestas y, en cualquier caso, no puede ser superior, según los supuestos, a 20, 25, 30 o (a partir de la entrada en vigor de la LO 7/2003) 40 años de prisión.

La existencia de límites máximos de cumplimiento efectivo de la pena de prisión puede dar lugar, sin embargo, a que la pena a cumplir sea muy inferior a la suma total de las impuestas, lo cual ha sido considerado razón suficiente por el legislador de 2003 para establecer un régimen más duro de acceso al tercer grado en algunos de estos supuestos. Así, se establece ahora que, en los casos de acumulación de penas por varios delitos, cuando a consecuencia de los límites de cumplimiento efectivo de la prisión la pena a cumplir es *inferior a la mitad de la suma de las impuestas*, el juez o tribunal *puede* acordar que el cómputo de los plazos para la obtención del tercer grado se refiera, no al tope máximo que puede cumplir efectivamente (que es la regla general), sino a la totalidad de las penas impuestas en la sentencia.

Aclaremos este trabalenguas con un ejemplo. Supongamos que un sujeto ha cometido siete robos, castigado cada uno con 4 años de prisión. Estamos en el caso previsto en el artículo 78, pues el máximo de cumplimiento efectivo de la pena de prisión a aplicar en este supuesto (el triple de 4, es decir, 12 años) es inferior a la mitad de la suma total de las penas impuestas (7 robos por 4 años de prisión = 28 años de prisión). En este supuesto, el juez *puede* establecer en la sentencia que el cómputo para el tercer grado (la mitad) se refiera, no al máximo de pena a cumplir (12), que sería lo normal, sino a la suma total (28), luego en este caso no podría acceder al tercer grado hasta cumplir 14 años de prisión (la mitad de 28). O sea, que, si el juez hace uso de la posibilidad que le otorga el artículo 78, el sujeto saldría en libertad definitiva (a los 12 años) antes de cumplir el tiempo de prisión necesario (14 años) para acceder al tercer grado.

Este régimen, previsto como opcional para cualquier caso en que la pena a cumplir efectivamente resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, se convierte en *obligatorio* (el juez o tribunal sentenciador *debe* acordarlo en la sentencia) cuando, además, alguno de los delitos por los que ha sido condenado el culpable tenga prevista una pena de prisión de hasta 20 años o más.

Existe en ambos casos, sin embargo, la posibilidad excepcional de que en un momento posterior, en atención a la evolución del condenado, el juez de vigilancia penitenciaria decida aplicarle el régimen normal (es decir, cómputo respecto del máximo legal de cumplimiento efectivo). Pero si se trata de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, sólo se permite otorgar el tercer grado cuando quede por cumplir una quinta parte del tope máximo de cumplimiento (suponiendo que un terrorista hubiera sido condenado por tres muertes a 30 años de prisión cada una, sólo podría acceder al tercer grado cuando le quede por cumplir un quinto de 40 –máximo legal–, es decir, se le permitiría –y ello sólo en casos excepcionales, de pronóstico favorable de reinserción social y evolución positiva del tratamiento, además de los requisitos anteriormente vistos de garantía de cumplimiento de la responsabilidad civil, colaboración con las autoridades y signos inequívocos de abandono de la actividad terrorista– acceder al tercer grado cuando haya cumplido ¡32 años de prisión!).

Por su parte, el régimen para la obtención de la libertad condicional también se ha visto modificado en 2003. Antes de la reforma eran requisitos para la libertad condicional estar en tercer grado penitenciario, haber cumplido ya tres cuartas partes (o excepcionalmente dos tercios) de la condena y tener buena conducta y un pronóstico favorable de reinserción social.

La reforma introducida por la LO 7/2003 añade un nuevo requisito para la obtención de la libertad condicional (haber

satisfecho la responsabilidad civil, en los términos ya vistos, lo que de todas formas es necesario para la obtención del tercer grado, paso previo a la libertad condicional). Además, entre otras modificaciones, si se trata de condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, para que haya un pronóstico favorable de reinserción social es preciso que el sujeto haya colaborado con las autoridades y “muestre signos inequívocos” de haber abandonado la actividad terrorista (lo cual, como hemos visto, es también requisito necesario para obtener el tercer grado en este tipo de delitos) y, de otro lado, no les es aplicable el régimen excepcional de libertad condicional, en el que basta haber cumplido dos tercios de la condena (o incluso menos).

Además de estas modificaciones del régimen de la libertad condicional, y al igual que ocurría respecto del tercer grado, el artículo 78 establece ahora que, en casos de condena por varios delitos, si los topes máximos de cumplimiento efectivo conducen a establecer una pena a cumplir inferior a la mitad de la suma de las impuestas el juez o tribunal sentenciador *puede* acordar que los plazos para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en la sentencia, y *debe hacerlo* (y ésta es la novedad introducida por la LO 7/2003 en este ámbito) cuando alguno de los delitos por los que ha sido condenado el sujeto tiene prevista en la ley una pena de hasta 20 años de prisión o superior. En el caso del condenado por cuatro asesinatos cualificados a 22 años de prisión cada uno, éste debería cumplir el 75% de 88 años, es decir, 66 años de prisión, para poder obtener la libertad condicional, aunque sabemos que sólo puede cumplir efectivamente 40.

Aquí también se prevé que, excepcionalmente y en un momento posterior, el juez de vigilancia penitenciaria, en atención a la evolución del penado, decida aplicarle el régimen general. Pero si se trata de condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, sólo es posible conceder la libertad condicional (excepcionalmente) cuando le quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento (1/8 de 40, en nuestro ejemplo, 35 años de prisión ya cumplidos).

Se dificulta, pues, en gran medida la obtención de la libertad condicional en este tipo de supuestos. En cualquier caso, al ser el tercer grado requisito para la obtención de la libertad condicional esta previsión se vuelve a menudo superflua, pues si se le impide prácticamente acceder a aquélla, nunca podrá optar a ésta.

### III. Las reformas de 2003 y los fines de la pena

Como puede verse tras el análisis de las modificaciones introducidas por la LO 7/2003, se pretende con la reforma endurecer las condiciones de cumplimiento de la pena de prisión para los autores de varios delitos castigados con penas de prisión elevadas (aunque ya hemos visto que alguna modificación, como la introducción del período de seguridad, afecta a un número mayor de supuestos), limitando de paso la discrecionalidad de los jueces en la toma de decisiones en materia de ejecución penitenciaria y, por tanto, el sistema de individualización científica. Resulta especialmente llamativa la excepcional dureza con la que la ley trata a los responsables de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales. Ello supone una plasmación más del auge que a nivel internacional está teniendo en los últimos tiempos (aún más tras el 11 de septiembre) la idea de retribución, en el peor de los sentidos (de castigo por el castigo), y de inocuización del delincuente en prisión, frente a otras finalidades que debe cumplir la pena, como la resocialización (con todas sus limitaciones).

En efecto, en otros países, como en Estados Unidos, fracasadas las esperanzas resocializadoras, se han revalorizado tanto el fin retributivo de la pena (lo que se ha dado en llamar neoretribucionismo) como la función de custodia y control, de neutralización, que cumple la prisión (inocuidación), sobre todo respecto a delincuentes peligrosos proclives a la reincidencia. Se tiende así cada vez más a considerar la ejecución de la pena de prisión como un fin en sí mismo, dejando el tiempo de internamiento vacío de contenido rehabilitador y convirtiendo la prisión en “almacenes” de delincuentes, internados en ellos cuanto más tiempo mejor, con la finalidad de

evitar que cometan delitos en el exterior (curiosamente, cuando se habla de reincidencia suele hacerse referencia exclusivamente a los delitos cometidos por el preso tras su puesta en libertad: a nadie importan los delitos que un condenado pueda cometer contra otro durante su estancia en prisión).

Respecto al neoretribucionismo, está suponiendo en la práctica (aunque no tendría que ser necesariamente así, véase por ejemplo von Hirsch, 1998) a nivel internacional un aumento de las penas previstas para los delitos y un consiguiente aumento de la población carcelaria (un resumen de las plasmaciones del neoretribucionismo en el ordenamiento estadounidense ofrece Larrauri, 1998). Frente a la sensación de inseguridad del ciudadano (a veces fundada, y a veces –las más– creada artificialmente o al menos amplificadas interesadamente desde la política y los medios de comunicación), se pretende ofrecer como solución el endurecimiento de la sanción penal. Se transmite la idea (velada o abiertamente) de que cuántos más años de pena de prisión se cumplan y con más dureza (neoretribucionismo e inocuización parecen ir de la mano), mejor se combatirá la criminalidad. Esa premisa no ha sido, sin embargo, demostrada nunca empíricamente. La experiencia diaria parece más bien confirmar lo contrario, esto es, que al endurecimiento de las penas y al incremento del recurso a la pena de prisión en los últimos años no ha correspondido una disminución del nivel de criminalidad (algunos estudios criminológicos hablan de un “efecto disuasorio moderado” derivado de la certeza y severidad de las penas, aunque referido más a la certeza que a la severidad; por otro lado, algunas investigaciones empíricas parecen demostrar que la existencia de la pena de muerte –la pena más severa– no sólo no reduce la tasa de homicidios, sino que incluso puede producir un efecto brutalizador que hace que ésta aumente; véanse las referencias a estos estudios en Barberet, 1997: 125-128).

De hecho, el límite máximo de pena vigente en el anterior Código penal para casos de acumulación de penas (30 años) había sido ya criticado desde la doctrina por excesivo. Así, por ejemplo, consideraba Cid Moliné (1994: 293) que el principio de efectividad –según el cual una sanción penal sólo está justificada si la violencia que evita es superior a la que causa y si, además, se verifica que entre dos sanciones que producen semejante evitación de la violencia, se prefiere la que menor violencia supone– resultaba vulnerado por el límite de 30 años (vigente también en el Código franquista). Y ello porque, en su opinión, resulta muy difícil argumentar que una vez superados 10 o como máximo 15 años de prisión, los excesos de condena puedan incrementar su capacidad preventiva. “Desde mi punto de vista –dice este autor– los individuos cuyos comportamientos no resulten intimidados por condenas de tal entidad, tampoco lo son por condenas mayores”. Al margen de que penas de prisión de 30 años o superiores tienen un nulo efecto resocializador.

Y si en general no puede afirmarse que un aumento de las penas previstas para un delito (o para el caso de comisión de varios) tenga como consecuencia un descenso de la delincuencia, en relación en concreto a los delitos de terrorismo, o a cualquier otro delito subsumible en lo que se denomina delincuencia por convicción, mucho menos. Pensemos en el caso español. Personalmente estoy convencida de que el aumento del límite máximo de cumplimiento efectivo a 40 años no incidirá en lo más mínimo en la decisión de quien planea una serie de asesinatos terroristas. Ni siquiera la perspectiva de que esos 40 años se tengan que cumplir efectivamente y sin acceso al tercer grado ni a la libertad condicional. Como mucho, puede darse el efecto contrario, pues el trato diferenciado (más gravoso) al terrorismo puede ser usado por el entorno terrorista como un argumento más de la necesidad de la “lucha armada”.

Porque lo que me parece realmente grave de la reforma es su insistencia en diferenciar entre dos clases de delincuentes: basta releer el apartado que describe las modificaciones introducidas por la nueva ley y observar cuántas veces se establecen excepciones al régimen general para delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales. Se olvida que el establecimiento de reglas diferentes para un determinado tipo de delincuentes supone una infracción del principio de igualdad. Parece plasmarse así lo que se ha dado en llamar un “Derecho penal del enemigo”, un Derecho penal que trata a determinados delincuentes no como ciudadanos que han infringido una norma penal y deben ser castigados como una pena, sino “como enemigos, como meras fuentes de peligro que deben ser neutralizadas del modo que sea, cueste lo que cueste” (Cancio Meliá, 2002: 20). Al enemigo se le imponen gravísimas penas y se le recortan garantías del Estado de Derecho, abriéndose con ello “una puerta por la que puede colarse sin darnos cuenta un derecho penal de cuño autoritario” (Muñoz Conde, 2003a).

La admisión de un Derecho penal del enemigo, que distinga entre delincuentes con derechos y delincuentes enemigos del Estado

(no-personas, ha llegado a denominarlos Jakobs, 1999: 139-140), con menos derechos (o ninguno) es, en efecto, altamente preocupante. De presente, supone ya la vulneración de garantías inherentes al Estado de Derecho. De futuro, preocupa pensar quién determinará quién es el enemigo, cómo se establecerán límites al recorte a los derechos de éste y cómo se va a poder evitar que las limitaciones de derechos no se extiendan a la generalidad. ¿O tendremos que asumir, como dijo una jueza estadounidense en su argumentación para prohibir una manifestación en Nueva York contra la guerra de Irak el 15 de febrero de 2003, que las libertades ya no son las mismas tras el 11 de septiembre?

En resumen, como ponen de manifiesto Hassemer y Muñoz Conde (2001: 354-355), el peligro del neoretribucionismo es que la necesidad de pena no esté realmente vinculada a la idea de proporcionalidad a la gravedad del delito cometido, sino que exprese en realidad un sentimiento de venganza que conduzca a penas desproporcionadas o contrarias a la dignidad humana (como la pena de muerte) más propias de una prevención general puramente intimidatoria que convertida al Estado en un Estado terrorista que, con penas draconianas y un Derecho penal *ad hoc* pensado especialmente para los enemigos, pretenda acabar con la criminalidad más preocupante haciendo tabla rasa con los derechos humanos y las garantías del Estado de Derecho en aras de un sentimiento irracional de Justicia.

Por otro lado, al neoretribucionismo se añade a nivel internacional el auge de la idea de la inocuización. Curiosamente, la inocuización y la resocialización proceden de un mismo origen. Habitualmente suele atribuirse a Von Liszt (1882) la formulación de ambos conceptos. En efecto, este autor sostuvo que el fin que debían cumplir las penas no era el castigo por el castigo, la realización de la justicia (retribución), sino la consecución de la no reincidencia del condenado (prevención especial). Para lograr este fin podían seguirse tres vías diferentes, según las características de cada sujeto. Así, distinguía entre delincuentes corregibles (a los que había que



corregir), delincuentes ocasionales (a los que había que intimidar para persuadirles de la comisión de futuros delitos) y delincuentes habituales incorregibles (a los que había que separar de la sociedad). En el desarrollo de su teoría sobre el tratamiento de sujetos corregibles tiene su origen la idea de resocialización. En el desarrollo de su teoría frente a los delincuentes habituales incorregibles, el de la inocuización.

Ya hemos visto, sin embargo, las múltiples críticas de que ha sido objeto la idea de resocialización. Pues ahora hay que añadir que el terreno perdido por el pensamiento resocializador ha ido siendo conquistado por los defensores de la inocuización: si “nada da resultado”, si el tratamiento resocializador no garantiza la no reincidencia, entonces (éste parece ser el razonamiento imperante) todos los condenados son incorregibles: limitémonos entonces a inocuizar al delincuente, a separarlo de la sociedad pues al menos el tiempo en el que esté en prisión no podrá delinquir. Destinemos los medios económicos no a mejorar los programas de tratamiento, sino a construir más y mayores prisiones. Y llenémoslas.

En efecto, parece que en los últimos tiempos se ha revalorizado la función de custodia y control, de inocuización, que cumple la prisión, sobre todo con delincuentes peligrosos proclives a la reincidencia. En el fondo, ésta era también la filosofía subyacente en el Proyecto de ley de extraños a la comunidad, que determinaba el internamiento de asociales en los campos de concentración nazis... (véase Muñoz Conde, 2003b).

De forma no tan brutal (¿qué está ocurriendo en Guantánamo?), en Estados Unidos domina hoy la teoría de la *incapacitation*, que defiende la función puramente custodial de la prisión para determinado tipo de delincuentes con un pronóstico de peligrosidad criminal (basado normalmente en la reincidencia) durante el tiempo de la prisión, *que puede ser indefinido*. A esta idea responden las teorías penitenciarias que proponen una “*selective incapacitation*”, como prolongación indefinida de la pena privativa de libertad para delincuentes habituales con pronóstico desfavorable de resocialización, propuesta que se ha concretado ya, por ejemplo, en algunos estados de Estados Unidos en los que se permite la retención adicional por tiempo indeterminado del delincuente sexual violento peligroso que ha cumplido ya la pena impuesta (vuelve a ponerse así, de manifiesto, la cercanía de las consecuencias a que conducen inocuización y neoretribucionismo). Por su parte, la ley alemana para la lucha contra los delitos sexuales (*Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und andere gefährlichen Straftaten*), 26 de enero de 1998, maximiza también la idea de seguridad (aunque, a diferencia del modelo americano, no abandona la dimensión resocializadora del tratamiento), permitiendo imponer custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*: medida posterior a la pena no limitada por



el principio de culpabilidad, introducida por cierto en 1933 por el régimen nazi) desde la primera condena y sin límite temporal si hay riesgo de violencia (sobre todo esto, véase Silva Sánchez, 2001: 700 y ss.).

Estos excesos (y otros) demuestran lo peligroso de la idea de la inocuización. No sólo se olvida la reinserción a la que debe (obligatoriamente en el ordenamiento español) tender la ejecución de la pena de prisión, sino que está conduciendo ya en estos países a la introducción de medidas que infringen los principios de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad, pilares fundamentales del Derecho penal en un Estado de derecho.

En España no se ha llegado (aún) a estos extremos. Pero el auge de la inocuización está llegando y ha quedado plasmado ya en la reforma en tanto en cuanto se le resta operatividad al sistema de individualización científica (cuando no se elimina) limitando el acceso al tercer grado y la libertad condicional y convirtiendo en muchos casos la pena de prisión en un tiempo vacío de contenido rehabilitador (no comparte esta opinión crítica, por ejemplo, Manzanares Samaniego, 2003: 206).

Tanto el razonamiento inocuizador en sí como las consecuencias a las que conduce son criticables. Es cierto que el pensamiento resocializador merece críticas, que tiene limitaciones. Pero no es cierto que nada dé resultado. Y tampoco parece muy sostenible una argumentación que, partiendo de la ineficacia de la prisión, en vez de llegar a la conclusión (como sería razonable) de la necesidad de incrementar (cuando sea posible) el uso de penas alternativas, desemboque por el contrario en una tendencia a aumentar, en número de supuestos y en duración de la pena, el recurso a las penas de prisión (según estadísticas de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias en España se ha pasado de 33.035 presos en 1990 a 53.937 en 2003).

Respecto a la eficacia o ineficacia del tratamiento resocializador, un equipo de investigadores españoles (véase Redondo, 1997) ha realizado recientemente un estudio sobre 57 programas de tratamiento aplicado a jóvenes y adultos en seis países europeos, en el que se constató una ganancia global

favorable de un 15% de mejora en las puntuaciones de los sujetos tratados frente a los no tratados (referido a todo tipo de logros, académicos, laborales, psicológicos...) y una reducción promedio de la delincuencia en un 12% (suele partirse internacionalmente de una reincidencia promedio del 50%, por lo que en grupos tratados rondaría el 40%). La propia implantación de programas de tratamiento influyó positivamente, además, en el funcionamiento de las instituciones en los que se aplicó mejorando el clima y disminuyendo la violencia.

Naturalmente que podría argumentarse que la reducción en 10 ó 12 puntos de la reincidencia no es un resultado muy alentador. Pero es un resultado. Mucho más de lo que ha logrado el pensamiento retributivo, que nunca ha demostrado la más mínima eficacia en la reducción de la delincuencia de un incremento y/o endurecimiento de las penas.

La Exposición de Motivos de la LO 7/2003 establece en su apartado II que "la flexibilidad en el cumplimiento de las penas y los beneficios penitenciarios tienen su razón de ser en el fin de reinserción y reeducación del delincuente constitucionalmente consagrado, pero, precisamente por ello, la legislación debe evitar que se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes para lograr un fin bien distinto". Estoy totalmente de acuerdo: naturalmente que el tercer grado y la libertad condicional, al permitir un mayor margen de libertad al condenado, deben concederse cuando, como decíamos antes, haya una cierta garantía de éxito en la utilización de ese margen de confianza. A eso se dirige, precisamente, el sistema de individualización científica, pues en él se trata de tomar decisiones individuales en función de las circunstancias concretas de cada caso. Por ello no estoy de acuerdo con la consecuencia que en la ley se extrae de ese planteamiento, en sí correcto, pues el riesgo de instrumentalización o de fracaso en supuestos aislados debe conducir sólo a la necesidad de perfeccionar el sistema de individualización científica, y no, como hace la ley, a excluir de este sistema a quienes hayan cometido determinados delitos.

El aumento sistemático de las penas y el endurecimiento de las condiciones de cumplimiento no parece pues un buen camino para la lucha contra la criminalidad grave. Ni siquiera políticamente parece una opción adecuada: como dice Muñoz Conde, si ni en los años más duros del franquismo se llegó a proponer el cumplimiento efectivo de penas de prisión de 40 años de duración, no se entiende muy bien por qué en un momento en que el problema del terrorismo no es más amenazante que en otras épocas se propone una reforma mucho más severa, rayando –dice este autor– la introducción de la cadena perpetua, que más bien puede tener un efecto contraproducente para una deseable política de reinserción social de los terroristas (Muñoz Conde, 2003a).

En realidad, el sistema introducido por la ley 7/2003 no es que “raye” la introducción de la cadena perpetua, es que permite la imposición de penas en condiciones más severas que en aquellos países de nuestro entorno donde existe esta pena. En efecto, en países como Italia, Alemania o Francia, que prevén en sus normas penales la pena de cadena perpetua, ésta no se identifica con un internamiento en prisión de por vida sin posibilidad de recuperar la libertad, sino que se puede acceder a la libertad condicional una vez alcanzado un determinado tiempo de cumplimiento (por ejemplo, 26 años en Italia o 15 en Alemania). De hecho, los Tribunales Constitucionales de estos países y el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos han manifestado que la admisibilidad de penas de prisión perpetua o de larga duración depende de que exista la posibilidad de una libertad anticipada (véase la jurisprudencia recogida por Téllez Aguilera, 2003: 7). En otras palabras, estamos de nuevo ante un fraude de etiquetas porque, sin mencionar el término “cadena perpetua”, se ha introducido la posibilidad de cumplir penas en condiciones más gravosas que en aquellos países de nuestro entorno en que se admite (en los términos en los que cabe admitirla en pleno siglo XXI) la pena de cadena perpetua.

El propio Consejo General del Poder Judicial (2003), en su informe del Anteproyecto de la LO 7/2003, al analizar la posible inconstitucionalidad del aumento del límite máximo de cumplimiento efectivo en casos de acumulación de penas hasta 40 años, estableció que esta medida no era incompatible *per se* con la prohibición constitucional de penas inhumanas o degradantes ni con la orientación a la resocialización de las penas (2003: 8-11), *siempre que*, por el modo de cumplimiento (beneficios penitenciarios, modalidades de tratamiento, etc.), no se esté impidiendo de forma significativa la reinserción social del condenado. “Pues, a estos efectos, no es relevante la duración de la pena impuesta si el penado conserva la esperanza de poder ser liberado, aunque sea después de mucho tiempo, en caso de pronóstico favorable de reinserción” (2003: 10). Y esa esperanza queda, desde luego, muy debilitada –casi inexistente– para los autores de determina-

dos delitos (sobre todo delitos de terrorismo y cometidos en el seno de organizaciones criminales) tras la reforma. El principio constitucional de orientación de las penas a la reinserción social resulta así claramente vulnerado.

Por otro lado, ya he expresado las críticas que merece, desde mi punto de vista, la rebaja del límite mínimo de la pena de prisión a tres meses y la supresión del arresto de fin de semana. Como también cabe valorar negativamente, en mi opinión, otras reformas producidas en el año 2003 (como las introducidas por la LO 11/2003, del 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros), que no se tratan aquí por afectar a otras materias. Esta evolución (¿imparable?) me merece una opinión muy negativa.

La eliminación de la delincuencia es imposible: sólo cabe reducirla a unos límites soportables para la convivencia. La cuestión es, entonces (Hassemer y Muñoz Conde, 2001: 221), “cómo se puede conseguir esa reducción o contención de la criminalidad, indispensable para una convivencia pacífica organizada, a unos niveles aceptables, manteniendo unos espacios de libertad que también son indispensables para el desarrollo individual”. Y, en ese sentido, resulta fundamental no permitir que las nuevas tendencias en relación a la pena acaben con las garantías básicas del Estado de derecho. Por eso me parece necesario partir de la idea de la pena como retribución (pues en la medida en que se asuma la naturaleza de “mal” de la pena, como respuesta al delito cometido, podrá recurrirse a la proporcionalidad como límite de aquella) e intentar después encontrar un equilibrio entre las necesidades resocializadoras y de defensa de la sociedad, pero dejando claro que hay que supeditar la eficacia en la prevención del delito a los principios del Estado de derecho.

El Derecho penal debería estar limitado, sobre todo, por la idea de humanización y por el concepto de Derecho penal mínimo, que frene las pretensiones ampliatorias de mecanismos preventivo-generales (Díez Ripollés, 1997: 12). En concreto, y por lo que

se refiere a los temas aquí tratados, concuerdo totalmente con Cid Moliné (2002: 15), quien resumía de una forma muy clara los tres aspectos que deberían configurar “un ideal razonable por lo que hace al papel de la prisión en el sistema punitivo”: “usar la prisión sólo en aquellos casos en que no sea posible imponer un castigo más humano –prisión como *ultima ratio*– y limitar su duración de acuerdo a estándares de humanidad (*limitación del uso de la prisión*); hacer que las condiciones de vida en prisión se acerquen lo más posible a las de las personas en libertad (*normalización de la vida en prisión*); y posibilitar que durante la ejecución de la pena de prisión la persona pueda participar en programas de tratamiento que puedan dar lugar a su liberación –parcial o total– anticipada (*rehabilitación en prisión*)”.

No es ésta, sin embargo, la línea seguida por la reforma ni la tendencia general. Por el contrario, “la ‘globalización del modelo económico’ está provocando una reducción del Estado social y un aumento del Estado policial, penal y penitenciario” (Hassemer y Muñoz Conde, 2001: 335). Y eso es intolerable.

## Bibliografía

- Barberet, Rosemary, “La prevención general y especial”, en AA.VV., *La Criminología aplicada*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, ps. 117-147.
- Cancio Meliá, Manuel, “‘Derecho penal’ del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”, *Jueces para la Democracia* 44, 2002, ps. 19-26.
- Cid Moliné, José, *¿Pena justa o pena útil? (El debate contemporáneo en la doctrina penal española)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.
- “El sistema penitenciario en España”, *Jueces para la Democracia* 45, 2002, ps. 15-27.
- Consejo General del Poder Judicial, Informe sobre el Anteproyecto de LO de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, [www.poderjudicial.es/CGPJ/Docuteca/ficheros.asp?intcodigo=1488&IdDoc=SP](http://www.poderjudicial.es/CGPJ/Docuteca/ficheros.asp?intcodigo=1488&IdDoc=SP), 2003.

- Cuerda Riezu, Antonio, "El rotundo fracaso legislativo del llamado 'cumplimiento efectivo' de las penas y otros aspectos del concurso de delitos", *La Ley* 4204, 10/1/1997, ps. 1-4.
- Díez Ripollés, José Luis, "El bien jurídico protegido en el Derecho penal garantista", *Jueces para la Democracia* 30, 1997, ps. 10-19.
- Dirección General de Instituciones Penitenciarias, publica datos estadísticos en [www.mir.es/oatpp/index.htm](http://www.mir.es/oatpp/index.htm), 2003.
- Ferdinand, "¿Funcionan las penas?", en AA.VV., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, ps. 325-351.
- Fernández García, "La actual reforma del Código penal: ¿acierto o confusión?", en Diego Díaz-Santos y Fabián Caparrós (coords.), *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, Colex, Madrid, 2003, ps. 29-55.
- García Arán, Mercedes, "Castigo o reinserción eficaz", *El Periódico*, 7/1/2003. Puede obtenerse también en [www.sppu.com/hemeroteca/200301/noticias/pagina3\\_070103.htm](http://www.sppu.com/hemeroteca/200301/noticias/pagina3_070103.htm).
- García-Pablos de Molina, Antonio, "La supuesta función resocializadora del Derecho penal", en *Estudios Penales*, Bosch, Barcelona, 1984, ps. 17-96.
- Hassemer, Winfried, *Fundamentos del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984.
- Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.  
– *Introducción a la Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- Jakobs, Günther, "La ciencia del Derecho penal frente a las exigencias del presente", en *Estudios de Derecho Judicial* 20, 1999, ps. 137 y siguientes.
- Kury, "Sobre la relación entre sanciones y criminalidad, o: ¿qué efecto preventivo tienen las penas?", en AA.VV., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, ps. 283-324.
- Larrauri, Elena, "Introducción", en V. Hirsch, *Censurar y castigar*, Trotta, Madrid, 1998 (versión en español).
- López Peregrín, Carmen, "¿Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?", *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 1, 2003; [criminología.net/Revista.htm](http://criminología.net/Revista.htm) (publicado también en *Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão* 11, 2004, ps. 91-126).
- Manzanares Samaniego, José Luis, "El cumplimiento íntegro de las penas", *Actualidad Penal* 2003-1, 2003, ps. 195-214.
- Martinson, Robert, "What works? Questions and answers about prison reform", *The Public Interest* 35, 1974, ps. 22-54.
- Muñoz Conde, Francisco, "La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito", en Mir Puig (edit.), *La reforma del Derecho penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1980, ps. 61-81 (publicado también en *Cuadernos de Política Criminal* 7, 1979, ps. 91 y ss.).  
– "¿Hacia un Derecho penal del enemigo?", *El País*, 15/1/2003a.

- *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003b.
- “Las reformas de la Parte Especial del Derecho penal español en el 2003: de la ‘tolerancia cero’ al ‘Derecho penal del enemigo’”, *Revista Electrónica de Ciencias Jurídicas, RECJ.01.01/05*, [www.pgj.ma.gov.br/ampem1/ampem1.asp](http://www.pgj.ma.gov.br/ampem1/ampem1.asp), 2005.
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal, Parte General*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Redondo Illescas, Santiago, “Intervenciones con delinquentes, reinserción y reincidencia”, en AA.VV., *La Criminología aplicada*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, ps. 149-175.
- Renart García, Felipe, *La libertad condicional: nuevo régimen jurídico*, Edisofer, Madrid, 2003.
- Requejo Conde, Carmen, “Ámbito y aplicación del art. 78 CP”, *Actualidad Penal* 26, 2000, ps. 549-559.
- Silva Sánchez, Jesús María, “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delinquentes sexuales violentos”, en Arroyo Zapatero y Berdugo Gómez de la Torre (dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In memoriam*, Cuenca, 2001, ps. 699-710.
- Téllez Aguilera, Abel, “La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia”, *El Derecho penitenciario*, en [geo.ya.com/webprisiones/opinion/15.htm](http://geo.ya.com/webprisiones/opinion/15.htm), 2003.
- Villa Stein, “Las penas privativas de libertad de corta duración. Fundamento empírico de su justificación”, en AA.VV., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, ps. 193-202.
- Von Hirsch, Andrew, *Censurar y castigar*, Larrauri (trad.), Trotta, Madrid, 1998.
- Von Liszt, “Der Zweckgedanke im Strafrecht”, en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze I*, Berlín, 1905.

# Políticas sobre drogas, exclusión y reducción de daños

Iñaki Markez\*

En esta sociedad desarrollada en la que vivimos con sus estructuras sociales y su consumismo, sus grandes transformaciones en las esferas productiva, social y familiar, nos encontramos con múltiples situaciones de desigualdad que van aumentando su tamaño. Los de siempre siguen siendo castigados y acceden a esa situación nuevas capas y personas que tienen dificultades para sobrevivir a diario, con la particularidad de que las administraciones públicas no ofrecen respuestas paliativas. Así, aunque el mercado está globalizado, el poder político se mantiene en ámbitos localistas y las políticas sociales del Estado de bienestar de hace una, dos o tres décadas son inoperantes e incapaces de sensibilizarse con los nuevos problemas.

En lo que tiene que ver con las drogas el fenómeno de la globalización está interviniendo en todos y en cada uno de los procesos que acontecen, en la oferta y en la demanda, en la producción, distribución y comercialización de todas ellas, legales o no, a través de recursos transnacionales. Procesos en un escenario global en el campo económico y financiero y escenario global en sus consecuencias sanitarias, sociales y culturales. Se ha llegado a globalizar la epidemia, con sus trágicas consecuencias sociales y sanitarias sobre muchos consumidores que quedan atrapados en la dependencia. Y también sobre los entornos familiares y amplias franjas sociales afectadas por la violencia, accidentabilidad o la delincuencia. Afectación que daña y viola los derechos humanos básicos y no solo la salud de muchas personas. Las tendencias de consumo se han tendido a globalizar, mientras por otro lado se exige también respuestas globalizantes a los Estados para el adecuado tratamiento e inmensas comunidades padecen las consecuencias. Globalización, también, como fenómeno de desocialización de importantes franjas de población por ruptura de vínculos escolares, familiares o sociales, marginación con comportamientos sectarios o sociales de autoprotección y/o supervivencia.

## I. Políticas sobre drogas

Las políticas sobre drogas impulsadas por los Estados han seguido un curso uniformador, con discursos unívocos hegemonizados y determinados por las políticas oficiales de la administración de los Estados Unidos. A pesar de impor-

\* Médico Psiquiatra en el Servicio Vasco de Salud-Osakidetza. Director de Ekimen, 2000, Centro de Investigación sobre Salud Mental y Sustancias, imarkez@euskalnet.net.



tantes informes sobre algunas sustancias minimizando las consecuencias sanitarias y sociales de su uso, las legislaciones y políticas prohibicionistas fueron imponiéndose. Los ejemplos se han multiplicado durante el siglo pasado. El proceso hasta llegar en 1937 a la *Marijuana Tax Act* por el Congreso de los Estados Unidos, sin motivaciones científicas que la sustentaran sino más bien un entramado de causas económicas, sanitarias, morales y racistas que provocaron la ilegalización de cualquier uso del cannabis, no sólo recreativo sino tampoco médico. Antes, en diciembre de 1914, la Ley Harrison que en su texto reglamentaba el registro, fabricación, tributación y uso de las sustancias fue el precedente en apenas unas semanas de la Ley Seca para el vino y los licores. Anteriormente fue el opio. Paulatinamente las cuatro grandes sustancias de uso recreativo (alcohol, opio, marihuana, cocaína) fueron satanizadas para, posteriormente, imponer leyes que tuvieron como objetivo “la reforma de las costumbres y así mejorar la sociedad” yendo dirigidas directamente a las “minorías” (irlandesa, china, mexicana y negra) que comenzaban a tener notorias cotas de poder.

La adopción internacional de esta medida respecto de la política estadounidense ha sido una pauta mantenida hasta llegar a la Convención Única de 1961, donde la ONU sentenció lo relativo al uso de drogas definiendo las grandes líneas de la política de drogas en el mundo indicando que el objetivo era establecer *un mundo libre de drogas en 25 años*. Han transcurrido casi cinco décadas desde aquella Convención firmada en Nueva York que sigue siendo el texto orientador de las políticas sobre drogas en casi todos los países del mundo a pesar de la elevada afectación sobre la salud pública, las numerosas violaciones de los derechos humanos y los muy elevados costes sociales y económicos. Epidemias de enfermedades graves (sida, hepatitis), criminalización de los consumidores y de los campesinos productores de drogas, promoción de consumos inseguros, generación de conductas violentas, deterioro medioambiental, encarcelamientos, alarmismo social, etcétera, son parte importante de las consecuencias de modelos y políticas prohibicionistas. Incluso en la última Convención de Naciones Unidas de 1998 volvieron a repetir lema: *un mundo libre de drogas, podemos conseguirlo*. Repetición de lema y escasa diferencia de la política general sobre drogas hasta llegar a la próxima Sesión Especial de la Asamblea General de la ONU (UNGAS) sobre drogas en este año 2008. En este camino, el lema es *librar al mundo de las drogas antes de 2008*. Más de lo mismo, con un panorama con similar situación si no peor en cuanto a consumos y consumidores.

La consideración por la OMS de la drogodependencia como enfermedad crónica y recidivante produjo un incremento de la oferta asistencial con variados programas, siempre orientados a la abstinencia. Dichos programas, los programas llamados *libres de drogas*, fueron y siguen siendo

útiles para subpoblaciones de toxicómanos, pero no para la totalidad, ya que muchos de ellos ni se plantean siquiera el abandono de los consumos. Estamos hablando de usuarios con importante deterioro o ingresados en centros penitenciarios, adictos de larga evolución o todos aquellos que no pueden o no quieren dejar su dependencia. Son usuarios de drogas poco receptivos a los programas clásicos de tratamiento que pueden ser susceptibles de otros programas cuyos objetivos estén alejados de la abstinencia.

## II. ¿Argumentos?

Los prohibicionistas de la droga abogan por grandes cruzadas contra el narcotráfico, y los apologistas dotan de propiedades subversivas y utópicas a las drogas, cosificando de esta forma lo que no es sino una cuestión de relaciones sociales.

Las razones de los prohibicionistas y sus argumentos se expresan, según dicen, por la vía de los hechos:

En torno al 70% de los delincuentes son drogadictos, de lo cual se deduce que la droga es una causa, la causa más importante de la actividad delictiva. Este razonamiento finaliza con la exigencia de la detención de los consumidores.

El segundo hecho es que al clandestinizar al consumidor, se le aleja del sistema de salud, con los datos alarmantes que muestran que un elevado porcentaje de los casos de sida corresponde a usuarios de drogas inyectables.

La conclusión, aunque torpe y falsa es que *quien consume drogas ¿está enfermo o comete un delito?* Por lo tanto, hay que acercarlo al sistema sanitario o bien detenerlo.

Este tipo de razonamientos nos conduce directamente a la exclusión, a la exclusión social. Concepto cuyas dimensiones se orientan hacia los recursos, las relaciones sociales y los derechos de las personas, pues no olvidemos que muchas poblaciones de personas excluidas (enfermos psíquicos, “sin techo”, inmigrantes, desempleados, discapacitados varios, encarcelados) participan de los consumos excesivos de algunas sustancias e incluso acceden a la drogodependencia generando o manteniendo elevados niveles de marginalidad que no suelen encontrar respuesta en los habituales recursos de atención a la salud.

La realidad es el trastorno comórbido; ¿de trastorno mental y dependencia a opiodes o a estimulantes?; ¿la exclusión social es una patología en sí misma? Lo cierto es que en estos sectores marginales, estén donde estén, hallamos “demasiadas” enfermedades mentales. Las más prevalentes, los trastornos de personalidad y el antisocial el más común. Pero también trastornos afectivos –depresiones sobre todo–, trastornos de ansiedad y trastornos psicóticos.

Pero ¿es esto realmente así? Este razonamiento contiene un tipo de explicación que es falaz y conduce, si se aplica algo de rigor, a paradojas insalvables. Drogadicción y delincuencia no son dos categorías distintas de tal manera que entre ellas

se pueda establecer una relación funcional del tipo que podríamos establecer entre el tabaco y el cáncer, sino que muy al contrario porque se es drogadicto, se es delincuente. La drogadicción misma es un delito, está marcada con el signo de lo prohibido y en su despliegue implica a todo el universo delincuencia. Delincuencia y drogadicción pertenecen a una misma categoría, no se prohíbe la droga por la fatal relación entre droga y delincuencia, sino más bien porque se prohíbe la droga esta conexión existe. Como decía Poincaré: “define un objeto en función de una clase de objetos que contiene al objeto que está definido”. La implicación entre droga y delincuencia es una pregunta falaz, que oculta la naturaleza íntima del problema que no es otra que la vinculación inseparable entre delito y droga, a causa precisamente de su prohibición.

Otro argumento hace referencia a la salud del propio individuo que consume drogas. Valdrían los argumentos dados a favor del suicidio. ¿Por qué la Administración se ha de preocupar más de la salud de un consumidor de drogas, que de la de un enfermo crónico de hígado y estómago que al tiempo es consumidor de alimentos picantes y de grasas? No hay ninguna ley que prohíba a los enfermos de hígado consumir chiles, grasas ni pimienta verde. Sin embargo, pudiera resultar que fuera más perjudicial para su salud, que para otra persona un cigarrillo de marihuana. ¿Por qué ese interés por la salud de unos y el olvido de la de otros?

Quedan al descubierto las “falacias” que alimenta la legislación sobre las drogas, al tiempo que señala lo “innecesario” e “ilegal” de la represión del consumo de drogas, mientras, intenta mostrar caminos alternativos, que pueden contribuir a mejorar el problema del consumo y de los riesgos, y no a agravarlo “que de hecho es lo que ocurre a partir del tema de la prohibición”. No son pocos los gobernantes que se han atrevido a decir públicamente que si se “reprime a los usuarios se termina con el tema de la droga”.

### III. Reducción de daños y riesgos

Tras casi un siglo de políticas internacionales centradas en la represión y en la prohi-

bición de ciertas drogas, es el momento de promover una aproximación más humana, orientada socialmente y sobre todo más eficiente, donde el primer interés es proteger la salud de los usuarios y mejorar la realidad psicosocial. Con el riesgo de plantear respuestas paternalistas, reaccionan ante la pobreza y marginalidad con medidas asistenciales y paliativas. Esto que no es resolutivo, sí puede ocasionar estigmatización y cronificación.

Los llamados Programas de Reducción de Daños y Riesgos son, y han sido, el marco de diversos planteamientos y programas de actuación que en estas últimas décadas han pretendido dar una respuesta a las diferentes problemáticas asociables a las formas de uso de ciertas drogas, a las patologías concomitantes y a las conductas de riesgo.

Las políticas sobre drogas que dominan en la actual Unión Europea se relacionan con la reducción de la demanda. Tienden a unificar o coordinar las intervenciones institucionales, e incluso las legislaciones. Las actuaciones represivas han descendido a pesar de que las noticias sobre aprehensiones y detenciones sean cotidianas en los medios de comunicación. Se toman muchas iniciativas más o menos coercitivas, más o menos tolerantes, pero habitualmente no se evalúan las actividades, ni los programas y mucho menos las políticas de intervención. Claro que, no se puede evaluar algo que previamente no se conoce y con frecuencia es enorme el desconocimiento de la realidad.

En el terreno de la reducción de la demanda, en sus expresiones prácticas vemos grandes diferencias entre las líneas estratégicas nacionales o estatales con lo desarrollado en el ámbito local, incluso con filosofías antagónicas o cuando menos muy alejadas conceptualmente de lo oficial. Existen temas relacionados con la reducción de la demanda y también con la reducción de daños, que se hallan más cercanos a la población y a los profesionales que trabajan en este campo. Las actividades y programas de reducción de daños y riesgos, los tratamientos de sustitución, el debate y las medidas sobre la despenalización, la prevención entre usuarios de drogas, la prevención entre usua-

rios de drogas, la evaluación de los programas y las políticas, etcétera, son algunos de ellos.

El ejemplo de la descriminalización es bien elocuente. La mayoría de los Estados de la Unión Europea se hallan en situación de despenalización de facto. En España está despenalizado el consumo si bien se mantiene la arbitrariedad a través de sanciones administrativas. Los niveles de tolerancia pueden ser grandes o pequeños respecto al consumo o al comercio, pero en cualquier caso, aun los textos sociojurídicos –la “ley”–, distan de lo que se aplica en la práctica diaria.

Por otro lado, las políticas y los llamados programas de Reducción de Daños y Riesgos son, y han sido, el marco de los diversos planteamientos y programas de actuación que en esta última década han pretendido dar una respuesta a las diferentes problemáticas asociables a las formas de uso de ciertas drogas, a las patologías concomitantes y a las conductas de riesgo por sectores excluidos casi siempre. La reducción de daños se ha convertido en la alternativa a los enfoques basados en la abstinencia y centrados en un modelo punitivo, sea por el paternalismo médico sea por la aplicación de la ley. Los replanteamientos de las formas y métodos de intervención han llevado a formular nuevos modelos conceptuales. La oferta de servicios sanitarios y sociales dirigidos a disminuir los posibles efectos nocivos del uso de drogas, sin la imposición del no-uso, fue un cambio radical en su momento.

Los modelos que en décadas anteriores han hegemonizado el discurso oficial sobre las drogas y las drogodependencias, el médico-sanitarista y el jurídico, representaban el inicio de abordaje del fenómeno. Los primeros imponiendo su código hipocrático y recogiendo el viejo concepto de enfermedad para las adicciones y para ello prescribiendo otras sustancias, y los segundos criminalizando al consumidor, prescribiendo leyes e imponiendo su código penal. Enfermos y delincuentes eran el objeto de intervención, pero los pretendidos resultados no se lograban y, además, se constataba que las conductas asociadas al uso de sustancias presentaban un amplio abanico que iba de lo placentero a lo enfermizo o problemático. Las divisiones de drogas en legales e ilegales tampoco tenían relación con los daños y riesgos de la sustancia sino más bien con cuestiones de índole económica, social, cultural o de orientación ideológica en un momento y lugar dado.

Las estrategias basadas en la sustitución tienen ya un siglo, encontrándose junto a políticas basadas en medidas represivas y prohibicionistas. La heroína fue sintetizada en Suiza en 1898 y comercializada a principios de siglo como analgésico y terapia sustitutiva para la morfinomanía. En Estados Unidos se crearon hasta 44 *narcotic clinics* entre 1911 y 1923 especializadas en desintoxicación y mantenimientos con opiáceos. En Gran Bretaña, se instauró en 1926 el *Brytish System*, donde se prescribía todo tipo de sustancias, incluidas la heroína y la cocaína.

En la década de los 60 aún no existía “problema” de drogas diferentes al alcohol, de ahí que la atención sociosanitaria se realizara desde los servicios sanitarios de atención a alcohólicos ligados a la Psiquiatra siendo los precursores de la posterior intervención social.

Tras el rápido ascenso de consumos y consumidores de heroína en la segunda mitad de la década de los años 70, fue necesario generar recursos para una pronta respuesta asistencial. La prescripción y dispensación de metadona se pretende regular en 1983 con una Orden Ministerial. Según esta Orden, todo adicto a opiáceos podía ser tratado por un médico.

El aumento de enfermedades infecto-contagiosas transmisibles por vía endovenosa o vía sexual, el hecho de que la marginalidad y conductas asociadas al consumo de drogas ilegales sea un factor de riesgo de tuberculosis, la elevada incidencia de casos de sida en Usuarios de Drogas Inyectadas (UDI) y en sus parejas ocupando las tasas más altas de Europa en estos últimos años, veintidós veces mayores que en los Países Bajos; la constatación de que los afectados con deterioro no acuden a los centros de atención asistencial o social por su rechazo institucional; la existencia de un elevado colectivo que carece de recurso eficaz y a lo largo de los años va de un centro a otro persiguiendo el beneficio paliativo a su situación; son las principales razones de la implementación de los programas de disminución de riesgos. Todo ello a pesar de que en los años ochentas se generase una importante red asistencial inspirada en la filosofía del “*drug free treatment*” que acompañaba a la guerra a las drogas. Los programas libres de drogas, con la abstinencia como único objetivo, fueron el limitante de cualquier otro tipo de intervención con la población drogodependiente o simplemente usuaria de sustancias.

Reconocida esta realidad y visto los débiles resultados tras una década de actuación con importante inversión en recursos humanos y materiales, se reflexiona en algunos sectores profesionales sobre nuevas perspectivas para la atención de las drogodepen-

dencias. Así aparecen los entonces llamados programas de reducción de daños y riesgos que pretenden minimizar los daños ocasionados por el consumo de drogas y reducir los riesgos asociados a ciertas modalidades de uso. Ello se plasmará en políticas de actuación que sobre el papel forman parte de una estrategia global de salud pública y con unos servicios y una atención más pragmáticos que han ido desarrollándose con importante amplitud.

Posteriormente se fueron añadiendo los consumos, los usos perjudiciales, los abusos y dependencias de otras muchas drogas: anfetaminas, cocaína, éxtasis, cannabis, ketamina, etcétera, añadidos a los omnipresentes alcohol y tabaco.

En los últimos treinta años mientras numerosas profesiones discutían, discutíamos, con mejor o peor fortuna, sobre las políticas y actuaciones de reducción de daños y riesgos, las orientaciones emanadas desde la Administración estadounidense, el *lobby* de la prohibición, lograba de facto una ley internacional condicionando las leyes nacionales y locales. La institución utilizada ha sido Naciones Unidas que a través de una serie de Convenciones y Tratados ha obligado a la comunidad internacional a emplear protocolos, proclamas y acuerdos que en general han sido trasladados por los gobiernos en forma de leyes nacionales aparentemente de decisión soberana y que condicionan aspectos importantes de las economías y el comercio, de las relaciones sociales y culturales, del medio ambiente e incluso los derechos básicos de la ciudadanía.

Los programas de reducción de riesgos son aplicables hacia cualquier tipo de sustancias, si bien en el entorno europeo se centraron fundamentalmente en la heroína y otros opiáceos, pues eran sus consumidores quienes habitualmente demandaban ayuda en los diferentes centros de atención para las drogodependencias, a muchos de los cuales acuden los toxicómanos más marginales, con frecuencia ignorados. Actualmente con el crecimiento de consumos y consumidores de estimulantes, cocaína sobre todo, y de drogas de diseño, sin olvidar las repercusiones de todo tipo por los consumos excesivos de

bebidas alcohólicas, las intervenciones relacionadas con la reducción de daños y riesgos se van diversificando y creciendo en importancia. Hasta tal punto que la reducción de daños se ha convertido en la alternativa a los enfoques basados en la abstinencia y centrados en un modelo punitivo, sea por el paternalismo médico sea por la aplicación de la ley.

Ahora se trata, también, de incorporar la opinión de los usuarios que respondan a las necesidades de los afectados y no a prioridades de los profesionales, de los intereses de los políticos o de estética social. Se trata de generar también respuestas comunitarias, relaciones interpersonales, ir armando su autonomía, controlar su propia vida. Lo que se pretende es dar prioridad a aquellos objetivos que permitan disminuir los efectos contraproducentes del uso de drogas. Si se desea consumir drogas que sea con la mayor seguridad posible. Se trata de ofrecer planteamientos más pragmáticos y menos sujetos a moralismos alejados de la realidad.

Las propuestas de Reducción de Daños y Riesgos son solo medios intermedios, instrumentos de acercamiento entre posiciones hoy enfrentadas. Pero no son El Modelo.

#### **IV. Diferentes estrategias de intervención**

Las estrategias de reducción de daños y riesgos se pueden definir como un conjunto de medidas socio-sanitarias, individuales o colectivas, que pretenden disminuir los efectos negativos (físicos, psíquicos o sociales) asociables al consumo de drogas, permitiendo no estigmatizar al usuario dependiente de drogas. Estas medidas y estrategias, que aceptan el consumo de drogas por los usuarios atendidos, tienden a diversificar la oferta asistencial, desarrollando nuevas modalidades terapéuticas o nuevos dispositivos de carácter psico-social. Significa en el drogodependiente la aceptación de su plena capacidad para la toma de decisiones responsables sobre su salud.

Si bien es cierto que las intervenciones farmacológicas pueden ser muy variadas, los programas de metadona, heroína, buprenorfina y otros opioides; centros de contacto y centros de acogida; programas de intercambio de jeringuillas; sociosanitarios o de sexo seguro, etcétera, son algunas modalidades de intervención de las estrategias de reducción de riesgos más frecuentes.

*Jeringuillas*: distribuidas desde las farmacias, que reparten casi el 80%, y con una participación creciente; desde los colectivos ciudadanos o desde los centros de salud para eliminar el móvil favorecedor de la propagación de infecciones.

La tasa de intercambio de jeringas en las zonas donde el programa es accesible se acerca al 80%. Casi dos millones y medio de jeringuillas y/o kits sanitarios cada año en España. Estos datos podrían bastar para justificar programas con mayor grado de implantación; es necesario que aún se extiendan y generalicen para un mayor impacto de la acción preventiva.



#### IV. 1. Programas de sexo seguro

El sida es una enfermedad que se acompaña de un doble estigma: por asociarse a conductas desviantes (drogas, promiscuidad, etc.) y con grupos sexuales. La vía sexual es la segunda gran vía de transmisión en la población general, sea homosexual o bisexual o heterosexual no protegida según el Registro Nacional de Casos de sida, con especial relevancia en las mujeres, alcanzando un tercio de los casos nuevos. La prevención de enfermedades de transmisión sexual y Sida a través del uso correcto del preservativo, o los talleres de formación sobre hábitos sexuales seguros, permiten evitar la infección de los usuarios no infectados, reducir la diseminación de vih, evitar infecciones en ya infectados o ayudan a sensibilizar a los afectados en su posible papel como agentes de prevención en su ámbito social.

#### IV. 2. Programas de Mantenimiento con Metadona (PMM)

Los tratamientos con clorhidrato de metadona, opioide sintético de larga vida media, están entre las llamadas estrategias de "reducción de daños", que han pasado de ser vistos como una amenaza y estar satanizados, en los años en que el objetivo era la abstinencia, a ser entendidos como la estrella de los recursos paliativos.

La gran ventaja de la rápida difusión de los PMM es su accesibilidad. En varias Comunidades Autónomas más de la mitad de los pacientes atendidos por su dependencia a opiáceos se haya en programas de metadona, con índices similares a otros países de nuestro ámbito europeo. A finales del año 2000 ya eran más de 75.000 las personas que habían iniciado tratamiento en el Estado español y unas 300.000 personas en la Unión Europea tras demostrarse su eficacia en el tratamiento de la dependencia de opiáceos. Basada su efectividad en neutralizar el síndrome de abstinencia a opiáceos, suprimir el *craving* e inhibir la euforia que se persigue en el consumo de heroína legal.

Los pacientes de PMM ofrecen tasas de seroconversión a vih inferiores a quienes no están en tratamiento o están en otros programas de tratamiento; disminuyen los episo-

dios de sobredosis y conductas de riesgo (menor uso de la vía inyectable y menor compartición de material de inyección), con tasas de mortalidad muy inferiores a quienes no están en tratamiento; tienen lugar menores consumos de heroína en quienes están en PMM que entre quienes están en otros tipos de tratamientos limitados a la abstinencia y mejores condiciones de consumo, con cambios en la vía de administración de los consumidores, lo cual está vinculado con la reducción de riesgo de contagio o de transmisión del vih/sida; en los períodos y fases de estabilización se ha comprobado la reducción del consumo de otras sustancias como cocaína, benzodiacepinas, cannabis o alcohol, lo cual resulta de gran interés en una población muy deteriorada por la politoxicomanía, reducción importante de la delictividad con menores números de actos delictivos, menor número de detenciones y estancias en prisión. Actualmente el uso de metadona se ve garantizado por su seguridad en personas tolerantes a los opiáceos no habiéndose encontrado efectos adversos importantes ni toxicidad en estudios de seguimiento de diez a veinticinco años; y, además, los costes por tratamiento con metadona son baratos, incluso cien veces menores a los costes sanitarios y sociales de muchos adictos fuera de tratamiento.

Como ya indicara el comité de expertos en farmacología de la OMS en 1.992, estos programas de mantenimiento con metadona son buen ejemplo de minimización del daño, siendo una de las estrategias más eficaces para prevenir el riesgo de contraer o transmitir la infección por el vih.

Nuevas líneas de investigación no se harán esperar: los cambios en el estado orgánico de los pacientes, cambios en las conductas tanto adictivas como de riesgo, lo referente a la biodisponibilidad, las diferentes preparaciones galénicas a raíz de la presencia de los productos genéricos que hacen cambiar la farmacocinética, y sobre todo la combinación con las nuevas ofertas farmacológicas puede significar cambios profundos en el abordaje de estas dependencias. Porque no solo se trata de atraer a quienes se auto-medican sino a todos aquellos marginados

que han fracasado con los tratamientos disponibles y permanecen en la calle con sus consumos, al no haber obtenido resultados satisfactorios con los programas de sustitución con metadona por vía oral. Se mantienen en situación de exclusión social.

#### IV. 3. Programas con otros agonistas opiáceos

Guiados por los principios de la buena práctica, la comunidad científica se muestra interesada en la investigación de la efectividad y seguridad de otros tratamientos con administración prolongada de opiáceos, cuestión no nueva pues, la experiencia adquirida en enfermos terminales, enfermos oncológicos, algias intensas, anestesia aguda es bien rica. Además se sabe que entre el 20% y 30% de los pacientes en tratamientos con metadona, de calidad –dosis terapéutica, apoyo psicoterapéutico, educación sanitaria, entre otros– no son retenidos en los programas, por lo que salen de la red de atención a la salud y quedan desprotegidos. Ciertamente no existe un tratamiento para el 100% de los afectados en cualquier aspecto patológico, y en las drogodependencias no es diferente.

– *Heroína*: desde que se iniciara la experiencia inglesa en el *British System*, un tanto difícil de evaluar, ha sido con ocasión de los primeros estudios suizos cuando el uso médico de la heroína ha tomado actualidad, tanto a nivel profesional como social.

Las experiencias están demostrando altas tasas de retención (más del 70% al año), con reducción del consumo de heroína y cocaína así como reducción de la actividad delictiva, mejorando la salud y los vínculos sociales. Últimamente en Bélgica, Australia, Nueva Zelanda, Canadá, Estados Unidos, Alemania, Francia y España hay propuestas de desarrollo de programas de tratamientos con heroína.

– *Buprenorfina*: agonista parcial opiáceo, se ha venido utilizando como sustitutivo opiáceo desde los años 80, siendo el caso más representativo el de Francia. Los médicos de cabecera prescribían esta sustancia, sin indicación oficial, hasta que en 1992, el Ministro de Sanidad cambió la regulación para que no se pudiera adquirir con una simple receta. En marzo de 1995, se introdujo en el mercado y cada médico puede desde entonces prescribirla por un período máximo de 28 días. El marco del uso de la buprenorfina es más flexible que el de la metadona. Una de las razones más importantes es que no puede provocar sobredosis, menor potencial de abuso y de producir depresión cardiorespiratoria. Su efecto secundario más notorio es la constipación.

– En Alemania la historia de los tratamientos de mantenimiento en adicciones es principalmente una historia de mantenimiento con *codeína* ya que la metadona no fue legal hasta finales de los 80 y aunque la metadona es considerada como un fármaco apropiado para los adictos a opiáceos, el

porcentaje entre los usuarios de metadona y codeína es de 1:1, lo que supone más de treinta mil pacientes en cada grupo. Este tratamiento de mantenimiento con codeína fue desarrollado a través de la práctica personal de algunos psiquiatras. El tratamiento es sencillo y se basa en el acuerdo mutuo entre paciente y psiquiatra, el paciente la compra en la farmacia y la paga de su propio bolsillo, ya que es raro que algún seguro se haga cargo del pago.

Existen otras sustancias como la L-Metadona, la Morfina depot, las Dinorfinas o los inhibidores de las encefalinasas, productos utilizados en la clínica del dolor, que por el momento están siendo frenadas para uso en toxicomanías por problemas culturales o por los laboratorios farmacéuticos que los comercializan, ante el temor de presumibles rechazos en pacientes con dolor crónico. Sin embargo, crecen las opiniones entre técnicos para su uso y por ello es posible que en pocos años veamos incrementada la oferta de recursos terapéuticos.

#### **IV. 4. Programas sociosanitarios**

Se ofrece información sobre higiene, nutrición, abuso de alcohol, dependencia de benzodiazepinas, intercambio de jeringuillas, asesoría sanitaria o jurídica, etc. Asociables con otros programas de salud donde desde una perspectiva epidemiológica y comportamental se pretende el abordaje precoz de las enfermedades infecciosas o el conocimiento de hábitos saludables o favorecer cambios conductuales de los "grupos diana", de poblaciones con prácticas de riesgo y también de la población general, para aumentar su calidad de vida. Formación y apoyo, información adecuada y actitudes positivas para los usuarios de drogas y para su entorno social. La aceptación y normalización del consumo de sustancias, de su uso menos problemático y de la existencia de conductas de riesgo; la normalización de la información sobre las sustancias psicotropas, y la participación e implicación de la comunidad y los usuarios en los programas de educación, información y prevención son parámetros de la educación para un mejor uso de drogas.

En algunos lugares, existen los centros

de encuentro y acogida, lo que algunos llaman *centros de "calor y café"*, son espacios de descanso y encuentro asociables a los programas sociosanitarios. Dirigidos a los sectores más marginales, funcionan por la tarde y noche, y atienden a las carencias inmediatas: limpieza de la ropa, ducha, comida y bebida caliente, descanso, entre otros. Ofrecen información sanitaria, orientación de recursos sociales, asesoría jurídica o laboral, cura de afecciones menores o derivación sanitaria, y en ocasiones suministran preservativos o material de inyección.

En otros lugares, en Madrid o Bilbao, Asturias, Murcia, Palma de Mallorca, Barcelona, y en otras ciudades de Alemania, Austria, Suiza, Noruega, Australia y Holanda, existen *salas de consumo seguro*, las "narcosalas" como se denominan en algunos ambientes, con condiciones higiénicas y bajo control sanitario, con posibilidades de análisis cualitativos y voluntarios de la calidad de las sustancias, con la pretensión de reducir los riesgos para la salud al facilitar un consumo más seguro, prevenir riesgos de contagio de VIH o de sobredosis, con mecanismos para afrontar situaciones de emergencia sanitaria y supervisión por personal sanitario. Reduce la conflictividad social sin olvidar que son recursos y estrategias que a largo plazo pueden tender a la descriminalización y normalización del uso de drogas.

Sin olvidar otras herramientas útiles para disminuir daños y riesgos producidos por las adulteraciones como es el caso de dispositivos para el *análisis de sustancias* que sean de fácil accesibilidad. La limitación de riesgos siempre ha de ser una de las guías de cualquier actuación en el campo de la prevención, tratamiento e investigación.

#### **V. Algunas orientaciones**

Acercarse a la exclusión, acercarse a los usuarios y a los escenarios donde se consumen estas sustancias puede permitir ofrecer iniciativas de educación e información para un mejor uso de drogas psicoactivas.

La accesibilidad y la disponibilidad, el poder minimizar los daños y la implicación de los usuarios de sustancias son elementos primordiales en las políticas de reducción de

riesgos, siendo consecuentes en sus objetivos y medidas a aplicar en la intervención con personas drogodependientes o simplemente usuarias. Son precisas intervenciones públicas que tiendan hacia procesos de prevención, promoción de la salud e inserción generando o restableciendo vínculos sociales, familiares y comunitarios.

Los programas de reducción de riesgos pueden verse complementados en ocasiones con programas libres de drogas. No han de entenderse como antagónicos, sino como estrategias de intervención que pueden coexistir en beneficio de las opciones terapéuticas del drogodependiente.

Si uno de los factores de riesgo mayores es el compartir agujas y jeringuillas, será importante disponer de material de inyección estéril educando y facilitando que puedan deshacerse de modo responsable del material usado.

El incremento de programas de disminución de daños y riesgos y los apreciables resultados favorables exigen evaluar estrategias, programas, medidas y resultados.

Aunque reconocida su dificultad, es importante la organización de los usuarios, apoyando y potenciando la existencia de grupos de autoayuda, manteniendo la autonomía y complementariedad de los grupos de iguales, con el apoyo solidario de los profesionales y el soporte administrativo de las instituciones.

Los profesionales que intervienen en la atención a las drogodependencias junto con las instituciones públicas, sobre todo las de carácter sanitario y social, así como las organizaciones no gubernamentales, y las de usuarios si las hubiera, debieran animar esfuerzos para favorecer la transmisión a la opinión pública y también a los medios de comunicación que las dependencias a los opiáceos requieren la normalización de tratamientos de mantenimiento con agonistas opiáceos, integrándolos como una opción terapéutica útil y eficaz.

Sabido que los programas de disminución del daño y riesgo son efectivos, quizá sea oportuna su mayor extensión y desarrollo. No necesariamente anulando anteriores programas y recursos aunque sí adaptándose a las necesidades reales de las poblaciones afectadas y considerando sus demandas. No se trata de que los programas compitan entre sí frente a los usuarios sino que sean complementarios para beneficio del usuario y de su entorno. Las políticas a nivel internacional y local, las orientaciones de los profesionales, los gestores y los políticos, y también los intereses sociales y los de los usuarios son elementos que aún requieren del debate, del consenso, la cooperación y del sentido común si aspiramos a un mayor bienestar general.

Los programas de reducción de riesgos y daños, concebidos originariamente frente a problemas concretos de usuarios de drogas y de su entorno social, pueden llegar a entenderse como un proceso emergente hacia la normalización de

sustancias psicoactivas que pueden ser utilizadas libremente por amplios sectores de población. Eliminadas las connotaciones moralistas que aun acompañan a las intervenciones con las personas drogodependientes, el concepto de reducción de daños y riesgos irá integrándose en la cultura social.

La teoría y la práctica revelan que los conflictos prolongados se refieren a necesidades humanas no negociables y estos pueden ser de las materias más inverosímiles. Por ello será imposible socializar a una persona en comportamientos alejados o contrarios a sus necesidades, pues la resolución del conflicto depende de la satisfacción de esas necesidades. Por eso fracasan numerosos programas diseñados y orientados a la educación, prevención, cambios comportamentales, etc. Las necesidades básicas como la identidad o pertenencia a un grupo son necesidades psicológicas básicas que han de ser satisfechas, y las personas excluidas se identifican con otros sectores excluidos, que son sus iguales. Por eso también hay que acercarse, comprender y satisfacer. Más tarde ya llegarán los cambios en comportamientos no adecuados, ya llegarán los acercamientos intergrupales, la mejor y mayor comunicación, la aceptación de unas u otras categorías sociales y la toma de conciencia de los posicionamientos e ideologías de cada cual.

Es necesario caminar hacia nuevas formas de solidaridad, superando discriminaciones y agravios comparativos entre colectivos humanos, rechazando los disfuncionamientos del sistema. Defensa de los derechos frente a los procesos de mercantilización.

No tendría sentido de utilidad realizar una profunda crítica a las políticas de intervención sobre la cuestión de las drogas en décadas pasadas por más que tuvieran lugar a nivel mundial actuando sobre los efectos, sin pretender llegar a las causas de los problemas. Por eso no debemos confundir lo práctico con lo fácilmente alcanzable.

Si la salud pública y el respeto a los derechos humanos han de ser prioridades de cualquier política sobre las drogas, tendremos que aprender a respetar la libre decisión de consumo como opción vital para algunas personas. Y también en atención a la justicia

y beneficencia deberán exigirse medidas para la reducción de posibles daños asociados. Porque la inclusión requiere de iniciativas personales y colectivas de los afectados, de instituciones y profesionales implicados y de la comunidad como marco de todo el proceso, asumiendo compromisos y responsabilidades. Una vida digna y de calidad es la meta.

## Bibliografía

- Alzate, R., "Identidad y conflicto. Mediación en contextos identitarios", en I. Markez (coord.), *Respuestas a la exclusión. Políticas de inmigración, interculturalidad y mediación*, Gako, San Sebastián, 2006.
- Burkhart, G., "Políticas europeas. Posibilidades y límites", IIº Congreso Virtual de Psiquiatría, *Interpsiquis 2001*, *psiquiatria.com*.
- Burton, J., *Conflict: Resolution and prevention*, Basingstoke, Hampshire, Mc Millán, 1990.
- Davis, S., "Ley Internacional ¿la solución final?", en O'Hare, P. A. y Newcombe, R. (et al.), *La reducción de daños relacionados con las drogas*, Igia, Barcelona, 1995.
- De Andrés, M.; Magrí, N. y Borrás, T., *Programas de Reducción de Riesgos*, Igia, Barcelona, 1996, mimeo.
- Des Jarlais, D. C.; Friedman, S. R. y Ward, T. P., "Harm Reduction: A public health response to the AIDS epidemic among injecting drug users. Annu. Rev. intravenous drug users: epidemiology and risk reduction", *AIDS*, 1: 67-76, 1993; y *Publ. Health*, 14: 413-450.
- Garrido Peña, F., "La droga como figura contemporánea del mal", *Gazeta de Antropología* 15, texto 15-02, 1999.
- Markez, I., "La ONU y el control de las drogas", *Página Abierta*, 87: 1-8, 1998, dossier.
- Markez, I.; Iraurgi, I.; Póo, M.; Ordieres, E. y otros, *Los programas de mantenimiento con metadona*, Consejo de Colegios de Farmacéuticos del País Vasco, Bilbao, 2000.
- Markez, I. y Póo, M., *Drogodependencias: Reducción de daños y riesgos*, 2ª ed., Observatorio Vasco de Drogodependencias, Secretaría Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2001.
- Markez, I.; Póo, M.; De Andrés, M. y Romani, O. (coords.), *Drogas: Exclusión o integración*

- social*, Observatorio Vasco de Drogodependencias, Secretaría Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2002.
- Marlatt, G. A., *Reducción del daño: Principios y estrategias básicas*, V Encuentro Nacional sobre Drogodependencias y su Enfoque Comunitario, Chiclana de la Frontera, Cádiz, marzo de 1998.
- Mino, A., *Evolution de la politique de soins en matière de toxicomanie: la reduction de risques*, Génova, 1993.
- Moran, A., *Globalización económica. Precariedad, exclusión. ¿Adolescentes peligrosos o adolescentes en peligro?*, VI Jornadas Municipales de Drogodependencias, Bilbao, mayo de 2001.
- OEDT, Observatorio Europeo de Drogas y Toxicomanías. Informe anual, 2006, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo.
- O'Hare, P. A.; Newcombe, R.; Matthews, A.; Buning, E. C. y Drucker, E., *The reduction of drug-related harm*, Routledge, Londres, 1993. Versión en español: *La reducción de los daños relacionados con las drogas*, Igia, Barcelona, 1995.
- OMS, Organización Mundial de la Salud, *Salud 21. Salud para todos en el siglo XXI*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1998.



# Defensa pública y Sistema Interamericano\*

Sergio García Ramírez\*\*

Muchas gracias, señor presidente de esta mesa<sup>1</sup>; y, ante todo, distinguido amigo, que ha acreditado esta calidad, la de amigo, con su generosa presentación. Mi aprecio y mi afecto de siempre. Mi reconocimiento por su compañía solidaria, así la entiendo, en esta mesa. Y gracias, mil gracias, doña Stella Maris Martínez, por la benevolencia de su invitación. Yo admiro y aprecio en usted su esfuerzo personal inteligente y dedicado, pero además como una insignia de esfuerzo de todos los defensores públicos por los que tengo el mayor respeto. Ustedes han enarbolado una bandera humanista. Lo han hecho con gran devoción y con gran acierto. Ustedes están convocando la simpatía del Sistema Interamericano y el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos quiere corresponder a esa convocatoria e invocar también la solidaridad de los defensores públicos en una causa que nos une y que ahora nos reúne. Por lo demás, déjeme decirle, déjenme decirles que tengo en lo personal profundos motivos de gratitud con la Argentina. Una deuda impagable. Nadie me la está cobrando. No tendría que pagarla. Pero quiero mencionarla. Deuda con amigos argentinos a los que quiero y admiro. Deuda con colegas argentinos. Deuda con maestros argentinos. Deuda con la doctrina jurídica argentina, con las ideas políticas, con las letras y con el denuedo de esta gran nación por recuperar con firmeza sus instituciones democráticas, y por acreditar su devoción por los derechos humanos. Todo esto es para mí motivo de reflexión especial, y deseo mencionarlo en el inicio de esta, que no será otra cosa que una modesta charla, una breve reflexión, para hacer honor a quien honor merece. Y para mí merece todo honor: la República Argentina, y las argentinas y los argentinos que me han dado su amistad y ahora me otorgan su hospitalidad. Muchas gracias por todo ello.

Quisiera referirme, amigas y amigos, al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y a la vinculación estrecha que, yo encuentro, existe y debiera existir más todavía, crecientemente, entre este Sistema Interamericano de Protección y la Defensoría Pública, las defensorías públicas de todas nuestras naciones, de Centroamérica, de Sudamérica, de mi patria, México, y de la porción insular del hemisferio. Y si se puede, de los Estados del Norte, de los grandes Estados del Norte que, confío, irán poco a poco apro-

\* Conferencia dictada en las Jornadas Patagónicas Preparatorias del III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas Oficiales (AIDEF), realizadas en El Calafate, 12, 13 y 14 de marzo de 2008.

\*\* Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>1</sup> Lic. Marcos Gregorio Sánchez Trejo (Procurador General de la Procuraduría General de la República de El Salvador y Vocal 1 del Comité Ejecutivo de la AIDEF).

ximándose al Sistema, acercándose al Sistema e integrándose en él. Ojalá que así sea. Suelo yo, cuando me refiero a estas cuestiones, hacer un poco de memoria que no será muy abundante, no pretendo abusar de la paciencia de ustedes y mirar hacia atrás. Y ustedes saben lo que esto significa. Todos los latinoamericanos sabemos lo que esto significa. Y oteando ese otro horizonte, el horizonte, ya no del futuro, que es el natural horizonte de las personas, sino horizonte del pasado que se va quedando atrás, recordar cómo nuestra América debió iniciar una larga marcha, una larga marcha voluntariosa, hace ya más de medio siglo, en circunstancias que entonces eran aciagas en el mundo y en América, y probablemente, probablemente, lo digo con respeto, en todos y cada uno de los países americanos en los que no prevalecía, no necesariamente, el imperio de la democracia y el respeto a los derechos humanos. Sin embargo, aún en esta circunstancia, mujeres y hombres de buena voluntad, millones y millones de mujeres y hombres de buena voluntad, iniciaron la construcción de lo que ahora llamamos el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. En medio de los nubarrones, en medio de la tiniebla, luchando contra fuerzas que parecían descomunales, pero que fueron paulatinamente cediendo, es que se construyó –lo hizo la Argentina, lo hizo México, lo hizo América entera– un Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos que hoy, fortalecido, pero no necesariamente seguro, tiende la mano a los defensores públicos y pide la mano de los defensores públicos para continuar unidos en la marcha que nos aguarda. En estos cincuenta o sesenta años, en este medio siglo hemos construido este Sistema, compartiendo convicciones e ideas que anidan en la Carta de los Estados Americanos y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948. Ahí se halla el espíritu de nuestras grandes decisiones. Ahí se hallan nuestras resoluciones políticas fundamentales, las que reuniendo las decisiones de las constituciones americanas establecen el quehacer, la expectativa y la esperanza de las naciones, todas, de nuestra América.

Con esa base hemos erigido un cuerpo jurídico, si se me permite la expresión, un *corpus juris* interamericano de protección de los derechos humanos que durante estos años, y a partir de esas declaraciones de 1948, también se ha vigorizado, y que constituye, por lo demás, no solamente el punto de referencia para el trabajo de los estados en general, sino también el trabajo o el punto de referencia para el trabajo de los defensores públicos en particular. Ahí están los parámetros. Ahí están los acuerdos. Ahí están las normas. Ahí están los llamados estándares para el quehacer de los defensores públicos. En nuestra Convención Americana de 1969, el Pacto de San José, en nuestro protocolo de San Salvador, en nuestro protocolo para la abolición de la pena de muerte, en las Convenciones contra la tortura y contra la desaparición forzada y

para prevenir la violencia contra la mujer; e incluso, en nuestra Convención Interamericana contra el Terrorismo. En todos estos pactos y acuerdos, muchos de los cuales se encuentran todavía insuficientemente ratificados, se hallan normas y disposiciones que a buen seguro podrán formar la actividad de los defensores públicos a la hora en que estos comparecen ante los tribunales para elevar su voz en beneficio de aquellos que no tienen voz propia que elevar, y que lo hacen a través de los defensores públicos.

Yo diría que es ejemplar el caso de la Convención contra el Terrorismo. Y lo diría porque en ella se cifra uno de los acuerdos político-jurídicos, éticos, fundamentales del Sistema Interamericano, que interesa a los defensores públicos en la medida en que ellos intervienen en favor de quienes han, quizás, incurrido en una conducta ilícita, pero deben, a buen seguro, mantener a salvo sus derechos. Esta comisión reconoce que incluso cuando se trata de luchar contra las formas más graves, más severas, más lesivas o arrasadoras de criminalidad, los seres humanos mantienen sus derechos a salvo. Que la paz, la seguridad y la justicia deben preservarse con apego al estado de derecho. Que el hombre en sus condiciones más deplorables y desvalidas es, sin embargo, portador de una suprema dignidad y que esa suprema dignidad le reconoce derechos, libertades y garantías de los que es abanderado, por cierto, el defensor público. Ni siquiera cuando se trata de luchar contra las formas más graves de criminalidad podemos abandonar la defensa de las libertades fundamentales y de los derechos humanos. Y digo todo esto para salir al paso de algunas de las incomprensiones que generan los defensores públicos a quienes usted se ha referido, señora, una y otra vez. Tomo su preocupación y la hago mía. Muchas veces se dice que quien defiende a quien ha sido inculcado está pretendiendo la defensa de lo indefendible, la defensa del crimen, de la criminalidad, de la conducta ilícita. Y quien dice eso olvida que lo que se está haciendo es defender, a través del derecho subjetivo, el derecho objetivo. Defender la gran causa de la justicia. Defender la razón constitucional en la persona del inculcado,

independientemente del acto de justicia que éste reciba en su oportunidad, pero por un cauce estrictamente jurídico. Es por eso por lo que cito específicamente esta Convención contra el Terrorismo, que también forma parte, en cierto modo, del *corpus juris* interamericano sobre los derechos humanos.

Me gustaría que me permitieran, en pocos minutos, establecer el panorama actual del Sistema Interamericano, al menos como yo lo veo. Porque con una gran frecuencia se suele decir, idea que no me persuade, que el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, se encuentra constituido y agotado por solamente dos instituciones, dos instancias de tutela, a saber: la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Yo quisiera salir al paso de esta afirmación, negándola. No es así de ninguna manera. El Sistema Interamericano instalado sobre las ideas y convicciones a los que me acabo de referir y gobernado por el *corpus juris* al que brevemente aludí, es mucho más que dos instituciones. Es una pluralidad de actores, de personajes, de promotores entre los cuales se encuentran ustedes y nos encontramos nosotros, entre los cuales se encuentran también 500 millones de latinoamericanos, cuyos estados han reconocido la competencia contenciosa de la Corte, y 850 millones de americanos, que pueblan el espacio continental y su porción insular. Ese es, verdaderamente, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. La primera línea, la trinchera de defensa más avanzada de esa causa está integrada, me parece, por los estados. No concebía yo un Sistema Interamericano contra los estados. Puede ser que sí contra ciertas conductas de ciertos agentes de determinados estados. Esto no lo niego. Es un quehacer cotidiano. Pero no es un sistema contra los estados sino con los estados. Son los estados los generadores del Sistema Interamericano. Son los estados los suscriptores de los convenios y tratados que le dan vida al Régimen Interamericano de Protección. Son los estados los destinatarios de las recomendaciones y de las sentencias. En suma, las causas, o la causa de los derechos humanos

finalmente, se libra y se gana o se libra y se pierde, aunque la pérdida sólo sea temporal, en los estados, desde los estados y por los estados. De ahí que debamos –y esto lo entenderá bien el defensor público que finalmente forma parte del estado– allegarnos de la voluntad del estado y seguir golpeando, seguir golpeando esforzadamente contra las o frente a las voluntades reticentes de algunas autoridades que aún ven con distancia la tutela de los derechos humanos. Debemos convencer, persuadir a los estados de que son ellos, finalmente, los agentes primordiales de esta tutela de los derechos humanos y de que, por lo tanto, deben abrirse de par en par y cada vez más, las puertas de lo que llamamos la recepción nacional del ordenamiento internacional de los derechos humanos, como en efecto ha comenzado a ocurrir con vigor creciente, manifiestamente, en nuestra América. Y de ello también es prenda la sana, la saludable y aleccionadora experiencia argentina.

Yo diría que hay varios puentes tendidos para esa recepción del orden jurídico internacional en el orden jurídico nacional. En primer término, la recepción, o el puente, si se prefiere decir de este modo, constitucional. En nuestros países en mayor o en menor medida, pero en prácticamente todos ellos en el curso de las últimas dos o tres décadas se ha llevado adelante una vasta reforma constitucional que milita en favor de los derechos humanos y que incorpora en el torrente jurídico nacional las corrientes internacionales de protección de los derechos humanos. La reforma constitucional argentina, admirable por muchos conceptos, fue un ejemplo en esta dirección. No ejemplo solitario. No ejemplo único. Otros estados de nuestra América, para decirlo con la expresión martiana, nuestra América, han caminado en la misma dirección y han generado, bajo diversas fórmulas constitucionales, el enlace entre el orden internacional y el orden nacional. Cómo me gustaría ver alguna vez superado este dilema, este planteamiento polémico innecesario de carácter jerárquico entre el orden internacional y el orden nacional. La gran pregunta de qué debe prevalecer, qué tiene suprema jerarquía. Digamos de una vez, y esto se dijo ya desde el final del siglo XVIII, que la suprema jerarquía no necesariamente corresponde a la norma internacional por ser norma internacional o a la nacional por ser norma constitucional, sino al ser humano, al valor supremo de la organización política nacional e internacional. Y que, por lo tanto, como dicen algunas constituciones de nuestra América, la norma que debe prevalecer, la norma de más alta jerarquía, es aquella que mejor proteja, aquella que mejor tutele al ser humano, cualquiera que sea el plano, cualquiera que sea el espacio normativo en el que se encuentre localizado. Estas fórmulas constitucionales han contribuido a recibir en el seno de las naciones los dictados del sistema internacional que son, a su vez, un reflejo de las convicciones y de las tareas de los órde-

nes nacionales. No es una imposición, lo sabemos bien, sino una evolución que partiendo de las grandes conquistas morales internas ha llegado a la comunidad internacional y a partir de allí han formado el orden jurídico de las naciones de América.

Además de esta recepción constitucional se requiere de una recepción legal. Una recepción que muestre en el interior de los estados cómo es que deben, por qué ellos y de qué manera acogerse, las disposiciones, los actos jurídicos internacionales que los estados soberanamente han aceptado y materializarse o instrumentarse. No conviene que esto quede sujeto a la discreción, a la imaginación, a la pura interpretación y a las múltiples dudas que suelen suscitarse a la hora de dar cumplimiento a los ordenamientos internacionales o a los actos de las jurisdicciones internacionales. Es indispensable, y aquí muchos estados de América tienen aún un gran déficit, es indispensable, digo, articular un ordenamiento jurídico secundario que permita el enlace entre ambos órganos al amparo de la recepción constitucional a la que ya me he referido.

Un tercer plano de esta recepción, un tercer puente, para utilizar la misma figura, sería la de carácter jurisdiccional. En esto también varios estados americanos han puesto un ejemplo. Y entre esos varios estados americanos yo destaco el caso de la Argentina. Los poderes judiciales solían ser distantes, por decirlo menos, con respecto a los ordenamientos internacionales. No por fuerza resistentes, pero en ocasiones distantes y veían como algo ajeno, con cierta frialdad, las normas internacionales. Esta posición ha comenzado a modificarse, ha comenzado a cambiar. Al empuje de los nuevos vientos de la democracia, al empuje del desarrollo y de la evolución que han experimentado, por supuesto no diré sufrido sino experimentado, los poderes judiciales. Es desde los altos tribunales nacionales, desde las altas cortes, cortes supremas, superiores tribunales, cortes constitucionales, salas constitucionales de cortes supremas, que se comienza a imprimir un giro a esta situación y que se reciben y se hacen nacionales las determinaciones de carácter internacional. Para probarlo hay

muchos ejemplos. Ejemplos en torno a esta gran nación y ejemplos dentro de esta gran nación. Ahí está, por citar el modelo, la jurisprudencia, la creciente y respetable jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina. Y aquí está también la creciente y respetable jurisprudencia, enjundiosa jurisprudencia inclusive, de otras cortes supremas como las de Colombia, Bolivia, Costa Rica y muchas más. No quisiera internarme en la cita de países por el temor de omitir alguno sin desear omitirlo. Todo este movimiento que se está dando en un buen número de estados americanos plantea también el puente para la incorporación nacional de los ordenamientos internacionales y da armas, da instrumentos, da medios de trabajo y de acción a los defensores públicos que ahora pueden invocar, no solamente las disposiciones en forma directa del sistema internacional, sino también la voluntad receptora de las cortes constitucionales o las cortes supremas que han hecho suyos, que han asumido esos criterios de fuente internacional como voluntad nacional de cumplimiento.

Es importante también la recepción político-administrativa. Es decir, la transformación de los buenos propósitos y de las disposiciones jurídicas en políticas públicas. Cosa que también comienza a ocurrir con creciente intensidad en los estados americanos, y es necesario también que exista una recepción en la cultura. En la cultura de nuestros pueblos cada vez más atentos, más sensibles –también la Argentina es un ejemplo de ello– a los derechos humanos y la democracia. Suelo pensar en una expresión de Calamandrei cuando se refería a la constitución de los estados democráticos: “Para que haya una verdadera democracia –decía el gran maestro italiano– no basta, por supuesto, con que exista una constitución formalmente democrática con figuras, instituciones y preceptos que podrían considerarse perfectos. Es necesario que en el telón de fondo de esa constitución democrática, es necesario que en el cimiento de esa constitución democrática, en el entorno de esa constitución democrática operen las costumbres, las convicciones, los sentimientos de una nación de demócratas que quiera efectivamente plasmar la consti-

tución en una realidad democrática”. De ahí que debamos cargar el acento sobre la recepción en la cultura de los derechos humanos. En ocasiones también sucede, y creo que a esto se ha referido también indirectamente la señora defensora, que el concepto social no necesariamente milita en favor de la defensa de los derechos humanos. O por lo menos duda, vacila, supone que debiera abrirse un espacio de excepción, un espacio de tolerancia de ciertas conductas que son, en el fondo, absolutamente intolerables. Es preciso, pues, que también la cultura de nuestros pueblos sea sensible a la gran causa de los derechos humanos. Este es el estado, agente del Sistema Interamericano, pero no agente único. La Organización de los Estados Americanos, en cuyo marco institucional se encuentran colocados la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana, debe también pronunciarse en favor de los derechos humanos y de la democracia. Y así lo ha hecho en sus normas y en su discurso constante. Y confiamos en que así lo siga haciendo en sus prácticas cotidianas. Reconozco que no es fácil para una comunidad de estados enfilarse con resolución, con voz claridosa y en ocasiones altisonante, en favor de los derechos humanos y de la democracia. Pero es absolutamente necesario que así sea para bien de ambas. La Organización de los Estados Americanos es el foro en el que estas cuestiones se ventilan. Una vacilación, un retroceso por leve que sea en esta organización continental, podría tener un alto precio para los derechos humanos y para la democracia. Qué decir de la víctima o del lesionado por la violación de los derechos humanos. Víctima o lesionado en cuya defensa acude la sociedad civil y en cuya defensa acude también, por supuesto, y puede acudir cada vez más, el defensor público. La víctima es, de alguna manera, el eje en torno al cual gira todo el Sistema Interamericano. El derecho objetivo, como decía hace un momento, se protege, se preserva, se rescata, se reivindica en función del derecho subjetivo, del derecho del victimado. Sobre este punto hay todavía un largo camino por recorrer.

Como todos sabemos, Europa ha recorrido el trecho que lleva de una carencia total de legitimación procesal de la víctima o presunta víctima a una plena presencia de la víctima como titular de sus derechos materiales y procesales ante la Corte Europea. No ha ocurrido lo propio todavía en el Sistema Interamericano y creo yo que pasará mucho tiempo antes de que pueda ocurrir, porque el nuestro obedece a otras circunstancias, y acaso no hay todavía en el ambiente, los recursos, la madurez, la historia, los progresos necesarios para poder relevar a la Comisión Interamericana y colocar a la víctima como sujeto único frente al estado ante la jurisdicción de la corte. Llegará ese día. No ha llegado todavía. Hoy por hoy son otros los agentes que tienen que tender la mano a la víctima para que ésta acceda a los espacios de la justicia. Sola, difícilmente podría hacerlo. Y estas otras manos provie-



nen de la sociedad civil a través de sus organizaciones beneméritas, que durante mucho tiempo han permitido que la víctima, acudiendo de los confines más distantes del continente, pueda comparecer en audiencias en la ciudad de Washington ante la Comisión o en la ciudad de San José ante la Corte y sostener sus verdades y sus derechos. De no existir estas agrupaciones no gubernamentales, difícilmente podríamos oír la voz de la víctima, pero a ellas comienzan a sumarse otros actores a los que yo llamaría los nuevos actores, los nuevos protagonistas, o los protagonistas emergentes del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

En el elenco de estos nuevos personajes de esta antigua obra figura, por supuesto, el *ombudsman*. El *ombudsman* es también una figura del estado, pero es una figura *sui generis* dentro del estado con una encomienda específica que es la tutela de los derechos de los individuos. Y por eso puede, creo yo –ha sido al menos mi posición personal constante–, trascender las fronteras del estado y enfilarse sus batallas más allá de sus fronteras, actuando ante los órganos de carácter internacional. También es un nuevo agente de la tutela el mundo académico. El mundo académico ha hecho contribuciones de enorme valor, a través de la crítica y de la promoción de los derechos humanos que nos han ayudado a una reflexión más puntual y segura, más madura y fructífera en los tribunales internacionales o en las comisiones y comités de encargados de la defensa de los derechos humanos. Los comunicadores sociales, figuran también entre estos personajes cada vez más atentos a los que pasa y a lo que no pasa y debiera pasar en el plano de la defensa de los derechos fundamentales. Pero a lo que quiero llegar es sobre todo, por obvias razones, al defensor público. Cuál es el papel del defensor público o cuál puede ser el papel del defensor público en la defensa internacional americana de los derechos humanos.

He pasado varios años al lado de defensores públicos. He tenido el privilegio de formar parte del consejo de la Defensoría Federal Mexicana. He podido apreciar cómo, dondequiera que renacen los valores de la democracia, dondequiera que se restauran

los grandes trazos de un proceso penal democrático, florece la personalidad procesal del defensor público. He podido observar, como han podido observar todos ustedes y vivir todos ustedes, de qué manera el defensor público es un garante de los derechos fundamentales de la persona en un proceso penal renovado, en un proceso penal intensamente democratizado. Uno se preguntaría, bueno, ¿y es la comisión o la misión del defensor público prestar su asistencia al defendido solamente a propósito del proceso penal específico? ¿No podría trascender la frontera del proceso penal específico, siempre de la mano de aquél a quien asesora para procurar o para promover mejor sus derechos, la satisfacción de sus intereses legítimos en otros órdenes de la tutela jurídica? ¿Debe confinarse a las actuaciones del enjuiciamiento penal en el que actúa en primer término o existe la posibilidad de una mayor apertura, de un mayor despliegue en otros órdenes del procedimiento que le permitan una mejor y más cabal defensa de los intereses, derechos y libertades de la persona a la que asiste? Yo creo en esta última posibilidad. Yo creo que debiéramos internarnos en ella y superar la vieja objeción de que el defensor público es un personaje del estado, es un funcionario del estado y no puede, por lo tanto, oponerse al estado o colocarse frente al estado, pongámoslo de esta otra manera, colocarse frente al estado en las instancias internacionales. Creo que puede hacerlo cuando su ley se lo permite y creo que hay que procurar que la ley se lo permita para que pueda hacerlo con la mayor frecuencia posible. Aquí se ha hablado hace un momento de acceso a la justicia. Es perfectamente sabido que ahí se encuentra, quizás, el mayor problema de la justicia en nuestro tiempo: en la dificultad del verdadero acceso a la justicia. Yo me pregunto por el habitante de La Pampa, por el habitante de la selva brasileña, por el habitante de Los Andes, por el habitante de los suburbios, inclusive de mi patria, México, los gigantescos suburbios del Distrito Federal. Me pregunto por las víctimas, a veces, de agentes del estado y por la forma que podrían tener para acceder a la justicia y no encuentro caminos expeditos que le provean

facilidades de ingreso al caudal de la justicia. Los medios con que actualmente se cuenta son insuficientes. El camino es largo, complejo, demorado y oneroso. Bien haríamos en facilitararlo, permitiendo el acceso a ese camino, llevando al victimado de la mano de los defensores públicos, si los defensores públicos quieren asumir esa bandera, si los defensores públicos quieren dar esa batalla que no es una batalla sencilla y en la cual van a encontrar infinidad de obstáculos, como los han encontrado quienesquiera que se hayan atrevido a enarbolar la bandera de los derechos humanos. Pero vale la pena hacerlo, porque es el modo de que estas víctimas lleguen realmente a las instancias internacionales de justicia en forma mucho más abundante, suficiente, adecuada de la forma que actualmente reviste este panorama.

Hoy día son muy pocos los casos ventilados ante las instancias internacionales con éxito. Muy pocos los casos tramitados y resueltos exitosamente en Washington o en San José, porque faltan medios de acceso a la justicia, y esos medios podría proveerlos el defensor público en alguna medida. Por supuesto, no estoy pensando en que el defensor público sustituya a otras instancias existentes y releve a quienes yacen y hacen bien su tarea. Estoy pensando en complementos necesarios que ya empiezan a darse. Se ha hecho en la Argentina. Se ha hecho en Guatemala. Se ha hecho en algunos estados americanos. Es perfectamente posible que todo esto prospere y florezca en el conjunto de los estados de América. Pero, ¿cuál podría ser, un poco más específicamente, la función del defensor público en los procedimientos ante el Sistema Interamericano? Se discute mucho si puede actuar como representante de la víctima. Bueno, como representante de la víctima, como denunciante, si la ley nacional se lo permite, podrá actuar sin duda. Pero poniendo el caso de una ley nacional que no contemple explícitamente esta posibilidad, aún en esta hipótesis yo creo que puede intervenir, que puede actuar el defensor público acompañando, acompañando a la víctima, alentando a la víctima, asesorando u orientando a la víctima, como lo hacen otras figuras de representación, como lo hacen otros allegados, como lo hacen otras personas o figuras de buena voluntad que también acompasan el caminar de la víctima ante las instancias internacionales. Si no es él mismo el denunciante, puede ser él quien lleve de la mano al denunciante, puede ser él quien oriente sus formulaciones, quien oriente sus planteamientos y quien le asista en este largo viaje en procuración de justicia ante las instancias internacionales.

Debo prevenir, sin embargo, que las instancias internacionales verán con suspicacia la intervención de funcionarios públicos si no está suficientemente acreditada, como en muchos casos sí lo está la integridad, la independencia, la autonomía, la buena fe de esos funcionarios públicos. Es necesario que el defensor público, como el *ombudsman*,

como cualquier otra figura estatal acredite con firmeza su absoluta independencia de los intereses procesales del estado ante las instancias contenciosas internacionales. De lo contrario, se empañaría o se oscurecería la presencia del defensor o del *ombudsman*. Afortunadamente esto lo he visto y puedo, por lo tanto, dar testimonio. Afortunadamente en estos casos o en algunos casos el defensor público ha dado los pasos necesarios en la forma adecuada para que resplandezca su autonomía, su independencia y su buena voluntad y se pueda, por lo tanto, brindar una ayuda más efectiva a la víctima ante las instancias internacionales. Pero esto hay que verlo con gran cuidado.

Estoy convencido de que esta agrupación interamericana de las defensorías públicas que está prestando grandes beneficios a la causa de la justicia, reflexionará sobre este punto para alentar una buena *mise en escene*, perdónenme la expresión, una buena presencia en el foro del defensor público cuando se trata de llevar adelante casos y causas del orden internacional. También el defensor público puede ser defensor del derecho ante el régimen jurídico interno promoviendo la adopción de los instrumentos que aún no han sido suficientemente incorporados en los sistemas nacionales y que, por lo tanto, están generando dificultades para que el defensor público pueda asistir eficientemente a las víctimas. Hace un momento decía yo que tenemos un *corpus juris* abundante, integrado por numerosos convenios o tratados. Esto es cierto, pero están pendientes muchas ratificaciones. Es abundante el número de instrumentos, no necesariamente el número de ratificaciones. Ni siquiera la convención americana cuenta hoy día con el suficiente número de ratificaciones. Para mí suficiente número serían todas las ratificaciones posibles, todos los estados de nuestra América. Están todos los latinoamericanos, enhorabuena, pero faltan muchos más. Y qué decir de los otros convenios o de los otros protocolos en los que todavía es menor el número de estados ratificantes comprometidos con el pacto contra la tortura o con el pacto contra la desaparición forzada. No ocurre lo mismo en el caso de la convención de Belem do Pará

para evitar la violencia contra la mujer. Ahí prácticamente todos los estados americanos se han comprometido, quizá porque ninguno quiere problemas con la mitad de sus habitantes. Pero en el caso de otros convenios o tratados o pactos hay muchas ratificaciones pendientes. Y también hay muchas otras áreas pendientes de construcción internacional suficiente. Por ejemplo: temas de indígenas. Más allá de las declaraciones que empiezan a proliferar, convenios o tratados vinculantes para los estados que den a los defensores públicos instrumentos para la defensa de los integrantes de grupos étnicos o indígenas. Temas de bioética que comienzan a aparecer –comienzan es un decir– hace mucho tiempo que aparecieron, pero en nuestra América insuficientemente. La organización misma del debido proceso. Hay una jurisprudencia abundante sobre el debido proceso penal. ¿No habría llegado ya la hora de articular toda esta jurisprudencia en un instrumento que organizara el debido proceso y que despejara las dudas y las oscuridades que a veces empañan nuestro entendimiento, nuestra práctica? ¿Y acaso en todo esto puede tener una intervención muy destacada, muy distinguida el defensor público, cuya tarea le lleva constantemente a participar en los procedimientos penales?

Bien, en todo esto, pues, puede participar, creo yo, el defensor público, asumiendo una posición protagónica que ve en el horizonte pero que todavía no recoge con suficiencia, quizás porque está iniciando sus pasos en esta escena de carácter internacional. Puede también el defensor público ser un gran facilitador de advenimientos que permitan la conclusión de las disputas, sin necesidad de que se dicten sentencias o recomendaciones de carácter internacional. Queridas amigas, queridos amigos: un buen número de los casos que llegan ante la Comisión Interamericana, como ustedes saben, y un número creciente de los casos que llegan ante la Corte Interamericana se resuelven a través de actos de composición, de actos de confesión o allanamiento que culminan en una resolución de características singulares y que evitan el litigio, o por lo menos lo moderan, y desplazan a la sentencia en favor del convenio, del

acuerdo, del pacto. En esto, me parece, también podrían intervenir los defensores públicos con eficacia, sin que ello signifique que la jurisdicción se descargue de su encomienda. Su encomienda es fijar grandes criterios, no solamente resolver casos específicos, que los resuelve, sino a través de ellos fijar grandes criterios. Pero los defensores públicos también pueden como el *ombudsman* y como otras figuras a las que me estoy refiriendo, facilitar los actos de composición que se van a desarrollar ante la Corte o ante la Comisión Interamericana. Pueden ser también coayudantes en la ejecución de las resoluciones de la Comisión Interamericana, particularmente de las sentencias. Se suele decir que es escaso el cumplimiento de las determinaciones de la Corte Interamericana. Esto es erróneo. Si alguna vez lo fue, esa vez no es esta vez. Ha aumentado de una manera notable el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana, inclusive en casos de extraordinaria complejidad que entrañan modificación de constituciones, cambio de leyes, supresión de leyes, no solamente reparaciones compensatorias de carácter patrimonial. Otros problemas que están ahí todavía insuficientemente resueltos como son los casos de justicia penal persecutoria de las violaciones de derechos humanos. Como quiera que sea, el gran balance es un balance alentador, no satisfactorio, pero un balance alentador.

Bien, a mí me parece que el defensor público, como el *ombudsman*, tendría también algo que hacer o mucho que hacer como acompañante en la ejecución, en el cumplimiento de las determinaciones emanadas de los órganos internacionales. Ahí no debiera haber, en principio, controversia. La controversia en el fondo está resuelta a través de la recomendación o a través de la sentencia. Pero resuelta la controversia corre el riesgo de quedar en el aire si no hay un seguimiento adecuado del cumplimiento o de la ejecución de los términos de la recomendación o de la sentencia. Para esto yo convocaría –y lo he hecho– lo mismo al *ombudsman* que al defensor público, para que se estudie si en este espacio también puede intervenir el defensor público, yo pienso que sí, y si pudiendo hacerlo, lo deberá hacer de cierta manera, conforme a ciertos patrones de comportamiento administrativo o procesal que faciliten la ejecución de condenas ya dictadas, de condenas ya emitidas o de recomendaciones ya producidas. Otro campo de enorme importancia es el de las medidas provisionales. Estas providencias de carácter precautorio o de carácter cautelar que tienden a proteger, a preservar derechos frente a amenazas graves, grandes, a riesgos, a inminentes agresiones que podrían resultar irreparables. Déjenme decirles que la Corte cuando resuelve apreciando *prima facie* con las probanzas a la mano, una medida provisional, lo hace de buena fe, aun a sabiendas de que todavía no dispone de la armazón completa de elementos probatorios que aseguren que efectivamente se debe tomar la medida que se invoca.

Pero en la duda hay que tomar la medida y observar. Sin embargo, los ojos con que la Corte observa lo que pasa después con la medida son ojos distantes. Son ojos distantes, y si se me permite decirlo, asistemáticos. Sólo lejos y de cuando en cuando puede la Corte mirar a lo que realmente está ocurriendo en el medio nacional y discernir si aquella medida estuvo bien tomada, si se está cumpliendo, si se debe levantar, si se debe modificar. Bueno, creo yo que el defensor público que está en el terreno de los acontecimientos, que está en el campo de batalla, que está o puede estar atento a lo que realmente está ocurriendo, con buena voluntad y buena información, podrá proveer a la Corte, sin entrar en conflictos innecesarios que serían perniciosos, con el estado, con la víctima o con sus representantes, alimentar de datos al tribunal para que el tribunal pueda ponderar la racionalidad de las medidas adoptadas y de la pertinencia de mantenerlas en vigor o de sustituirlas por otras.

Puede también el defensor público convertirse en *amicus curiae* y a veces ha ocurrido, a veces ha ocurrido de una manera individual o colectiva. En casos ante la Corte, en casos que tienen que ver con asuntos contenciosos o en opiniones consultivas que son poco frecuentes pero los casos son cada vez más abundantes. Esta riqueza de experiencia del defensor público puede acogerse, puede volcarse en escritos de *amicus curiae* que puedan proveer a la Corte de elementos de juicio, de elementos de reflexión particularmente en cuestiones procesales para guiar su comprensión de los asuntos y para mejorar su entendimiento de ellos y proveer a mejores resoluciones. No veo yo ningún obstáculo importante que pudiera oponerse a que los defensores públicos asumieran tan sistemáticamente como ellos lo deseen la función del *amicus curiae* en los casos contenciosos, particularmente en aquellos que tienen que ver con cuestiones del enjuiciamiento penal en los que es mucho, mucho lo que los defensores públicos pueden mostrar, enseñar y proveer a la Comisión Interamericana y al Tribunal Interamericano. He querido, de una manera muy somera, a base de pinceladas y con un sentido más bien práctico, compartir

con ustedes las preocupaciones, señora defensora, señores defensores, las preocupaciones que sé que tienen y que en otras oportunidades hemos analizado, sobre el ingreso, de una vez por todas, con energía del defensor público en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Después de muchos años de lucha y de esfuerzo, con tradición y experiencia de tradición y experiencia en los sistemas nacionales probablemente ha llegado el momento de que con energía, con decisión, el defensor público ingrese en el espacio de la tutela internacional de los derechos humanos. El punto es cómo. Cómo hacerlo de modo que sea eficaz, que contribuya realmente esa presencia a aquellos objetivos que nos hemos propuesto y que hemos compartido. Bueno, éstas son algunas ideas que acaso pudieran suscitar la meditación de los señores defensores públicos.

La Corte se ha propuesto desde hace algunos años imprimir a sus propias actividades ciertos giros que han resultado bienhechores. Ha continuado con su línea, me parece que invariable –errores puede haber cometido, como todos los humanos– pero ha continuado con su línea invariable de interpretación *pro homine* de las normas que debe aplicar y del progreso en la tutela de los derechos y las libertades. Moviendo las fronteras de la protección tanto como es posible hacerlo, como es pertinente hacerlo, sin desbordamiento ni aventura, dando pasos enérgicos y firmes en la dirección correcta. Esta es mi opinión. Respetaría, por supuesto, cualquier otra opinión. Esta es la mía. Ha, también, dado pasos para modificar y mejorar sus prácticas de procedimiento. Ha resuelto en los últimos tres o cuatro años más del cincuenta por ciento de todas las causas que ha conocido en más de treinta años de desempeño. Ha salido de San José a celebrar períodos de sesiones en muchos estados americanos. Lo ha hecho ya en la Argentina. Lo ha hecho ya en Buenos Aires –hemos tenido ese privilegio– y en varios otros estados: Guatemala, El Salvador. Hemos tenido ese honor de recibir la hospitalidad de los estados. Y lo haremos también en este año. Y ha emprendido de la mano de algunos organismos nacionales e internacio-

nales como la Agencia Española para la Colaboración Internacional, como el gobierno de Noruega, como la Fundación Konrad Adenauer, ha emprendido proyectos y programas para alentar novedades plausibles y razonables. Lo que sea posible hacerlo y hacerlo pronto. Dentro de esos programas está el proyecto, el proyecto que se tiene con la asociación, señora, que usted coordina, y a la que pertenecen los amigos y amigas aquí presentes, para realizar una serie de talleres, coloquios o seminarios –el mejor nombre usted lo pondrá– de información a los miembros de la defensa pública sobre el Sistema Interamericano para retroalimentarnos en estos menesteres, en estas lides. Creo que el nombre oficial es capacitación, pero me resulta un poco chocante hablar de capacitación. Por eso, prefiero decir información. Nos informáramos mutuamente de lo que tengamos que informarnos a través de estos seminarios para los cuales la Corte ha gestionado de estos órganos internacionales los recursos correspondientes.

Tenemos la pretensión que usted conoce, doña Stella Maris, que ustedes probablemente conocen, señores defensores, de llevar adelante por lo menos cuatro seminarios de éstos o cuatro talleres de éstos en el curso del presente año, con la participación de un número apreciable de defensores públicos que ustedes resolverán, en los lugares que ustedes dirán. Probablemente dos en el ámbito centroamericano y dos en el ámbito sudamericano. Y en el ámbito sudamericano está la Argentina y otros lugares de nuestra América. Todo esto podría ser una expresión pragmática de este nuevo interés que tiene la Corte, y que sé que tiene la Defensoría Pública de establecer una nueva comunicación y de militar en las mismas trincheras por las mismas causas. Quiero mencionarlo, no diré anunciarlo porque usted ya se ha referido a ello. Comparto con usted la expresión de esperanza de que estas cosas puedan resultar bien, porque así juntos abriremos nuevos caminos a la tutela internacional de los derechos humanos. Yo, señora, reitero a ustedes, a esta gran nación, a esta gran República, y a mis amigos y mis maestros, a mis colegas y compañeros argentinos, el testimonio y mi más profunda y honda gratitud y mi mayor respeto y de mi compañía. Empecemos a recorrer juntos esta nueva etapa del camino.



# La violencia de género en la pareja en el Derecho penal español\*

Luís Arroyo Zapatero\*\*

## I. Introducción<sup>1</sup>

La cuestión de los malos tratos a las mujeres presenta gran complejidad por razones culturales, jurídicas y criminológicas. En lo antropológico cultural baste decir que aunque hoy en día –salvo los imanes radicales– no hay nadie que se atreva a afirmar que la mujer debe estar sometida al marido, incluso por la fuerza, como proclamó nuestra tradición por boca de Santo Tomás y nuestra modernidad ilustrada por la de Rousseau, remachada por el propio Napoleón, de cuyo Código civil se acaba de cumplir el 200 aniversario<sup>2</sup>. Apenas a finales de los años 60, comienza a afirmarse la idea de la radical igualdad de hombres y mujeres en la pareja. En otro orden de cosas se plantea al filo de 1968 la necesaria retirada del Derecho penal en las relaciones homosexuales entre adul-

\* En memoria de María del Mar Díaz Pita, universitaria de una pieza.

\*\* Presidente de la Sociedad Internacional de Defensa Social y Director del Instituto de Derecho Penal europeo e internacional. Universidad de Castilla - La Mancha. Ciudad Real.

<sup>1</sup> El origen de este texto se encuentra en mi Dictamen para el Congreso de los Diputados presentado el 8 de septiembre de 2004, durante el debate parlamentario de la que terminaría siendo *Ley Orgánica 1/2004 de protección integral contra la violencia de género*, ver en *Diario de Sesiones del congreso de los Diputados, Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales* de los días 19 de julio 7, 8 y 9 de septiembre, correspondientes a la sesiones 7, 8, 9 y 10 de la citada Comisión. Mi texto se encuentra en ps. 11-29, de la sesión 9. Puede verse, así como los de los restantes comparecientes, en la página web del Congreso ([www.congreso.es/publicaciones/DiariodesesionesdeComisiones](http://www.congreso.es/publicaciones/DiariodesesionesdeComisiones)) de la citada comisión de ese día y del los posteriores. De destacar son los de Fernando Valdes Dal Re, ps. 36 y ss.; Gregorio Peces Barba, ps. 1-11, sesión 5,

Enriqueta Chicano, ps. 22-35, J. M. Asencio Mellado, ps. 49-60. Mi texto ha sido reelaborado con el debate e informes posteriores a la aprobación de la ley, así como la última literatura publicada hasta enero de 2007, pero el nudo de la argumentación más relevante y quizá más original de mi planteamiento, como es el relativo a la constitucionalidad de la incriminación agravada de las conductas de los varones sobre mujeres, se mantiene plenamente. De la más reciente literatura que debe darse cuenta en esta nota introductoria especialmente Adela Asúa Batarrita, *Las recientes medidas de prevención de la violencia de género en el ámbito de la pareja en España*, en *infojuridicas.unam.mx*, México, 2005; David Giménez Glück e Isabel Valdecabres (coords.), *La Administración de Justicia en la Ley Integral de violencia de género*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005; Olga Fuentes Soriano, "La constitucionalidad de la LO de medidas de protección integral contra la violencia de género", en *La Ley*, 18/11/2005; Patricia Laurenzo Copeillo, *La violencia de género en la Ley inte-*

*gral*, RECPC 7/8/2005; y M. A. Boldova y M. A. Rueda (coord.), *La reforma penal en torno a la violencia de doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006; María Luisa Maqueda, *La violencia de género, entre el concepto jurídico y la realidad social*, en RECPC 8/2/2006; P. Alambra, M. Comas (et al.), *Guía práctica de la Ley Orgánica de Medidas de protección integral contra la violencia de género*, en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es), Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, El Observatorio, Actividades del Observatorio..., Información y documentación; Monográfico de la *Revista Jurídica de Igualdad de Género*, Themis 2006, en [www.mujeresjuristas.themis.org/novedades](http://www.mujeresjuristas.themis.org/novedades) (consultada el 12/8/2006).

<sup>2</sup> Como nos lo recuerda Robert Badinter en un hermoso opúsculo conmemorativo del Código civil: *Le plus grand bien*, Fayard, París, 2004. El régimen de subordinación es obra suya, no en vano presidió personalmente 55 de las 107 sesiones de la Comisión de Codificación, ver p. 57.

<sup>3</sup> La evolución histórica del tratamiento de la mujer por los Códigos penales está muy bien desarrollada por M. J. Cruz Blanca, *Derecho penal y discriminación por razón de sexo. La violencia doméstica en la codificación penal*, en L. Morillas, *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Edersa, Madrid, 2000, ps. 19 y ss.; Maráa Acale Sánchez, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, ps. 23 y ss. Para Portugal, pero con valor general, ver Teresa Pizarro Beleza, *Mulheres, Direito, Crime, ou a perplexidade de Cassandra*, Lisboa, 1990.

<sup>4</sup> Ver Eduardo Demetrio Crespo, *El uxoricidio en la legislación española*, lamentablemente publicado de momento sólo en turco y alemán como *Der Gattenmord wegen Ehebruch*, en “*International symposium on issue of custom and honour killing*”, Akader, Diyarbakir, 2003, ps. 214 y ss. De mucho interés al respecto ver una síntesis del debate parlamentario de la discusión del Código de 1822 en J. F. Lasso Gaité, *Crónica de la Codificación penal española. Codificación penal*, I, Ministerio de Justicia, Madrid 1970, ps. 127-129. Sobre el proceso de reformas penales en cuestiones de libertad personal y, por lo tanto, en lo que a la condición de la mujer se refiere a lo largo de la transición española a la democracia (ver Arroyo Zapatero, *La moderna política criminal en España y el pensamiento de Cesare Beccaria*, en “*Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*”, Giuffrè y Centro Nazionale de Prevencione e difesa sociale, Milán, 1988, ps. 188 y ss. Sobre la transición “penal” en Portugal, ver Beleza, *Mulheres, Direito, Crim...*,

tos, la primera victoria contra el derecho penal moralizante, bien es verdad que tuvo lugar en Alemania y que en España requirió veinte años más y una sentencia manipulativa de Tribunal Constitucional para acabar por vía procesal con la ley de “peligrosidad y rehabilitación social”. En España la vigencia de la tradición llega –por razones bien conocidas– hasta antes de ayer. Sólo en 1963 se deroga el privilegio del varón de la cuasi impunidad para dar muerte a su mujer sorprendida en adulterio<sup>3</sup>. Y sólo ayer mismo, en los albores de la democracia, en 1977 se despenalizaba el adulterio y se suprimía la discriminación que el código penal hacía de la mujer al requerir para el adulterio masculino el público amancebamiento. A la mujer le bastaba con un único descuido revelado por el marido, mientras que para incriminar a éste se requería la pública exhibición. Debe recordarse también que la legalización del divorcio llegó solamente en 1981 y la parcial despenalización del aborto comenzó tan sólo en 1985 y, como sabemos, no hemos superado aquí el sistema de indicaciones, que no permite la libre decisión de la mujer en el período ordinario europeo de los tres primeros meses de la gestación. El privilegio del infanticidio y el aborto *honoris causa* tienen la misma raíz masculina que todo lo anterior<sup>4</sup>.

Es más, resulta muy significativo que en la legislación histórica se hayan previsto de modo constante dos tipos de faltas<sup>5</sup> singulares: la del marido que maltratarse a su mujer, aun cuando no le causare lesiones, y la de “la mujer desobediente a su marido que le provocare o injuriare” previstas en el artículo 483.1 del Código de 1848, que se reproducen en el artículo 603, 2 y 3 del Código de 1870 y que se mantiene en el Código de 1932, perdiendo la referencia a la desobediencia y sustituyendo la provocación y la injuria por el maltrato de palabra y obra, y que continúa supérstite hasta la reforma del Código de 1983, que crea la falta –bilateral– de malos tratos. Para lo que sirve la referencia histórica es para poner de relieve la sabiduría de los legisladores de los códigos del siglo XIX frente a algunos contemporáneos: *los maridos maltratan y las mujeres desobedecen y se rebelan*<sup>6</sup>.

El sometimiento de la mujer estaba explícito en la moral oficial y en la legislación vigente hasta nuestro tiempo cerca-

cit., ps. 211 y ss., sobre el uxoricidio, ps. 212 y ss.).

<sup>5</sup> Para el lector no conocedor del Derecho español debe advertirse que en la legislación penal española histórica y actual son faltas las infracciones penales mas leves, que se castigaban hasta 1995 con pena privativa de libertad de hasta un mes, y desde el nuevo código solo con

multa y restricciones de derechos que no privan de libertad, ver artículo 33.4. Se juzgan en un proceso diferente del de los delitos.

<sup>6</sup> Sonoras referencias de género en el debate del Código de 1822 pueden verse en Emilio Cortés Bechiarelli, *Delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*, Madrid-Barcelona, 2000, p. 9.

<sup>7</sup> Una amplia visión jurídica y económica del cambio de posición de la mujer ver Alberto Palomar Olmeda (coord.), *El tratamiento del género en el ordenamiento español*, Tirant lo Blanch y Comisiones Obreras, Valencia, 2005.

<sup>8</sup> Ver Enrique Ruiz Vadillo, *La violencia física en el hogar*, en "Actualidad Aranzadi", 22/1/1998, p. 2; ver asimismo J. J. Ruiz Rico, *El sexo de sus señorías*, Madrid, 1991. Resultan de mucho interés los informes anuales que publica la Federación de Mujeres Progresistas sobre las los reparos de genero sobre sentencias, parcialmente recogidas en los periódicos, ver en [www.mujeresprogresistas.org](http://www.mujeresprogresistas.org), el IV alcanza el año 2003, aun cuando sería necesario un examen pormenorizado sobre las propias sentencias.

<sup>9</sup> La estadística criminal es miserable en España, como en buena parte de los países, y por ello resulta incomparable. En los últimos cuatro años y, en materia de violencia doméstica, el Consejo General del Poder Judicial ha realizado un esfuerzo que no tiene comparación, ni con la estadística criminal española ni con ningún país europeo que yo conozca, aunque sigue sin poder distinguir de modo neto la violencia de género de otras violencias domésticas. Pueden verse los informes sobre los respectivos años 2002 a 2005 en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es), observatorio contra la violencia doméstica y de género. He utilizado el informe 2004 porque se identifican mejor los parámetros que deseo destacar. De gran interés también las que elabora el Instituto de la Mujer del Ministerio de trabajo y asuntos sociales que puede verse en la web [www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras/violencia/index.htm](http://www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras/violencia/index.htm) y sobre cuyos datos, de origen en la información del Ministerio del Interior, el diario *El Mundo* elabora unos buenos cuadros, todo lo cual puede verse en [www.elmundo.es/documentos/2004/06/sociedad/malostratos/cifras.html](http://www.elmundo.es/documentos/2004/06/sociedad/malostratos/cifras.html).

no. No es de extrañar que esa moral oficial histórica esté todavía bien presente y vigente en la cabeza de muchos hombres, e incluso de sus víctimas mujeres, y que esa concepción de dominio natural sobre la mujer que tantos tienen a flor de piel, o escondida en el reservorio más profundo de la memoria emocional, rebrote ante la vida en una España moderna en la que la mujer se abre paso como ser autónomo e igual, a pesar de todas las limitaciones sabidas y por aprender<sup>7</sup>. Pero junto a la moral oficial y a las leyes está siempre la concepción del mundo de los aplicadores del Derecho penal y, al margen de un porcentaje todavía relevante de mentalidades más próximas a Santo Tomás que a Rousseau, no es menos cierto también que hasta la actual crisis la idea general preponderante consistía en que lo mejor y más prudente era la mínima intervención en los conflictos de la vida doméstica, de la esfera de *lo privado*<sup>8</sup>. Con ello, lo que no se veía se acompañaba del no querer ver.

Pero un buen día todo lo que era invisible o no se quería ver se coló en la primera página de los periódicos y en las ediciones de los telediarios, sin soltarla, y la ilusión del paraíso de la igualdad de hombres y mujeres de la joven democracia española se quebró al mostrar un infierno radicalmente intolérable. Una idea completa no la dan los datos anuales de mujeres muertas por sus parejas, sino el número de denuncias de hechos de violencia de género que hemos conocido después de establecerse los mecanismos de las órdenes de protección.

Para el año 2004 el Consejo General del Poder Judicial llegaba a registrar 91.865 denuncias por violencia *doméstica* sobre la mujer, así como la adopción por los jueces de 26.020 de las 33.766 órdenes de protección solicitadas por las víctimas y se constataron 72 mujeres muertas por su pareja o ex pareja, todo lo cual resulta una barbaridad<sup>9</sup>.

## II. Las reformas penales 1989, 1995 y 1999: el descubrimiento del problema

La frecuencia y gravedad de la situación comenzó a convertirse en problema de opinión pública a finales de los 80 y con ello comenzaron las tentativas de abordar el problema con políticas públicas y, naturalmente, con la política criminal. De especial relevancia institucional es el Informe del Senado sobre la mujer maltratada, cuyos trabajos preparatorios se inician en 1986 y se concluyen 1989<sup>10</sup> con un amplio

Un buen análisis de estadísticas en A. I. Cerezo Domínguez, *La violencia en la pareja: prevalencia y evolución*, en Bol-dova y Rueda (coord.), *La reforma penal en torno a la violencia de género*, Atelier, Barcelona, 2006, ps. 307 y ss..

<sup>10</sup> Informe de la Comisión del Senado de relaciones con el Defensor del Pueblo y de los Derechos Humanos encargada del Estudio de la mujer maltratada, Boletín oficial de las Cortes, Senado, serie I, n. 313, 12/5/1989, ps. 12.182-12.211.

<sup>11</sup> Ver en Elena Núñez Castaño, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, ps. 29 y ss., 65 y ss.

<sup>12</sup> Un 76% de los casos de violencia en la pareja estudiados se califican como falta, ver M. Calvo García, *El tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de Justicia*, Universidad de Zaragoza, 2001, p. 204, ver en [www.poderjudicial/observatorio/informeselaborados](http://www.poderjudicial/observatorio/informeselaborados). Una puesta al día y conclusiones sobre 2000 a 2002, el mismo, *El tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de Justicia 2000-2002, resultados y conclusiones*, en el mismo lugar, lo cito como *Informe II* (consultados el 24/8/2006). La organización THEMIS estimaba que el 50% de los casos calificados por los jueces como faltas constituían en verdad delito de malos tratos habituales. En el mismo sentido con reseña crítica de sentencias ver Mirentxu Corcoy Bidasolo, *Delitos contra la integridad personal y contra la libertad: lesiones, amenazas y coacciones*, en *La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2001, ps. 251 y ss., en especial ps. 187 y ss.

<sup>13</sup> Para el régimen penal del Código de 1995 ver, por todos Luis Gracia Martín, en la coedición con J. L. Díez Ripollés, *Comentarios al Código penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 1997, ps. 413 y siguientes.

<sup>14</sup> Ver I. Montalban Huertas, *Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, CGPJ, Madrid, 2004, ps. 47 y ss., describe el caso, cuasi retransmitido en directo por televisión,

abánico de recomendaciones a las Administraciones Públicas. Por vez primera en 1998 se adopta el primer Plan del Gobierno de Acción sobre la violencia contra las mujeres para 1998-2000, al que seguiría un II Plan integral contra la violencia doméstica<sup>11</sup>.

1. Las primeras reformas legales se centraron en el Código penal y abordaron la cuestión como si el asunto fuera de lesiones y de homicidio. La reforma del código de 21 de junio de 1989 introdujo en el artículo 425 la incriminación con prisión de seis meses a seis años de quien habitualmente ejerciera violencia física sobre los miembros del grupo familiar. El precepto no contemplaba la violencia psíquica y daba pie a una concepción cuantitativa y formal de la habitualidad, para lo que terminaron requiriéndose tres o más episodios concretos de violencia, frente a la tesis que luego intentó imponer el Tribunal Supremo, en sentencia del 7 de julio de 2000, en el sentido de que lo relevante era el que la víctima “viva en un estado de agresión permanente”. El nuevo Código penal de 1995 mejoró la figura del anterior artículo 425, incrementó la severidad de la pena y precisó la compatibilidad concursal del maltrato habitual con las faltas y delitos de lesiones concretos producidos. Pero daba lo mismo, pues como reconociera el propio Consejo General del Poder Judicial los jueces seguían calificando los hechos principalmente como faltas<sup>12</sup>, con el efecto trágico de que entonces las faltas no habilitaban para dictar la prisión provisional ni en los casos de mayor peligro de repetición de la agresión, que era la única medida cautelar sobre el acusado de que se podía entonces disponer por el juez, desprotección que daba pie a que el maltratador terminara por acabar con la vida de la mujer delante del juzgado, sumido en culpable impotencia las más de las veces<sup>13</sup>.

Pero en el infierno se avivó el fuego y el problema se convirtió en radicalmente insoportable, en especial con el asesinato de Ana Orantes en 1997<sup>14</sup>. Son desde entonces muy numerosas las iniciativas de todo orden, entre ellas, muy especialmente, la ley de Castilla - La Mancha cuya presentación en el otoño de 2000 dio lugar a un gran debate institucional y social y que terminó aprobándose el 17 de mayo de 2001<sup>15</sup>.

con efectos similares al de *Maria da Penha* en Brasil. Sobre la situación brasileña hasta la nueva ley de 7 de agosto de 2006 ver Alice Bianchini, *nota sobre Brasil* en el monográfico de derecho comparado sobre violencia en el ámbito doméstico y familiar en *Revista Penal*, nº 10, julio 2002, ps. 193-196; y tras la reforma de 2004, ver Erika Mendes de Carvalho, *Consideraciones críticas sobre la nueva regulación del delito de violencia doméstica en Brasil*, en Boldova/Rueda, *La*

*reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, ps. 405 y ss.

<sup>15</sup> El Área de Derecho Penal y Criminología de la UCLM, dirigido por Rosario De Vicente, presentó un *Informe jurídico y criminológico sobre los malos tratos a la mujer en Castilla-La Mancha*, sobre más de 323 sentencias judiciales dictadas en la Comunidad Autónoma entre 1995 y 1998. Albacete, 2000.



2. La Ley Orgánica de 1999 abordó el problema de modo más decidido que en las anteriores ocasiones: crea las penas y medidas cautelares de prohibición de aproximación y comunicación con la víctima<sup>16</sup>, reconoce a la violencia psíquica junto a la física en el delito de maltrato habitual –cuyo concepto precisa positivamente– y amplía el espacio temporal de las violencias típicas al tiempo posterior a la ruptura de la convivencia<sup>17</sup>.

En el año 2001 el Consejo General del Poder Judicial presenta un informe de gran interés sobre toda la materia y, tras un examen crítico del marco legal, pone de relieve el desamparo de las víctimas y la impunidad de los agresores derivado de la falta de posibilidad legal de recurrir a la prisión provisional o cualquiera otras medidas cautelares ante las faltas, que siguen siendo las calificaciones jurídicas preponderantes en sede judicial, apunta la posibilidad de ampliar el delito de malos tratos habituales renunciando a la exigencia de la habitualidad, lo que supone absorber buena parte de las faltas de lesiones y malos tratos, e incluso sugiere la supresión de la falta de malos tratos entre parientes, para garantizar su calificación como delito<sup>18</sup>.

### III. Las reformas de 2003: creación de delito contra la integridad moral, la orden de protección y ampliación de la prisión provisional

A las alturas de la preparación de la contrarreforma del Código penal de 1995, que se realizó mediante varios instrumentos legales durante 2002 y 2003<sup>19</sup>, las medidas penales no parecían servir gran cosa para atajar la epidemia. Con la intervención penal a partir de los tipos de homicidio y lesiones los jueces llegaban manifiestamente tarde, y cuando se les presentaba el problema en una fase inicial, de lesiones leves y maltratos, no sólo se llegaba tarde, sino que el proceso y las consecuencias jurídicas de las faltas –lo limitado de la pena y la exclusión de la prisión provisional– además de no proteger, parecían envalentonar a los maltratadores y generaban en las víctimas mayor desvalimiento y desconfianza en la justicia<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Que es el primer paso hacia la orden de protección, aunque no hay previsión de penalidad por el incumplimiento –salvo la multa por quebrantamiento de condena del art. 468, CP– y seguía bloqueada la prisión provisional para esto último y, en general, para las faltas, ver Ester E. Rubiales Bejar, *Penas y medidas cautelares para la protección de la víctima en los delitos asociados a la violencia doméstica*, en L. Morillas (coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Edersa, Madrid, 2002, ps. 411 y ss. Señala la insuficiencia legislativa para asegurar un cumplimiento efectivo de las medidas cautelares Montserrat Comas, *Novedades legislativas introducidas por la LO14/1999, en materia de malos tratos: las faltas penales, penas accesorias y medidas cautelares*, en “*La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos*”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2001, ps. 221 y ss. Sobre las reformas de derecho penal material ver María Acale Sánchez, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

<sup>17</sup> En torno al 35% de los homicidios se producen entre el momento del planteamiento de la ruptura y posterior, así se advierte en el Informe del Instituto de la Mujer de 2005: [www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras/tablas/W805b.XLS](http://www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras/tablas/W805b.XLS). En M. Calvo García, *El tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de justicia*, cit. y en *Informe II*, cit., alcanza el 52%, p. 19.

<sup>18</sup> *Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 21 de marzo de 2001 sobre la problemática derivada de la violencia doméstica*, ps. 62-64, se localiza a través del buscador de [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es) (consultado el 24/8/2006). También Montserrat Comas, *Novedades legislativas introducidas por la LO 14/1999 en materia de protección a las víctimas de malos tratos: las faltas*

*penales, penas accesorias y medidas cautelares*, en *La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2001, ps. 203 y ss, especialmente p. 246.

<sup>19</sup> Sobre la disparatada política criminal de los dos últimos años de las legislaturas conservadoras ver Luis Arroyo Zapatero, *As reformas penais españolas entre os anos de 2003 e 2005*, en *Ciencias Penais*, San Pablo, vol. 2, 2005, ps. 60 y ss.

<sup>20</sup> Ver el amplio *Informe sobre el trata-*

*miento de la violencia doméstica en la Administración de Justicia*, de Calvo García y su *Informe II*, de donde se desprende que para esos años 2000-2002 se trataban como delitos el 24,3% de los casos, con un 16% de absoluciones y como faltas el 75.6%, y en los procedimientos por estas resultaba entre un 71% y un 75% de absoluciones, datos en los que el autor identifica la fuente de “la impresión generalizada sobre la ausencia de condenas en los casos de violencia doméstica”, cfr. ps. 30 y 31.

<sup>21</sup> Cfr. *Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 21 de marzo de 2001 sobre la problemática derivada de la violencia doméstica*, cit., ps. 41 y ss.

<sup>22</sup> Sobre el conjunto ver Patricia Lourenzo Copello, *Los nuevos delitos de violencia doméstica: Otra reforma precipitada*, en *Artículo 14*, vol. 4, diciembre de 2003, Instituto Andaluz de la Mujer, ps. 4 y ss.

<sup>23</sup> Ver Juan J. Medina, *Violencia contra la mujer en la pareja: Investigación comparada y situación en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 482; y también para su introducción en Gran Bretaña e Irlanda.

<sup>24</sup> Ver referencias en Montalbán, *Perspectiva de género...*, cit., ps. 76 y ss.

<sup>25</sup> Amplia referencia al derecho continental europeo en Virginia Mayordomo, *La violencia contra la mujer. Un estudio de derecho comparado*, Dillex, Madrid, 2005 para Francia e Italia, además de para los países anglosajones; Dearing/Förg (hg) *Konferenzdokumentation Polizeiarbeit gegen Gewalt an Frauen*, Verlag Österreich, Viena, 1999. Para Iberoamérica ver Montalbán, *Perspectiva de género*, cit., ps. 76 y ss., con distinción entre sistema civil y penal de medidas. En todo caso conviene precisar que la distinción entre uno y otro sistema no es tajante, pues, como ocurre en el sistema austriaco o alemán, el derecho punitivo aparece para la desobediencia de la orden de protección, o como también ocurre en el primero de los citados y en los anglosajones, las medidas resultan ser medidas de seguridad policiales, sin intervención judicial más que *a posteriori*.

Se debe recordar que la figura jurídico penal de las faltas no permitía adoptar sobre el imputado la prisión provisional, ni otras cautelares mínimamente eficaces, por lo que, siendo la calificación judicial del hecho más frecuente la de falta, la denunciante no encontraba casi nunca la protección que esa u otra medida cautelar pudieran ofrecer frente al peligro de realización o reiteración de las violencias. De tal manera que lo que generaba mayor impotencia era que, frente la evidencia de los indicios de grave peligro que los hechos denunciados manifestaban, se terminaba en lo peor, sin modo ni forma de poder ofrecer a la víctima una tutela eficaz<sup>21</sup>.

Todo ello madura y tiene un resultado en tres tiempos. En primer lugar, la ley 27 de 2003, relativa a la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, de 31 de julio, la reforma de la prisión provisional por la LO 13/2003, de 24 de octubre, y la reforma del Código Penal que se adopta por la LO 11 de 2003, de 29 de septiembre<sup>22</sup>.

a) La *Orden de protección*. La orden judicial de protección de la víctima frente al agresor, consistente en la prohibición de comunicación o de aproximación o exigencia de alejamiento del agresor respecto de la víctima es, curiosamente, un “descubrimiento” moderno, de matriz estadounidense, desarrollado específicamente para las violencias contra la mujer, que desde su aparición allí hace poco más de 25 años<sup>23</sup> ha tenido un éxito de difusión extraordinario, descendiendo en la primera mitad de los 90 por todo el continente hasta cubrir América Latina<sup>24</sup>, con un salto no leve sobre la República mexicana, atravesando el océano Atlántico y penetrando en la Europa continental y latina en la segunda mitad de dichos años, ya con carácter civil como en Austria, Alemania e Italia<sup>25</sup> o penal como en España<sup>26</sup>. La orden aparece como un instrumento capital, pues con la atribución de la competencia concentrada en el juez a quien llega la denuncia, tanto para las medidas penales como para la civiles, proporciona el mecanismo de intervención más necesario ante el peligro de los malos tratos o de su reiteración y hace posible interrumpir el “ciclo de la violencia” en que suele estar inmersa la víctima, como veremos más adelante. A la ley debe seguir la práctica, con organización y con medios, pero también la disciplina conceptual por parte de los órganos judiciales. Baste hacer una referencia en este aspecto a la demanda de ampliación espacial de la Orden de alejamiento que en los primeros meses de vigencia se venían estableciendo en distancias mínimas y espacios incompletos que no evidencian mucho sentido común, o cuando menos, lo que sería también

<sup>26</sup> Ver Francisco José Sospedra, *Las reformas del proceso penal de 2002 y 2003*, Civitas, Madrid, 2004. Ver Pedro Vicente Cano-Maillo, *Los juicios rápidos. Orden de protección*, Consejo General del Poder Judicial, San Sebastián, 2005.



27 Sobre la orden de protección ver Ester E. Rubiales Bejar, *Penas y medidas cautelares para la protección de la víctima en los delitos asociados a la violencia doméstica*, en L. Morillas, (coord.) *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Edersa, Madrid, 2002, ps. 417 y ss.; Jesús A. Bonilla Correa, "La orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica y de género", Boletín de información del Ministerio de Justicia, nº 2002, 1/12/2005, ps. 4829 y ss.; José L. Rodríguez Lain, *Juzgado de Violencia sobre la mujer y juzgado de guardia*, Bosch, Barcelona, 2006, en especial ps. 227 y ss.

28 Ver Francisco Muñoz Conde, *Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, ps. 126 y ss., quien considera este punto lo más relevante de la reforma.

29 Como había demandado un relevante sector doctrinal, cfr. Ochi Díaz Pita, "El bien jurídico protegido en los delitos contra integridad moral", en *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, 1997; Muñoz Conde, *Parte Especial*, cit., p. 185; J. M. Tamarit, *Comentarios a la Parte especial de Código penal*, Gonzalo Quintero (dir.), Aranzadi, Pamplona, 1999, ps. 105 y ss.; J. C. Carbonell y J. L. González Cusac, *Comentarios al Código penal de 1995*, Vives Antón (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 801; María Acale Sánchez, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, ps. 89 y ss.; Carmen Gómez Rivero, "Algunos aspectos del delito de malos tratos", en *Revista Penal*, vol. 6, 20, 2, p. 67, donde, por cierto, por vez primera veo emplear en texto a un penalista el concepto de trastorno de estrés posttraumático (p. 74); M. Olmedo Cardenete, *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico. Análisis teórico y jurisprudencial*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 42. L. Morillas Cueva, en *Estudios penales*

cierto, poco conocimiento de las características del problema que se sometía a conocimiento del juez, lo que era prueba manifiesta de la necesidad de especialización. Por el momento, los datos que podemos deducir de los primeros informes del CGPJ sobre órdenes de protección solicitadas por mujeres y las efectivamente adoptadas por el juez son: 2003: -/16.725; 2004: 35.040/26.020; 2005: 30.131/24.509. En el informe sobre el 2003, con vigencia de la orden de protección propiamente dicha sólo el segundo semestre el Consejo indica 906 incumplimientos de las pertinentes órdenes, lo que representa un 5% de quebrantamientos<sup>27</sup>.

b) La reforma de la *prisión provisional* en lo que aquí interesa incorpora expresamente al elenco de los fines que la autorizan (art. 503.1. 3º, LECrim.) el "evitar que el imputado pueda actuar contra los bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando se trate de algunas de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 con exclusión en estos casos de la limitación de que el delito por el que se disponga tenga prevista pena privativa de libertad igual o superior a dos años de prisión, bastando que tenga pena privativa de libertad, es decir, prisión de tres meses o, incluso, en el tenor literal cabe la de localización permanente, que es propia de las faltas". Esta modificación levanta el bloqueo anteriormente existente ante situaciones de evidente riesgo de reiteración delictiva o realización del delito con el que se amenaza a la víctima en los supuestos de denuncia por delitos "leves" de violencia doméstica, de pena de "sólo" dos años de prisión. A partir de la reforma "entre la prisión provisional y la nada" están las órdenes de protección, por lo que la necesidad material de la prisión provisional se reduce en proporción.

c) La reforma del Código que en violencia doméstica opera la LO 11/2003 consta de los siguientes elementos:

1. Por una parte amplía el campo del delito de la violencia doméstica a costa de las faltas, extendiendo el delito sobre las lesiones no constitutivas de delito y los malos tratos de obra, así como las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos, que seguirán siendo faltas (arts. 617, 1 y 2; y 620.1º) de no mediar las relaciones "domésticas"<sup>28</sup>. Por otra, lleva las violencias domésticas *habituales*, que se situaban en el artículo 153, al *delito contra la integridad moral* del artículo 173, número 2<sup>29</sup>. Todo ello se castiga con pena de

---

*sobre la violencia doméstica*, por él mismo coordinado, Edersa, Madrid, 2002, p. 672. Fue un gran acierto la creación por el Código de 1995 de este delito autónomo respecto de los malos tratos y torturas por parte de funcionarios públicos. Ver dos monografías con amplias referencias: Ana Isabel Pérez Machío, *El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del Código penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004; Jesús Barquin Sanz, *Delitos contra la integridad moral*, Bosch, Barcelona, 2001.

prisión de 3 meses a 1 año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y otras penas accesorias. Las principales se imponen en su mitad superior si concurren las circunstancias enunciadas antes al hacer referencia al 173.2. En todos los casos, la conexión doméstica impone al juez acompañar las penas principales, como accesorias, con las medidas de seguridad de alejamiento (art. 57.2) y faculta para hacerlo por las faltas contra las personas (art. 57.3).

Sin embargo, no termina de suprimir la falta de amenazas, coacciones, injurias o vejaciones de carácter leve producidas en el ámbito doméstico a las que castiga como falta agravada con localización permanente de cuatro a ocho días o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días (art. 620.2).

Tampoco renuncia el legislador de 2003 –por razones que luego se esclarecerán– a ampliar aún más el elenco de lo doméstico hasta extremos ridículos y difícilmente comprensibles: además del cónyuge y análogos, los padres, hijos, hermanos, tíos, tíos políticos, del cónyuge o del conviviente, los menores o incapaces que con él convivan, los que por cualquier otra relación estén integrados en la *convivencia familiar* y, además, *los guardas o custodios de centros de acogida de personas vulnerables*<sup>30</sup>.

2. Declara al nuevo delito contra la integridad moral punitivamente compatible con las penas de los delitos o faltas que se hubieren podido cometer en el curso del maltrato, es decir, admite expresamente el concurso de delitos frente a la hipótesis de la consunción que se había impuesto.

3. Las penas se agravan desde la básica de 3 meses a tres años a su mitad superior cuando las violencias se hayan realizado en el domicilio común o en el de la víctima, en presencia de menores, portando armas, o, lo que resulta muy relevante, con quebrantamiento de la novedosa pena u orden cautelar de alejamiento.

4. A su vez, el artículo 153 se aprovecha para incorporar en él los malos tratos que hasta el momento se consideraban faltas, en concreto todos los malos tratos violentos –los que causan menoscabo psíquico o lesiones no constitutivas de delito, los golpes y maltratos de obra sin causar lesión y las amenazas leves con armas, proyectado estas conductas sobre el elenco de víctimas incorporado en el 173.2.

Posiblemente estas conductas que constituían faltas de lesiones y malos tratos se elevaron a delito para “forzar” a los jueces poco rigurosos a “hacer Justicia”, dificultándoles la calificación de falta y posibilitando así también el recurso a la prisión provisional. Pero sería mejor que se hubiera hecho así por la plena conciencia de que estas conductas presentan un grado de injusto y culpabilidad mayor que la propia de las faltas, como veremos más adelante, pero el *maremagnum* de situaciones y relaciones del autor y las víctimas impide entenderlo así. Con todo, la reforma en este punto es globalmente

<sup>30</sup> Puede hablarse de una auténtica obsesión, que en unos casos puede ser de orden “sistemática” y en otros puramente ideológica, por la ampliación de ese círculo de sujetos, ver Morillas, *Estudios penales sobre la violencia doméstica*, cit., ps. 673 y ss., con las referencias al Consejo General de Poder Judicial, la Fiscalía General, entre otros, inclusive él mismo.

positiva, salvo en el mantenimiento de todo el elenco de víctimas a que se ha hecho referencia que dificulta captar debidamente el problema de las violencias de género en la pareja.

#### **IV. Balance de quince años de reformas en las vísperas de la Ley Integral de 2004**

Desde que se abordara la primera reforma penal para afrontar la violencia doméstica contra la mujer y hasta 2004 se ha consolidado un estatuto jurídico que ha pretendido resolver varios problemas:

El primero ha sido la definitiva ubicación en la opinión pública, en la opinión “legislada” y en la de los operadores jurídicos de que el fenómeno de las violencias domésticas queda excluido del manto de “lo privado”, y queda acuñado definitivamente como cuestión de “orden público”, lo que se plasma en la consideración de los delitos y faltas en esta materia como públicos, no condicionada su persecución a la denuncia o querrela de la víctima. El segundo es la captación con pena criminal relevante de las conductas de “malos tratos”, especialmente en la dimensión que afecta a la salud, particularmente la psíquica, y a la dignidad personal o integridad moral de la víctima: su adecuada incriminación es un problema común a la generalidad de los países, pues no se describen claramente como delito y no hay intervención penal hasta que no haya al menos delito de lesiones, lo que tiene que ver con un concepto mecanicista de lesión muy decimonónico y todavía no superado, o bien las penas son muy leves, ya se trate de figuras propiamente de delito ya, como ocurre en España, de “faltas”, contravenciones, etc. Esto se ha resuelto de modo sustancial con la creación del delito de *maltrato* entre las lesiones (art. 153, CP), en las que incluye la amenaza con armas, y con el delito de *maltrato habitual* entre los delitos contra la integridad moral (art. 173.2, CP). Sin embargo, quedaban en la esfera de las faltas las amenazas leves y las coacciones leves, que son hechos frecuentes en las violencias domésticas.

A su vez, las razones de la insuficiencia sancionadora podían derivar de un tratamiento procesal penal que favorece la débil respuesta jurisdiccional, lo que se produce en unos países por la singularidad del procedimiento especial de las faltas, contravenciones, etcétera, o por la vigencia en el país de que se trate del principio procesal de persecución de “oportunidad”, que en la práctica prefiere ocuparse de otros delitos “más graves”. Se dotó a la justicia del instrumento de las órdenes de protección (arts. 544 *bis* y ss., LECrim), un mecanismo novedoso que en la experiencia se ha revelado imprescindible en este tipo de violencias compulsivas de la esfera de la convivencia, y las pertinentes plasmaciones de ésta –alejamiento, prohibición de comunicación etc.– han sido incorporadas al elenco de penas accesorias (art. 57, CP).

Se habilitó a los jueces a dictar la prisión provisional en

los supuestos de violencia doméstica hasta, por lo menos, por delitos castigados con prisión de más de tres meses, es decir, para todos los delitos de violencia doméstica, quedando solamente fuera de ello la falta del artículo 620 de amenazas, coacciones, injurias o vejaciones injustas leves.

Los déficits de las reformas son pocos pero muy claros, uno político criminal y otros técnicos. El déficit político criminal radicaba en el mantenimiento de las faltas con exclusión de la pena de prisión para las amenazas leves y las concordantes coacciones injurias y vejaciones leves del 620, pues si tal tratamiento puede resultar adecuado para las violencias domésticas en general, resulta evidente que no lo son para las de género, o sea las del varón sobre su pareja, pues son esta categoría de las violencias “domésticas” calificadas de faltas –y no las otras, de padres sobre hijos, hijos sobre padres o abuelos, etc.– las que histórica y sistemáticamente el sistema penal ha utilizado para el “lavado” de las violencias sobre la mujer. También debe considerarse una deficiencia político criminal el que la pena mínima en la forma delictiva más leve de las lesiones, que como se verá es insuficiente para captar el desvalor de las violencias domésticas que son *de género*. Entre los déficits técnicos se deben señalar el de no haber previsto que un sistema tan capital para esta materia como es el de la orden de protección, tanto cautelar como sancionatoria, no dispusiere de un mecanismo suficientemente disuasorio de su incumplimiento, particularmente en la hipótesis de la punitiva para la que el delito de quebrantamiento de condena, inspirado todavía en antiguos prejuicios decimonónicos como mero delito contra la Administración de Justicia, solo se le había dotado en la reforma de 2003 de una pena de multa con alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad para el quebrantador de las órdenes penales de protección. Tanto o más importante que lo anterior era la pervivencia de un laberinto jurisdiccional penal y civil que dificultaba gravemente el acceso de la víctima a la Justicia. Ninguna de las propuestas institucionales del Consejo, de la Fiscalía o la de los Planes gubernamentales había pasado de modo efectivo más allá de la de la coordinación “voluntaria” entre jurisdicciones y operadores jurídicos, por vía de los “protocolos” de colaboración<sup>31</sup>. Nadie se había atrevido a proponer la superación del dogma de la separación de órganos jurisdiccionales penales y civiles<sup>32</sup> que parecía representar un esfuerzo superior al de la creación en su día de la jurisdicción laboral o más recientemente la de la jurisdicción mercantil. Bien es cierto que tamaña innovación no podía justificarse para las violencias de padres sobre hijos, o de hijos sobre padres o sobre abuelos, o de tíos sobre sobrinos, ni de encargados de residencias de ancianos sobre éstos. Para lo que realmente era necesaria una reforma de este calado era para unas violencias que no se querían reconocer como tales: las *violencias de género*, pues son las que plantean epidemiológicamente el problema de la necesaria e inmediata coordi-

<sup>31</sup> Ver una excelente síntesis de deses-  
perante situación jurídica procesal penal  
y civil hasta 2005 en José Luis Rodríguez  
Lain, *Juzgado de violencia sobre la mujer  
y juzgado de guardia*, Bosch, Barcelona  
2005, ps. 23-30.

<sup>32</sup> Solamente el Partido Socialista, pero  
estaba en la oposición: Proposición de  
Ley 122 de 21 de diciembre de 2001.

nación de lo civil y lo penal. Y con esta referencia procesal podemos llegar a desarrollar la exposición sobre la deficiencia más principal y determinante en el combate jurídico de la violencia sobre la mujer como problema distinto y más grave que las restantes violencias domésticas durante más de quince años de reformas y esfuerzos colectivos.

#### V. La contradicción principal: la incomprendida esencia del problema del tratamiento penal de los malos tratos y de las violencias de los hombres contra las mujeres: el déficit del conocimiento criminológico y la poca voluntad de reconocerlo

Más allá de todo déficit normativo o funcional para abordar el fenómeno de los malos tratos a las mujeres<sup>33</sup>, lo que encuentro más relevante es la incompreensión de que esa violencia de hombres sobre mujeres en la pareja presenta caracteres materiales, sociales y psicológicos bien distintos de las demás violencias interpersonales, inclusive de aquellas a quienes se tiende a tratar del mismo modo: las violencias sobre menores y ancianos, a todo lo cual se le cubre incluso bajo un mismo título, “violencia doméstica”, como si lo único singular de todo ello fue la relación parental y la comunidad del espacio domiciliario<sup>34</sup>. Aún más, se tiende a creer que en la pareja la violencia es bipolar. Y ello por el mero hecho de que las estadísticas de resultados de muerte y lesiones arrojan un porcentaje –que no llega al 10%– de autores mujeres, sin que hasta ahora se haya procurado completar la pobreza informativa de nuestra estadística judicial tradicional, ni suficientemente refinada la ingente tarea del Observatorio de la Violencia del Consejo, con dato tan relevante como el de en qué medida esa violencia femenina –más allá de ese 5% de participación genérica de la mujer en la criminalidad registrada– es puramente reactiva, es decir, de retorsión o de defensa<sup>35</sup>. Y la intuición sumada a lo poco empírico que hay nos indica que la únicas maltratadas y homicidas que hay son ese 5% que comento, pues las demás son mujeres entre el estado de necesidad y la legítima defensa.

Las razones del déficit de comprensión criminológica del fenómeno de la violencia de género estriban en lo tardío de la elaboración criminológica del “síndrome de la mujer maltratada” y en las dificultades añadidas a la propia dificultad de la

<sup>33</sup> Lorente Acosta, *Agresión a la mujer: Maltrato, violación y acoso*, Comares, Madrid, 1998; muy divulgativo Miguel Lorente Acosta, *Mi marido me pega lo normal. Agresión a la mujer realidades y mitos*, Crítica, Barcelona, 2001; el mismo, *El rompecabezas: Anatomía del maltratador*, Crítica, Barcelona, 2004. Enrique Echeburúa, *Personalidades violentas*, Pirámide, Madrid, 1994; Ana I. Cerezo Domínguez, *El homicidio en la pareja: tratamiento criminológico*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000; y la misma, *La violencia en la pareja: prevalencia y evolución*, en Boldova y Rueda (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia de género*, Atelier, Barcelona, 2006, ps. 307 y ss.; María José Jiménez Díaz, “Mujer víctima doméstica, trastorno de estrés postraumático y eximente de miedo insuperable”, en L. Morillas (coord.), *Estudios penales sobre la violencia doméstica*, Edersa, Madrid, 2002; Peer Stangelad, “Malos tratos y homicidios en la pareja: una visión intercultural”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 15, 2005, ps. 241 y ss.; Elena Larrauri, *¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?*, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 12, 2003, ps. 271 y siguientes.

<sup>34</sup> En el año 2005 del total de 82.750 denuncias por violencia doméstica sólo 2.915 casos son de víctimas menores de 18 años, es decir, el índice de victimización de menores respecto del total es 28.3 veces menor que el de adultos, lo que pone de manifiesto el despropósito de tratar igual el problema de las violencias sobre los adultos y sobre los menores, sin que las cifras sobre menores carezcan de relevancia. A su vez de las víctimas mayores se refieren a víctimas mujeres 73.109 denuncias y a hombres 11.904, es decir siete veces más víctimas mujeres que hombres. En lo que a órdenes de protección se refiere las víctimas

son 859 menores frente a 29.272 víctimas mujeres mayores y 2.588 hombres, es decir, 11.3 veces más víctimas mujeres que hombres. Ver Cuadros del Observatorio de la violencia doméstica y de género del CGPJ citados en nota 9.

<sup>35</sup> En el estudio de Cerezo Domínguez, *El homicidio en la pareja*, cit., p. 389, sobre 10 años y 53 homicidios dan 54% y

14% de los factores desencadenantes de homicidio por parte de la mujeres a situaciones de victimización por malos tratos y a la defensa propia. Ver también Elena Larrauri, “Violencia doméstica y legítima defensa, un caso de aplicación masculina del derecho”, en E. Larrauri y D. Varona, *Violencia doméstica y legítima defensa*, EUB, Barcelona 1995, ps. 9 y siguientes.



materia para su comprensión general, toda vez que, además, su elaboración vino de la mano, en buena parte, de la criminología “feminista”, que como cualquier otro tipo del movimiento no podía carecer de manifestaciones o propuestas extremadas en otros aspectos, como aquellas que identifican fenómenos como la pornografía o la prostitución con la violación misma, con lo que al obstáculo de las mentalidades “tradicionales” se añadía la confusión y el rechazo en las mentalidades más “modernas” de estas propuestas neomoralizantes<sup>36</sup>.

La esencia y signo diferencial de la violencia de los hombres sobre sus parejas no es otra que la necesidad-deseo de dominio sobre la mujer. La acción violenta del hombre está psicológicamente orientada a someter a la mujer mediante un combinado de agresiones físicas y psíquicas que integran el elenco de las infracciones penales constitutivas de homicidio lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones. El sometimiento se persigue a través de la producción del miedo en la mujer, miedo a seguir sufriendo daños físicos y psicológicos en sí misma o sobre sus hijos, todo lo cual constituye ese denominado síndrome de la mujer maltratada<sup>37</sup>. En las conductas violentas y de malos tratos hay, por supuesto, dolo de lesionar –en su caso, de matar– pero lo más relevante es la voluntad más o menos intelectualmente elaborada –o incluso meramente atávica– del autor de someter a su pareja<sup>38</sup>.

Las violencias contra la mujer por parte del marido no son tanto un hecho como un proceso y lo más grave en ello no es tanto la lesión misma como la permanente exposición al peligro de repetida lesión física y el permanente dolor del sometimiento al maltrato y a la humillación, que es la esencia del atentado a la integridad moral. Los golpes y el dolor duran más o menos, pero el miedo, en no pocos casos verdadero terror, la humillación, la impotencia, la destrucción de la personalidad, la quiebra de la integridad moral hacen que estas violencias y malos tratos sean continuados y permanentes. El proceso y la dinámica de la violencia de género en la pareja están hoy perfectamente identificadas en el “ciclo de la violencia” del “síndrome de la mujer maltratada”: voluntad de dominación y sometimiento, acumulación de la tensión, explosión violenta, reconciliación o manipulación afectiva, escalada y reanudación del ciclo<sup>39</sup>.

Siendo así las cosas, resulta que la denuncia o la interposición penal no se produce casi nunca en el primer tiempo del ciclo, sino tras la fase de explosión violenta de cualquiera de los sucesivos ciclos. La formulación de la denuncia ante la policía o el juez nunca llega a producirse con ocasión de la “primera vez”. Esta circunstancia tiene varias consecuencias muy relevantes:

1) El hecho que llegue a ser objeto de denuncia por la víctima o de conocimiento por la autoridad tiene siempre un previo proceso de hechos de lesiones y peligros que no sólo es fundamental captar en la investigación y en la prueba, sino también en el propio momento de la denuncia, pues sólo así se puede apreciar el grado de exposición al peligro en que se

<sup>36</sup> Que en mi opinión ha tenido acogida, por ejemplo, en la reforma de los delitos de violación operada por la LO 12/2003 en el artículo 179. Sobre todo este asunto, en particular sobre el argumento de la pornografía, y en modo muy centrado ver una presentación de autoras y argumentos en Beleza, *Mulheres, Direito, Crime ou a perplexidade de Cassandra*, cit., ps. 353-362. Muy recomendable es el valiente artículo de Maráa Luisa Maqueda, “Feminismo y prostitución”, en *El País*, 1/4/2006.

<sup>37</sup> Ver Lorente Acosta, *Agresión a la mujer...*, cit., p. 113, Benítez Jiménez, *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar...*, cit., ps. 31 y ss., Jiménez Díaz, “Mujer víctima doméstica...”, cit., ps. 289 y ss. Labrador y otros, *Mujeres víctimas de la violencia doméstica...*, cit., ps. 24 y ss.

<sup>38</sup> Ver Miguel Lorente Acosta, *El rompecabezas. Anatomía del maltratador*, Ares y Mares, Barcelona, 2004.

<sup>39</sup> Ver especialmente Benítez Jiménez, *Violencia contra la mujer*, cit., ps. 44 y ss. y Lorente Acosta, *Agresión a la mujer*, cit., ps. 96 y ss.



encuentra la mujer y la propia naturaleza y gravedad del peligro que la amenaza, para tomar así las medidas cautelares pertinentes. Así lo ha asumido perfectamente la Ley de la orden de protección, cuyo presupuesto es, además de los indicios fundados de comisión de un delito o falta, el de “una situación objetiva de riesgo para la víctima” (art. 544 *ter*, 1 *in fine*, LECrim).

2) Es esa situación de peligro –que quien mejor la capta es, naturalmente, la víctima– la que convierte en graves hechos aparentemente menores, que de producirse por “primera vez” podrían tratarse como leves. Y esto es lo que ocurre precisamente en el espacio de las amenazas y coacciones: lo que violenta más a la víctima no es tanto el grado objetivo de la coacción o amenaza “leve” y descontextualizada, sino la significación que en verdad tiene para la víctima ese hecho leve en el contexto del proceso del síndrome de los malos tratos. Lo que para el observador externo y superficial resulta leve, para la mujer, así como para un observador atento, por las circunstancias del proceso de conflicto, puede tener un grado de credibilidad y de inexorable que la resultará bien grave. Esto es lo que creo que acontece en la vida práctica judicial: la lesión leve o el maltrato aparecen como hecho aislado, con desconocimiento de la dinámica general y concreta de la violencia de género en la pareja y, más allá de operadores jurídicos extravagantes, se termina calificando como falta lo que es grave, y que debería ser, por tanto, delito.

El debate sobre el originario artículo 153 del Código de 1995 y la posterior creación del delito de maltrato habitual contra la integridad moral en el artículo 173.2, y la nueva y distinta dimensión que toma la cuestión con la integridad moral como bien jurídico, lógicamente de contornos no muy precisos, han inducido erróneamente a no captar la dimensión de daño efectivo y real que presentan no sólo los delitos y faltas de las lesiones leves y los maltratos de obra, sino también las coacciones y amenazas leves en la salud física y psíquica, y la integridad moral que son los bienes jurídicos que tales delitos tutelan. Y hay que proclamar que son delitos y faltas de *lesión* de los respectivos bienes jurídicos y no meras puestas en peligro, ni abstracto ni concreto, aunque además de lesión se incorporen en los tipos y en la vida peligros concretos y lesiones efectivas<sup>40</sup>. Por otra parte, merece observarse que mientras que en la generalidad de las violencias interpersonales la denuncia y la subsiguiente intervención policial o judicial ordinaria basta para interrumpir la acción criminal, no ocurre lo mismo en la violencia de género. La compulsión del varón al maltrato está preordenada a la dominación y tiende a superponerse a las motivaciones ordinarias que suele producir la mera intervención de la autoridad. La consecuencia de ello es la extraordinaria necesidad de disponer de las medidas cautelares de protección, desde la orden de alejamiento a la prisión provisional, lo que, a su vez, nos muestra lo largo que resulta el ciclo de la violencia y del sometimiento al terror de la víctima, poco propicio a ser bien

<sup>40</sup> Ver exhaustivamente sobre esta polémica Gracia Martín, *Comentarios al Código penal. Parte especial*, cit., ps. 418 y ss., quien es, por otra parte, el que ve más acertadamente esta cuestión en aquel momento. Ver sobre el delito del 173 ver las monografías de Jesús Barquín Sanz, *Delitos contra la integridad moral*; y Pérez Machío, *El delito contra la integridad moral...*, citados en nota 29.

entendido por la ideología mecanicista que todavía pesa en la dogmática de los delitos de violencia<sup>41</sup>.

Por todas estas razones estimo que estuvo bien fundamentado tanto el sistema de la orden de protección, como la conversión de la falta de lesiones y de malos tratos en delito operada por la ley orgánica 11 del 2003 en el artículo 153 y, por las mismas razones, y las que añadiré más adelante, estimo que resulta razonable convertir en delitos las faltas de coacciones y amenazas leves cuando se trata de las cometidas en el marco de la violencia de género, es decir, por el hombre sobre la mujer; tal y como ha configurado la Ley Integral de 2004.

## **VI. La Ley Orgánica de protección integral contra la violencia de género de 28 de diciembre de 2004**

Lo primero y principal de esta ley es que, por vez primera, nos encontramos con una ley integral que fija y articula todas las políticas sociales y jurídicas para la lucha contra la violencia de género. Una ley de esta clase integral es reclamo fundamental de la política criminal ante problemas complejos. Se complementa así el principio de codificación con acciones y disposiciones horizontales coordinadas y con dotaciones presupuestaria que lo soporten. Por vez primera, no nos encontramos con una ley que no confía todo al Derecho Penal. Y en lo que al Derecho penal se refiere la Ley comporta las siguientes novedades:

a) Agrava la pena de los delitos de lesiones, añadiendo a las causas de agravación de las mismas previstas en el artículo 148 (empleo de armas, ensañamiento, minoría de edad o incapacidad de la víctima) la circunstancia de que la víctima “fuere o hubiere sido esposa o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia”.

Incorpora otra causa de agravación consistente en que la víctima sea una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor” (art. 148. n 5). Nada tiene que ver este supuesto ni con la violencia de género ni con las consecuencias jurídicas, civiles administrativas, laborales, etc. Que dispone el general de la Ley pero en mi opinión resultó el punto de encuentro para hacer posible en consenso que terminó llevando a la unanimidad parlamentaria en la votación final, lo que sin ser bueno para la coherencia intelectual y política de todos resulta buenísimo para la causa de la lucha contra la violencia de género.

b) En el delito de malos tratos no habituales previsto en el artículo 153, redactado por la LO 11/2003, la Ley eleva el marco mínimo de la pena privativa de libertad de 3 a 6 meses cuando se trate de violencia sobre la mujer o conviviente especialmente vulnerable, manteniendo la de 3 meses para las demás violencias domésticas.

Al incremento del mínimo de la pena de prisión se acompaña de una cláusula de atenuación facultativa: el juez podrá imponer la inferior en grado –que coincide con la común de

<sup>41</sup> Ver José Miguel Sánchez Tomás, *La violencia en el código penal*, Bosch, Barcelona, 1999.

3 meses– “en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho” sin olvidar el legislador condicionar tal efecto a que el juez lo razone expresamente en la sentencia, curándose en salud frente a lenidades. Esta cláusula la va a repetir en las restantes agravaciones que introduce. Viene a significar que cuando los hechos no representen en el caso concreto la mayor gravedad que representa la violencia de género frente a las domésticas comunes las podrá castigar el juez con la pena de éstas. No hay pues obligatoria e inevitable desigualdad en el trato de lo único que varía –el marco inferior de la pena privativa de libertad– entre la violencia de género y la doméstica común.

c) Configura como delito de amenazas las amenazas leves constitutivas ordinariamente de falta, cuando estas se profieran contra “la esposa o mujer que...” como en el 148<sup>42</sup>. La pena se incrementa sobre la falta de multa de 10 a 20 días (conforme a la nueva redacción del artículo 620. 2 de la LO 15/2003) a prisión de seis meses a un año, o trabajos al servicio de la comunidad de 31 a 80 días.

Esta pena se acompaña de la cláusula de atenuación facultativa a la que se ha hecho antes referencia. El nuevo delito parte pues de la consideración de que las amenazas leves cuando sean de género son conductas más graves que las demás, conforme al saber empírico y criminológico. Pero para permitir correcciones por el injusto y la culpabilidad prevé la cláusula de reducción de la pena en un grado, es decir, por seguir la argumentación antes expuesta, para cuando excepcionalmente en la práctica el hecho denunciado fuere propiamente “la primera vez” y sin la situación de riesgo propia del desarrollo de síndrome.

d) Configura como delito de coacciones en el artículo 172, 2, con pena de seis meses de prisión a un año o trabajos de 31 a 80 días, la coacción leve, normalmente constitutiva de falta, cuando se efectúe sobre la esposa o..., etc., que en los demás casos se regirá por lo dispuesto por la falta regulada por la LO15/2003 en el artículo 620.2 y las realizadas sobre los sujetos de la relación doméstica del artículo 173.2 se penan con localización permanente de 4 a 8 días, con alejamiento respecto de la víctima o con trabajos de 5 a 10 días.

e) La ley dispone la modificación del delito de quebrantamiento de condena, que en la versión de la LO 15/2003 también se modificó con un incremento punitivo.

Pero ahora se eleva el mínimo de la pena a prisión de tres a seis meses para el quebrantamiento de las penas así como de las medidas de la orden de protección en los casos relativos al círculo de víctimas de artículo 173.2. Este incremento resulta necesario y justificado desde el principio de proporcionalidad pues los quebrantadores de la pena y la medida de protección de alejamiento, etc., no sólo lesionan el bien jurídico de la Administración de Justicia, sino que pone en peligro la seguridad de la víctima a quien se trata de proteger, generando en ella el fundado temor a la continuación del maltrato, del ciclo de la violencia y de nuevos riesgos y peli-

<sup>42</sup> De menor relevancia para lo que ahora nos ocupa es que como n° 4 del artículo 171 sitúa las amenazas leves con armas u otros objetos peligrosos frente a las personas del círculo del 173.2, que desde la LO 11/2003 se había residenciado en el artículo 153, pero excluye las proferidas contra el cónyuge que considera implícitas en el apartado anterior.

gros. Esa pérdida psicológica y material de la seguridad que proporciona la orden de protección no es un mero peligro abstracto o concreto, sino un daño efectivo para la mujer. Bien es cierto que el asunto se plantea sistemáticamente así en la realidad de la violencia de género y no en las demás violencias domésticas.

f) La Ley aborda la regulación de la suspensión de las penas, que se condiciona en las violencias de género al cumplimiento de la prohibición de acudir a determinados lugares, a la orden de alejamiento y prohibición de comunicación con la víctima y a participar en programas formativos específicos (art. 83,1 *in fine*). A su vez, se dispone que el incumplimiento de las condiciones antes mencionadas durante el período de suspensión de la pena privativa de libertad comporta la revocación de automática de ésta si se trata de delitos de violencia de género (art. 84.3, CP). En el mismo supuesto de estos delitos sólo se permite sustituir la pena de prisión por la de trabajos en beneficio de la comunidad acompañados de programas de reeducación y tratamiento psicológico<sup>43</sup>, excluyendo la multa (artículo 88.1 dos últimos párrafos).

g) Concluye la parte penal sustantiva de la Ley con una cláusula dirigida a que la Administración penitenciaria incorpore programas específicos de violencia de género y programas específicos para los maltratadores, que es una experiencia clínicamente recomendada aunque extraordinariamente compleja<sup>44</sup>.

## VII. Constitucionalidad de las novedades punitivas de la ley

1. Tras lo expuesto, creo que no se puede razonablemente ni pensar que con la punición penal específica y diferenciada de las violencias de género respecto de las demás violencias domésticas nos encontremos ante un tratamiento desproporcionado o discriminatorio. Bien al contrario, esas lesiones y coacciones y amenazas que en las relaciones interpersonales pueden ser leves, y seguir siendo faltas, si se producen en el marco de conflicto de género en la pareja y en los términos que describe el síndrome de la mujer maltratada, son materialmente más graves y deben convertirse en más graves y, por lo tanto, ser tratadas como delito, procesal y materialmente, es decir, con pena de delito y con posibilidad de prisión provisional por delito. Además, puede razonablemente alegarse que aunque la regla general e valoración de la gravedad sea la mantenida, no se puede excluir el que al juez pueda llegar una amenaza o coacción propiamente leve, aislada por completo de toda situación de conflicto, y por lo tanto carente del desvalor de acción y de resultado que he expuesto como común u ordinario. Para neutralizar lo que en tal caso pudiera ser un exceso se ha incorporado en todos los supuestos en los que se ha incrementado la pena mínima la cláusula de atenuación facultativa de la pena.

Procede ahora que según mi criterio se ha expuesto la naturaleza propia de la violencia de género en la pareja, el

<sup>43</sup> Asunto este que además de su carácter científicamente crítico va a representar el camino de huida del Derecho penal de estos penados, ver algunas referencias críticas, por ejemplo, en [www.observatoriodelaviolencia.com](http://www.observatoriodelaviolencia.com), con referencias a los más pioneros.

<sup>44</sup> Ver Echeburúa, Fernández Montalvo y De la Cuesta, "Articulación de medidas penales y de tratamiento psicológico en los hombres violentos en el hogar", en *Psicopatología clínica, legal y forense*, I, 2, 2001, ps. 19 y ss.

abordar la cuestión de la constitucionalidad de la creación de tipos que tienen por sujeto activo al varón y por víctima a la mujer. Aunque el furioso informe de la mayoría del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley situara el debate en el errático espacio de la discriminación positiva, al considerar que toda la ley, y especialmente las cláusulas punitivas y procesales se fundamentaba en una discriminación *de sexo*, creo que tras lo descrito nadie puede pensar que nos encontremos en la reforma penal realizada ante un supuesto de discriminación positiva o negativa alguno, y aún menos *de sexo*<sup>45</sup>. Estamos ante la tipificación de modo autónomo de un comportamiento con las dosis de gravedad y de propiedades materiales de la conducta y sus efectos que sólo se presenta en las violencias del hombre sobre la mujer en la pareja y no de la mujer sobre el hombre. Los daños que sobre la salud y libertad de la mujer se producen en el contexto del síndrome de la mujer maltratada por vía de lesiones, amenazas y coacciones son más graves que cualquiera otras lesiones, amenazas y coacciones interpersonales comunes de mujeres sobre hombres dentro de la pareja, o de hombres sobre mujeres con quienes no tengan ni hayan tenido la relación de pareja.

Podría alegarse que son también “más graves” que las lesiones, amenazas y coacciones comunes las infligidas a menores y mayores dependientes. Pero esto es cierto sólo si tales personas se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad y en ese caso lo que procede es castigar más gravemente a los que lesionan o maltratan a personas vulnerables del círculo doméstico, pero no incluyendo genéricamente a menores o ancianos, primos y tíos, huéspedes temporales y ancianos que se valen por sí mismos, y que deja fuera a quien siendo mayor, resulta estar desvalido por ser, por ejemplo, parapléjico, como ocurría en el derecho anterior y sigue en parte ocurriendo en éste. Pero tampoco creo que estos tipos de violencias interpersonales están provistos de las mismas características materiales de gravedad y de relaciones de peligro que las violencias sobre las mujeres<sup>46</sup>, como se manifiesta en la propia práctica de la orden de protección, y en especial de las variantes de alejamiento y prohibiciones de comunicación, pues, como se evidencia en la estadística, no son relevantes sus aplicaciones a las violencias sobre menores y ancianos<sup>47</sup>. Con todo, el legislador ha sido prudente y ha incluido con el mismo grado de protección de las víctimas de género a las personas desvalidas que convivan en el domicilio: personas *especialmente vulnerables* que convivan con el autor<sup>48</sup>.

Pero ni con la cláusula de vulnerabilidad ni sin ella deja de ser cierto que no nos hallamos ante cláusulas discriminatorias, ni positivas ni negativas, sino con distinciones por razón de la gravedad de los hechos. No obstante, el que buena parte de las más de 100 cuestiones de constitucionalidad planteadas hasta el momento se fundamenten en la duda sobre la discriminación de sexo obligará a argumentar sobre la teoría de la discriminación positiva y sus límites<sup>49</sup>, pero

<sup>45</sup> Cfr. Lorenzo, *La violencia de género*, cit. p. 17.

<sup>46</sup> Cfr. Benítez, *Violencia contra la mujer*, cit., ps. 27 y ss. con referencias y Miguel Lorente Acosta, en todos los lugares.

<sup>47</sup> Caso distinto es el de las violencias y pertinentes medidas de protección contra menores violentos respecto de sus padres, que es fenómeno creciente pero que nada tiene que ver ni con el sexo de los menores ni con el de sus Señorías (del Consejo) ver al respecto José Luis de la Cuesta Arzamendi, *El maltrato de personas mayores*, IVAC, Donosita 2006.

<sup>48</sup> Cfr. Lorenzo, *La violencia de género en la ley integral*, cit. p. 9. En efecto, nada tiene esto que ver con los presupuestos y consecuencias jurídicas del conjunto de la Ley Integral, pero resultó un buen punto de encuentro para pasar en el Parlamento de la batalla campal a la unanimidad en la votación de la ley, aunque con amplios “daños colaterales” en las instituciones.

<sup>49</sup> Así lo han hecho ya sobradamente David Giménez Glück e Isabel Valdecabres en *La Administración de Justicia en la Ley Integral de violencia de género*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, ps. 45 y ss.

siempre se volverá a lo mismo: al reconocimiento, o al empeinamiento en negarlo<sup>50</sup>, de la singularidad material y de daño de la violencia de género en la pareja frente a las demás violencias interpersonales.

Todo lo anterior se puede formular en los términos más propios de la dogmática penal en del modo siguiente: El principio constitucional de igualdad requiere que en las incriminaciones penales, en la configuración típica y en la pena, no se traten de modo desigual, privilegiada o agravatoriamente, conductas cuyo valor de acción y de resultado sean iguales. Se dice lo mismo cuando los penalistas nos expresamos con la fórmula de que no se pueden hacer distingos de incriminaciones o de pena ante conductas lesivas del propio bien jurídico que ofrecen el mismo grado de injusto y de culpabilidad. A su vez, resulta legítimo constituir tipos agravados sobre los comunes o básicos de lesiones, amenazas y coacciones, para captar en ellos el mayor desvalor de acción en los tres supuestos y el mayor desvalor de resultado en las amenazas y con mayorías acompañantes del espectro ideológico hirsuto de las Cortes, aunque siempre resultará discutible el lema que inspiró tantos años al Conde-Duque de Olivares: vale más una mala paz que una buena guerra. Coacciones que representan los casos de violencia masculina generadora del síndrome de la mujer maltratada. En estas conductas el grado de injusto es mayor, pues el daño sobre la libertad, la seguridad y la integridad de la mujer es mayor, y también es mayor el grado de culpabilidad, pues resulta más reprochable la motivación que inspira al autor de la violencia de género.

### VIII. Conclusiones

La Ley Orgánica representa el cierre del largo e intenso proceso legislativo para afrontar el problema de los malos tratos a través de una Ley de carácter integral, que abarca todos los aspectos institucionales, asistenciales, económicos, penales y procesales. En su dimensión penal sustantiva mediante la creación de tipos autónomos agravados para los supuestos de violencia de género, de hombres sobre sus parejas, que es una realidad criminológica material, conocida como síndrome de la mujer maltratada, y que presenta mayor desvalor de acción y de resultado que en las demás violencias interpersonales, razón por la cual este tratamiento no resulta ni discriminatorio ni inconstitucional, ni tampoco sus demás correlatos, como son la protección penal singularizada y agravada del cumplimiento del sistema de medidas de protección con el nuevo delito de quebrantamiento de condena, ni sus dimensiones procesales, que concentra todas la competencias penales y civiles en el mismo órgano judicial, lo que permitirá una más eficaz coordinación interinstitucional de la investigación y de la protección inmediata a la víctima en sus bienes jurídicos propios, así como en lo que se refiere a la aplicación del derecho de familia.

<sup>50</sup> Y las cuestiones de constitucionalidad parece que se orientan más en el empeinamiento en negar la realidad de esa violencia que en el mero no verla, parece como si sólo vieran sexo. Ver críticamente las primeras cuestiones planteadas en M. L. Maqueda, *La violencia de género*, cit., p. 12; también, Olga Fuentes Soriano, "La constitucionalidad de la LO de medidas de protección integral contra la violencia de género", en *La Ley* 18 nov. 2005.



# Sistema de Responsabilidad para los menores de 18 años autores de un hecho catalogado por el Código Penal\*

Arsenio F. Mendoza\*\*

Para introducirnos en el desarrollo de esta ponencia estimo conveniente alguna aclaración previa respecto del título donde evito formulaciones comunes y reiteradas para deslizarme hacia una nueva propuesta sobre un sistema de responsabilidad.

Uso el término sistema con el alcance que le da el diccionario: conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí. Refiero entonces a la arquitectura equilibrada o lógica sobre la responsabilidad que debe nacer cuando un hecho de los catalogados por el Código Penal, es de autoría de una persona menor de 18 años de edad.

En procura de obtener los datos imprescindibles para contextualizar la lectura e interpretación del derecho internacional e internacional, sus principios rectores y su correspondencia con ambos consensos, estimo necesario dar una ligera mirada sobre el escenario internacional en el que se consagra la normativa que ingresa en el derecho interno y a la que debemos ajustar este sistema de responsabilidad que se pretende aplicar a las personas menores de 18 años de edad.

## I. Escenario internacional

El milenio que dejamos, a más de dos guerras mundiales, enfermedades sociales, egoísmos manifiestos, odiosas desigualdades, carencias insospechadas, entre tantas penurias, nos deja como fenómeno positivo la entronización y reconocimiento de los derechos humanos. Cobra relieve la dimensión cuando se lo observa en el desarrollo histórico tomado desde una perspectiva jurídica.

En tal sentido, apreciamos que, desde el derecho romano, la idea fuerza de las sociedades fue lograr certidumbre y orden en aras de establecer un *jus commune*. Luego, en la edad media, la Iglesia y su notable influencia normativa, elimina esa tendencia para recopilar leyes y disposiciones fuertemente dominadas por un sentido cultural metafísico. Tras ello vino el tiempo de la codificación, expresión genuina del Iluminismo y de la cultura occidental moderna. Los códigos se redactan con un obsesivo afán de claridad, donde son ejemplos grandilocuentes el Código Napoleón con su florido lenguaje. Esta es una diferencia intrínseca con las recopilacio-

\* Disertación en el V Congreso de la Asociación Internacional Mercosur de los Jueces de la Infancia y Juventud: "Justicia para crecer en libertad", 24 al 27 de octubre 2007. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Esta disertación ampliada, como información, y trabajos relacionados se pueden consultar en la web [www.defensapropia.org.ar](http://www.defensapropia.org.ar).

\*\* Defensor General de la provincia de Entre Ríos. Si bien no pertenece al Ministerio Público de la Defensa, lo consideramos "nuestro", y en homenaje a su misión, los otros defensores provinciales lo incluimos en esta sección.

nes, que con otra intención, utilizaron una técnica expresiva barroca, con reiteradas insistencias conceptuales (en razón de compilar leyes de naturaleza diversa) y teñidas de una retórica de difícil lectura. La codificación tiene un éxito notable. Se difunde por Europa en el siglo XIX y hegemoniza los modelos normativos. Al mismo tiempo, venía acompañando la formación del Estado moderno, un suceso paralelo: el constitucionalismo<sup>1</sup>.

Lo más notable de la evolución lo refleja la forma como se implementan los ordenamientos jurídicos. Había nacido el paradigma de la rigidez constitucional, pues debía permanecer en sus términos como un baluarte de ejemplos sociales y políticos a seguir en la medida que, siendo las libertades la base esencial del sistema, no podía pensarse en modificarlos. Por eso y para eso las constituciones fueron leyes fundamentales afianzadas por los modelos de permanencia y eternidad.

Este constitucionalismo nos permite imaginar una paralelo entre derechos fundamentales, garantías y democracia constitucional, perfilando un nuevo prototipo en el que los derechos fundamentales –políticos, civiles, de libertad y sociales– aparecen solemnemente consagrados en las constituciones de todos los países civiles como dimensiones sustanciales de la democracia, llamada por ello mismo “constitucional”, y han sido proclamados en las Declaraciones, Pactos y Convenciones internacionales, hasta haberse vuelto la principal fuente de legitimación y, en caso de que sean violados, de deslegitimación de cualquier orden jurídico y político, tanto estatal como internacional.

Mientras desde Naciones Unidas se avanza con el reconocimiento y protección de los derechos humanos de primera generación, la Iglesia consagra las encíclicas que cobijan los derechos sociales, y tras ello vienen los pactos de derechos civiles, políticos, sociales, culturales y económicos, que instalan en el concierto internacional los derechos humanos de segunda generación. Más recientemente, en la década de los ochenta aparecen los derechos colectivos y los intereses difusos como parte de los derechos humanos de tercera generación.

Como lo enseña Ferrajoli, con *la constitucionalización de los derechos fundamentales cambió la naturaleza tanto del derecho como de la democracia*. Ahora, la validez del derecho ya no depende sólo de las formas legislativas de sanción, sino también de sus contenidos, ya que no puede derogar los principios y los derechos establecidos constitucionalmente, por que resultaría inválido. “Simultáneamente, *cambió la naturaleza de la democracia, que ya no consiste sólo en la omnipotencia de las mayorías y, por lo tanto, en su dimensión política o formal, sino también en los límites y vínculos de contenido que le impone como su dimensión sustancial, lo que podemos llamar “esfera de lo que no es posible decidir”: la esfera de aquello que ninguna mayoría puede decidir, esto es, la lesión*

<sup>1</sup> Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “Los efectos de las sentencias de la corte interamericana de derechos humanos en el derecho interno”, en *Libro Homenaje a Héctor Fix Zamudio*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Costa Rica, 1998.

de los derechos de libertad, y la esfera de aquello que ninguna mayoría puede dejar de decidir, esto es, en cambio, la no satisfacción de los derechos sociales”<sup>2</sup>.

Considera el autor que se trató de un cambio sustancial de paradigma tanto del derecho como de la democracia, que no por casualidad se produjo a partir de la derrota del nazifascismo y de las catástrofes de las dos guerras mundiales. De allí, el “nunca más” impuesto al derecho y a la política bajo la forma de límites y vínculos a los poderes supremos, a través de esos pactos de convivencia que son las constituciones rígidamente puestas por encima de la legislación ordinaria. De allí, la dimensión sustancial insertada junto a la formal, tanto en el derecho como en la democracia, que ya no se vinculan sólo a las normas formales que establecen el “quién” y el “cómo” de las decisiones, sino también a las normas sustanciales –la paz y los derechos humanos– que establecen “qué” es lo que no se permite decidir (la violación de los derechos de libertad) y “qué” es lo que no se permite dejar de decidir (la satisfacción de los derechos sociales).

Pero cuando todo parecía indicar que los derechos humanos, la democracia constitucional y el constitucionalismo social habían encontrado la ruta apropiada para iniciar la carrera hacia la igualdad de los habitantes del universo, aparecen los primeros obstáculos serios hacia el interior de cada estado con las violaciones masivas de esos derechos como las prisiones de Guantánamo y de Abu Ghraib (Irak), o las leyes de emergencia, restrictivas de la libertad personal en Estados Unidos e Inglaterra, y, por otra parte, en la disolución de las garantías de los derechos de los trabajadores y el progresivo desmantelamiento de la esfera pública y del Estado social, fomentado por las actuales políticas neoliberales. Aquel “nunca más” no fue respetado en el orden internacional, donde las promesas de paz y de protección de los derechos fundamentales se redujeron a su mera enunciación discursiva.

Para ello, agrega el autor, se retomó la doctrina autoproclamada de la “guerra justa”. En el último decenio se quebrantó al menos en cuatro oportunidades la prohibición de la guerra, que es la norma fundamental del orden internacional establecido por la Carta de las Naciones Unidas. La guerra, con su carga implícita de víctimas inocentes, ha sido rehabilitada como instrumento de solución de las controversias internacionales o, peor aun, ha sido propuesta, como en los casos de Afganistán y de Irak, como una nueva y absurda forma de intervención policial y de “justicia” penal sumaria.

Por otro lado, como si se tratara de la generación de sus anticuerpos, el poder internacional instala como nuevo condicionante de los derechos fundamentales la globalización económica, que pone al desnudo un plano jurídico carente de derecho público internacional, idóneo para regular los grandes poderes económicos transnacionales, los que se sustraen al rol normativo de los derechos públicos nacionales y se

<sup>2</sup> Ferrajoli, Luigi, “Democracia y derechos fundamentales frente al desafío de la globalización”, *La Ley*, 6/12/2005.

transforman en poderes desregulados y salvajes: un vacío de derecho público colmado, inevitablemente, por el derecho privado, de formación contractual, producido por las empresas mismas, sustituyendo así las formas tradicionales de la ley, regresando a la vigencia de la ley del más fuerte. De ello ha derivado una anomia general y una regresión neo-absolutista tanto de las grandes potencias como de los grandes poderes económicos transnacionales: lo cual constituye un neo-absolutismo regresivo que se manifiesta en la ausencia de reglas, condición manifiestamente asumida por el capitalismo globalizado actual, como una suerte de nueva Grundnorm del así llamado nuevo orden económico y político internacional<sup>3</sup>.

En ausencia de una esfera pública mundial, el efecto más evidente de la globalización es el crecimiento constante de la desigualdad, signo de un nuevo racismo que considera inevitables a la miseria, al hambre, a las enfermedades y a la muerte de millones de seres humanos considerados sin valor. Los datos mundiales de la desigualdad y la pobreza son espantosos. Se puede ejemplificar diciendo que el diez por ciento de la población mundial posee el noventa por ciento de la riqueza. Nos recuerda los parlamentos del doctor Pangloss y su fatalismo en la novela del Cándido (Voltaire).

“El fracaso del constitucionalismo democrático se debe a la ausencia, sobre todo en el derecho internacional, de garantías y de instituciones de garantía que estén a la altura de los nuevos problemas y de los nuevos poderes extra –o supra–nacionales. El orden internacional –salvo la institución de la Corte penal internacional–, se ha quedado sustancialmente privado de instituciones de garantía”. Pese a todas sus cartas y convenciones de derechos humanos, el orden internacional se puede comparar a lo que sería un orden estatal compuesto sólo por una constitución, sin las leyes necesarias para su actuación y aplicación (Luigi Ferrajoli, “Democracia y derechos fundamentales frente al desafío de la globalización”, *La Ley*, 6/12/2005).

En definitiva, la carrera hacia la igualdad de los habitantes del universo identificada con la vigencia de los derechos fundamentales pertenecientes al constitucionalismo social, se encontró con el paredón de la globalización económica y las intervenciones de hecho que ejercieron los gendármenes de la humanidad. Es extremadamente importante tener presente este escenario internacional para saber donde se coloca quien pretende modificar el régimen jurídico de las personas menores de edad involucradas en un hecho catalogado por el Código Penal. Será muy distinta su concepción si su lugar es el de la vigencia de los derechos humanos y de la democracia constitucional, a que si se sitúa con la globalización promotora del poder transnacional y las intervenciones bélicas en nombre de la paz universal.

Claramente me coloco en la primera opción y desde allí avanzaré en el análisis del marco normativo internacional.

<sup>3</sup> Kelsen, analizando la estructura de los sistemas jurídicos llegó a la conclusión de que toda norma obtiene su validez de una norma superior, remitiendo su validez hasta una norma hipotética fundamental cuya validez es presupuesta y no cuestionada, la Grundnorm, y que situó en el Derecho internacional. De ahí que defendiera la primacía del Derecho internacional sobre los ordenamientos nacionales. Establece además la validez de la norma en su modo de producción y no en el contenido de ella “una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundamental básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y sólo por ello, pertenece la norma al orden jurídico...”.

## II. Marco normativo

Favorece el entendimiento de la operatividad del sistema internacional, recurrir a los pronunciamientos emanados de sus propios órganos, y en este tema puntual estimo oportuno recordar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, dictada el 26 de septiembre de 2006, y en especial el comentario realizado por el profesor Humberto Nogueira Alcalá<sup>4</sup>.

Explica este autor: “en el ámbito chileno, las normas derivadas de la adopción de la Convención Americana de Derechos Humanos, son normas internacionales incorporadas al derecho interno, por lo cual deben ser aplicadas por la jurisdicción interna como fuente de nuestro ordenamiento jurídico, además de ser normas internacionales cuyo intérprete supremo es la Corte Interamericana de San José de Costa Rica”. Lo mismo sucede en la Argentina y en los países signatarios del tratado.

En consecuencia, sigue diciendo, el juez nacional, al resolver los casos específicos de los cuales conoce en el ámbito de su competencia, puede y debe realizar la interpretación de las normas convencionales incorporadas al derecho interno en clave convencional, debiendo necesariamente tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Agrega: una vez que los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos entran a formar parte del derecho interno, ellos contribuyen a delimitar y configurar los derechos asegurados constitucionalmente o a asegurar nuevos derechos esenciales en la medida que la propia Convención Americana los considere tales y el Estado lo haya asumido al ratificar en sus términos la respectiva Convención, sin que ellos puedan modificar o suprimir derechos expresamente asegurados por el texto constitucional.

Es por eso que, sostiene, ambas fuentes normativas, la Constitución y los tratados otorgan a los derechos humanos o fundamentales el carácter de límites a la potestad estatal y derivaciones directas de la dignidad humana, donde sus diversas formas normológicas de expresión se integran y complementan recíprocamente a través de la interpretación y determinación del conjunto de facultades que integra cada derecho y sus fronteras o límites.

Tal delimitación adquiere un halito especial en este tema donde la Convención Internacional de los Derechos del Niño exige a los estados firmantes “el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños”, además del “establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir la leyes penales”, a la manera de una frontera que el sistema penal de los adultos no podrá franquear de ninguna forma.

Retomando el trabajo de Nogueira Alcalá, este advierte que los jueces nacionales deben realizar una lectura de las

<sup>4</sup> Alcalá, Humberto Nogueira, “Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano*”, vol. 12, n° 2, *Ius et Praxis*, 2006, ps. 363-384. Disponible en: [www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122006000200013&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200013&lng=es&nrm=iso).

normas de origen convencional y de la jurisprudencia, el no hacerlo compromete la responsabilidad internacional del Estado, ya que siempre está abierta la vía a toda persona para obtener el amparo internacional de sus derechos, pudiendo el problema llegar a ser conocido por vía jurisdiccional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como ya ha sucedido en los casos “La última tentación de Cristo”, el caso “Palamara” y el caso “Almonacid Arellano”, con el consiguiente costo jurídico, político y económico para el Estado chileno.

El autor asigna a la Corte Interamericana, una función nomofiláctica<sup>5</sup> en materia de derechos humanos, frente a la cual, se puede apreciar una cierta resistencia cultural de una formación jurídica de la primera parte del siglo XX, que no responde a la realidad actual, ya sea por desconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos o simplemente por la voluntad de ignorarlo, ambas conductas inexcusables a esta altura del siglo XXI y después de dieciséis años de vigencia en Chile de la Convención Americana y de la competencia jurisdiccional vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En razón de ello advierte: “la magistratura ordinaria debe entender que, especialmente en materia de derechos humanos, los principios de *ius cogens*<sup>6</sup>, el derecho consuetudinario internacional, el derecho convencional internacional y la jurisprudencia de los tribunales supranacionales en la materia, juegan una función trascendente y central, estructurando un estándar mínimo que no puede sobrepasarse y que debe ser seguido por las jurisdicciones nacionales, ya que ello contribuye a una similar tutela nacional y supranacional de los derechos, debiendo existir no una posición ‘confrontacional’ sino de colaboración entre ambas jurisdicciones, tanto por motivos funcionales como sustantivos, ya que los tribunales nacionales tienen también el deber constitucional de asegurar, garantizar y promover los derechos fundamentales, como lo exige el artículo 5° inciso 2° de la Constitución Chilena”.

Aclarado ello, corresponde introducirnos en la consideración de esa normativa internacional que nos autoriza a pensar un sistema autónomo de responsabilidad para las personas menores de 18 años de edad.

No caben dudas que para esta franja etaria rige a pleno la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que introduce por remisión de su preámbulo la siguiente normativa: Carta de las Naciones Unidas; Declaración Universal de Derechos Humanos; Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacionales e

<sup>5</sup> Se dice especialmente de la función o cometido de ciertos tribunales que, al tener atribuida la competencia de definir el derecho objetivo, atienden en sus sentencias más a esta finalidad que a la cuestión concreta que enfrenta a las partes del proceso (RAE).

<sup>6</sup> De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, son aquellas normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario.



internacional, ONU resolución 41/85, 3/12/1986; las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing, anteriores a la Convención); y la declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estado de emergencia o de conflicto armado. Estas disposiciones conforman un trabado *ñandutí* de derecho tuitivo originado en el sistema internacional e ingresados a cada país por la vía directa de la adhesión o, como en el caso argentino, por inclusión en la Constitución Nacional.

Completan esta grilla de normativa internacional los otros tratados suscriptos por los países del Mercosur, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y su Protocolo de San Salvador, la Convención de Viena, las Directrices de RIAD (1990), sobre prevención de la delincuencia juvenil, las Reglas de La Habana (1991) para los jóvenes privados de la libertad y las Reglas de Tokio, medidas no privativas de la libertad (1990).

Doctrina y Jurisprudencia son contestes en admitir la operatividad de estos compromisos internacionales, e incluso destacan el rol jurisdiccional cuando las legislaturas son morosas en sancionar los instrumentos idóneos para facilitar la vigencia de éstos<sup>7</sup>.

Esta orientación hermenéutica encuentra eco, entre otros, en el caso “Bulacio vs. Argentina”, sentencia de 18 de septiembre de 2003, donde entre otras cosas la Corte Interamericana advirtió (n° 116): “este Tribunal ha señalado que *son inadmisibles* las disposiciones de prescripción o *cualquier obstáculo de derecho interno* mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos<sup>8</sup>. La Corte considera que las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana requieren de los Estados Parte *la pronta adopción de providencias de toda índole* para que nadie sea sustraído del derecho a la protección judicial<sup>9</sup>, consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana”.

Reafirma esa orientación a renglón seguido (n° 117): “*ninguna disposición o instituto de derecho interno*, entre ellos la prescripción, *podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte* en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de una protección efectiva. Este entendimiento de la Corte está conforme a la letra y al espíritu de la Convención, así como a los principios generales del derecho; uno de estos principios es el de *pacta sunt servanda*, el cual requiere que a las disposiciones de un tratado le sea asegurado el *efecto útil* en el plano del derecho interno de los Estados Parte<sup>10</sup> (*infra* 142).

Cierra el enfoque con un aserto similar al que ha hecho nuestra Corte en el caso “Ekmekdjian, Miguel A. c/Sofovich, Gerardo y otros” citado más arriba, cuando dice: (n° 118) “De

<sup>7</sup> Esta exégesis es recibida en doctrina, especialmente en el pronunciamiento atinente a la operatividad de la Convención de los Derechos del Niño y demás tratados incorporados a la CN por el art. 75 inc. 22, dentro de los que podemos referir: Bidart Campos, Germán, “La aplicación judicial de la Convención sobre los Derechos del Niño”, *El Derecho*, ps. 150-515; Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El Derecho Constitucional del menor a ser oído”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 7, Rubinzal-Culzoni, ps. 168 y ss.; Grosman, Cecilia, “Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño en las relaciones de familia”, *La Ley*, 1993-B-1091; X Congreso Internacional de Derecho de Familia “El derecho de familia y los nuevos paradigmas”, Mendoza, del 20 al 24 de septiembre de 1998. Comisión n° 2: El niño como sujeto de derecho. El interés superior del niño en las distintas instituciones jurídicas, III. Derecho del niño a ser oído. Si bien la Comisión consideró necesario dictar normas procesales adecuadas para una mejor aplicación; CSJN, *in re* “Wilner c/Oswald”, Sentencia del 14/6/1995, *La Ley*, 1996-A-260, actuando en consecuencia como directiva expresa en toda cuestión que pueda afectar al niño.

<sup>8</sup> Cfr., caso “Trujillo Oroza”, Reparaciones, *supra* nota 30, párr. 106; Caso Barrios Altos, *supra* nota 3, párr. 41; y caso Barrios Altos, Interpretación de la Sentencia de Fondo (art. 67, Convención ADH), Sentencia del 3 de septiembre de 2001, Serie C N° 83, párr. 15.

<sup>9</sup> Cfr. caso “Barrios Altos”, *supra* nota 3, párr. 43.

<sup>10</sup> Cfr. caso “Cinco Pensionistas”, *supra* nota 4, párr. 164; Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, *supra* nota 5, párr. 112; y Caso Trujillo Oroza, Reparaciones, *supra* nota 30, párr. 96.

conformidad con los principios generales del derecho y tal como se desprende del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, *las decisiones de los órganos de protección internacional de derechos humanos no pueden encontrar obstáculo alguno en las reglas o institutos de derecho interno para su plena aplicación*".

Ante otra situación similar, la Corte Interamericana apuntó "de conformidad con lo estipulado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados", es un principio básico del Derecho Internacional que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas<sup>11</sup>. Los Estados no pueden incumplir estas obligaciones convencionales alegando supuestas dificultades de orden interno<sup>12</sup>. Por tales razones, la regulación procesal penal del Paraguay aplicada en el proceso seguido contra el señor Canese no podía ser invocada por este Estado para incumplir la garantía de razonabilidad del plazo al juzgar a la presunta víctima, de conformidad con la obligación a su cargo contemplada en el artículo 8.1 de la Convención Americana (caso "Ricardo Canese vs. Paraguay", CIDH, sentencia del 31/8/2004).

Los antecedentes referidos nos autorizan a sostener que, con igual rango jerárquico al ya referido, se suman al derecho interno las siguientes normas internacionales: Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (ONU resolución 45/113, 14/12/1990), Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD) (ONU, resolución 45/112, 14/12/1990), Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, del 14 de diciembre de 1990, los protocolos adicionales, las observaciones, opiniones consultivas, jurisprudencia y en definitiva los pronunciamientos emanados de los órganos que se han reconocido en los compromisos suscritos por cada país, por que ellos conforman un entramado armónico imprescindible de valorar en la labor interpretativa.

Con este cristal intentaremos percibir cómo debe ser el régimen de responsabilidad de los menores de 18 años de edad cuando resultan involucrados en la autoría de un hecho catalogado por la ley penal. La tarea de intérprete será la de diseñar una estructura ajustada a estas nuevas disposiciones de origen internacional y raigambre constitucional. Para ello recurriré a algunos conceptos fundantes de este nuevo derecho de menores.

<sup>11</sup> Cfr. caso "Juan Humberto Sánchez", Interpretación de la Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones (art. 67 Convención ADH), Sentencia del 26 de noviembre de 2003, Serie C Nº 102; párr. 60; caso "Bulacio", Sentencia del 18 de septiembre de 2003. Serie C Nº 100, párr. 117; y caso "Barrios Altos", Interpretación de la Sentencia de Fondo (art. 67 Convención ADH), Sentencia del 3 de septiembre de 2001, Serie C nº 83, párr. 17.

<sup>12</sup> Cfr. caso "Bulacio", supra nota, párr. 144; caso "Trujillo Oroza", Reparaciones (art. 63.1 Convención ADH), Sentencia del 27 de febrero de 2002, Serie C nº 92, párr. 106; y caso "Barrios Altos", Sentencia del 14 de marzo de 2001, Serie C, nº 75, párr. 41.

## II. Sujeto de derecho

En el citado marco normativo, el sujeto de derecho se denomina “niño” y es definido por la CIDN, como toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que la ley local fije antes su mayoría de edad (art. 1). Tal es la persona destinataria del andamiaje tuitivo que despliega la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

El principio dinámico que alimenta y orienta al sistema protectorio es que debe observarse como criterio de intervención el de atender el *interés superior* y asegurar la protección y el cuidado necesario para su bienestar (art. 3).

Desde la labor exegética se debe delinear el contenido de ese principio eficiente, lo que en una primera aproximación podemos extractar diciendo que se propone facilitar el desarrollo del niño y evitar el maltrato.

A esa conclusión arriba al cotejar la normativa de la Convención dentro de la que refiero: incumbe a los padres la responsabilidad primordial de la crianza y el *desarrollo* del niño (art. 18.1); el niño tiene derecho a un nivel de vida adecuado para su *desarrollo* físico, mental, espiritual, moral y social (art. 27); que la educación debe ser encaminada a *desarrollar* la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades (art. 29.1); que para el pleno y armonioso *desarrollo* de su personalidad el niño debe crecer en el seno de la familia (Preámbulo); que deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo, lograr su integración social y su desarrollo cultural y espiritual al máximo posible (art. 23); que el Estado ha de garantizar la supervivencia y el *desarrollo* del niño (art. 6.2); que se ha de tener en cuenta las opiniones del niño en función de su edad y *madurez* (art. 12.1); que ha de guiarse al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la *evolución de sus facultades* (art. 14.2); que el niño debe estar protegido de lo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud, o para su *desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social* (art. 32); finalmente se comprometen los Estados a respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, *en consonancia con la evolución de sus facultades*, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención (art. 5).

Esta disquisición se compadece con la alineación que por Opinión Consultiva OC-17/2002, del 28 de agosto de 2002, ha definido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al decir (nº 1): los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección (art. 19, Convención ADH). Seguidamente (nº 2) pronuncia: la expresión “interés superior del

niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

El contrafrente de esta visión se encuentra en el compromiso de los Estados de proteger al niño de toda forma de perjuicio, abuso físico, abuso mental, descuido (art. 9), trato negligente, malos tratos, explotación, abuso sexual, mientras este bajo custodia de sus padres, representante legal u otra persona que lo tenga a su cargo (art. 19).

En la trama de protección de este sujeto de derecho denominado niño, los estados se comprometen a fijar la *Frontera Penal*, estableciendo una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen *capacidad* para infringir las leyes penales (art. 40.3.a; CDN).

### III. Garantías penales en la Convención

Podemos identificar como normas “penales” las que la Convención contiene en sus artículos 37 y 40, dentro de las que debemos separar las que regulan la situación imperante al momento de la incorporación de cada Estado, con las que diseñan las pautas que habrá de observar la nueva legislación de los adherentes.

En efecto, tanto el artículo 37 como el 40 en sus puntos 1 y 2, están destinados a comprometer garantías que en forma inmediata los Estados partes deben aplicar a las situaciones en que involucre a menores de 18 años de edad como “infractores de la ley penal”.

En tanto, el artículo 40, puntos 3 y 4 puntualizan los recaudos que habrá de cumplir el sistema que cada Estado adherente genere luego de haber suscripto esta Convención.

Así, el citado artículo 37 compromete a los signatarios a *velar porque*: ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrán la pena capital ni la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad. Este es el único párrafo donde la convención usa la expresión “delitos cometidos por menores de 18 años de edad” ya que en todo su cuerpo solo se refiere a menores infractores de la ley penal.

Seguidamente la norma se detiene y pone especial atención en la situación de los menores privados de su libertad y al respecto requiere que tal disposición no sea ilegal o arbitraria, que se dispongan de conformidad con la ley, sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. En tal situación, que el niño sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a

menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

Culmina este artículo previendo que todo niño privado de su libertad tiene derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Podemos sintetizar que el artículo 37 gira sobre el eje de dos derechos fundamentales, el derecho a la vida y el de la libertad, ya que pone límites concretos a la pena de muerte, a la prisión perpetua y morigera las alternativas de internación o privación de la libertad. Las previsiones están dirigidas a los países que al momento de incorporar la convención no respetan esos derechos.

Posteriormente el artículo 40 abre el abanico de restricciones y garantías usando la fórmula: *Los Estados Parte reconocen el derecho* de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la *que se tengan en cuenta la edad del niño* y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad. Cuando nos paremos en el derecho penal y confrontemos con rigor estos requisitos con los que tiene la pena retributiva, seguramente concluiremos, sin esfuerzos, que estamos frente a medidas atípicas extrañas a ese instituto sancionador.

Para cumplir con ese objetivo y con las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Parte garantizarán, en particular: que la infracción a la ley penal que se le reclama, deben ser actos u omisiones prohibidas por las *leyes nacionales o internacionales en el momento del hecho*; que se *lo presumirá inocente* mientras no se prueba su culpabilidad conforme a la ley; será *informado sin demora* y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, *de los cargos que pesan contra él* y que dispondrá la *asistencia jurídica* u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa; que *la causa será dirimida sin demora* por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales; que *no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable*, que

podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad.

Asimismo deberán garantizar: la posibilidad de *someter* (apelar) a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley, cualquier decisión en la que se considere al niño como infractor responsable al igual que las medidas dispuesta a consecuencia de ello; que contará con la *asistencia gratuita de un intérprete* si no comprende o no habla el idioma utilizado y que se respetará plenamente *su vida privada* en todas las fases del procedimiento.

Se implantan aquí principios propios del proceso penal de los adultos los que sintéticamente podemos reconocer como: *nullum crimen nulla pena sine lege*; principio de inocencia; derecho a conocer la imputación en forma inmediata y tener asistencia jurídica; que la causa se resolverá sin demora; que puede abstenerse de declarar; que puede recurrir cualquier sanción o medida; tendrá un intérprete en su caso y será preservada su intimidad o vida privada.

Convergen así principios adjetivos con los de fondo, para garantizar al niño, como mínimo, que no ha de estar en peor situación que los adultos. Esta intención, válida por cierto, no define lo que ha de ser propio del derecho de menores y del proceso singular que enseñara la metodología inherente a este derecho autónomo de los menores de edad. El régimen procesal de menores debe enseñar el camino metodológico para la aplicación del Derecho de Menores al que habrá de adjetivar sin alterar su esencia.

Vale reiterar que estas disposiciones están claramente destinada a regir las situaciones imperantes en países que al incorporarse a la convención no tienen reconocidos estos derechos ya que la norma importa el establecimiento de un piso mínimo de estándar jurídico para las personas menores de 18 años de edad. Por ende, no afectan a aquellos estados signatarios cuyo nivel supera el mínimo convencional, en mérito al principio de no regresividad de los derechos.

#### **IV. Infracción a la ley penal. Nuevo sistema de la Convención**

Afirmo que con la Convención los Estados signatarios asumen la obligación de generar un sistema especial para los menores de edad por ella regidos y además se fijan los recaudos mínimos que habrán de cumplirse. Efectivamente, en el referido artículo 40, se perfila lo que ha de conformar el entramado de precisiones a cumplimentar por los Estados Parte en el diseño del nuevo sistema destinado a los menores infractores de la ley penal. A ese fin responsabiliza a los adherentes en cuatro puntos: a) nueva legislación; b) definir la capacidad penal; c) establecer instancias alternativas a la judicial; d) regular medidas alternativas y proporcionales.



#### **IV. 1. Cambios legislativos e institucionales**

Al punto, los Estados se obligan a *tomar todas las medidas apropiadas* para establecer leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue (se acuse o declare culpables) que han infringido las leyes penales. En igual sentido, dice la Directiva n° 52: “Los gobiernos deberán promulgar y aplicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes”, (Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, Directrices de RIAD, ONU Resolución 45/112, del 14 de diciembre de 1990).

El primer mandato compromete al Estado en agotar todas las medidas conducentes, idóneas, efectivas para conseguir cuatro logros puntuales. Esto es, sancionar una ley de fondo, es decir una norma nacional, que regule de manera “específica” –propia de– la situación de las personas menores de edad que infringen la ley penal. En el caso concreto de la Argentina su obligación es el reemplazo del régimen regulado por la ley 22.278 y sus reformas. Hasta aquí, se trata de un compromiso atinente a resortes exclusivos de la jurisdicción nacional.

Pero luego, en los restantes tres objetivos, se constriñe a establecer procedimientos, autoridades e instituciones específicos de los menores infractores de la ley penal.

Definidos que han sido los parámetros del nuevo sistema, cabe enunciar los contenidos ineludibles que éste exige. Lo primero es el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen *capacidad* para infringir las leyes penales.

#### **IV. 2. La capacidad penal**

La Convención, en lugar de usar la expresión imputabilidad, que es propia del derecho penal y refiere a la relación de aptitud de la persona del autor con el hecho delictivo, utiliza la palabra capacidad para infringir las leyes penales, que es una terminología perteneciente al Derecho civil y refiere a la aptitud general de un determinado segmento etario.

El pensamiento más arcaico en el derecho penal es expresado por un autor contemporáneo como Fontan Balestra, que plantea el problema “referido a la extensión o alcance de las normas penales: ¿Las normas tienen por destinatarios solamente a los individuos capaces o también a los incapaces? El problema, no está exento de interés, porque de él puede resultar que el incapaz sea tratado por el derecho como cosa o como persona, incapaz, pero persona. Quienes sostienen que las normas están destinadas solamente a los individuos capaces, parten del razonamiento según el cual mal puede ser dirigido el derecho a quien no puede entenderlo, ni sentir la coacción de la amenaza penal. Se llega, por ese camino, a equiparar la acción de los imputables al acaecer

ciego de la naturaleza, tal como la lluvia, el viento o la piedra que cae”.

Cita este autor a Giuseppe Maggiore, para quien “poner a priori a estos seres fuera de la ley, equivale a ponerlos fuera de la humanidad. Para no decir que si la amenaza de la pena es sentida también por el animal más o menos domable y educable, es a lo menos presuntuoso negar que unos seres retardados o enfermos, pero siempre humanos, pueden sentir y comprender el imperativo de la ley. Hasta el niño y el loco sienten la amenaza del látigo y de la camisa de fuerza” (*Derecho penal*, vol. I: p. 42).

Recuerda Fontan Balestra: “algunas medidas aseguradoras van destinadas específicamente a los incapaces, y están prescriptas por la ley penal. Désele a estas medidas el nombre y la función que se quiera, fúndeselas en la defensa o en la peligrosidad, pero ¿quién negaría que, al aplicarlas, el Estado dispone de los derechos individuales más valiosos, que no toca sino frente a las acciones de máximo disvalor, que son las que prevé la ley penal? Las acciones de los incapaces no son indiferentes para la ley penal, no son equiparables al acontecer ciego de las cosas. Si así fuera, no se les aplicaría medidas que son, también, consecuencia del delito como acción objetivamente típica y antijurídica”.

Agrega el autor “Piénsese en *la situación de los menores, incapaces normales*, a quienes es preciso ‘educar’ en el conocimiento del orden jurídico y de inmediato se verá que el derecho se dirige a ellos en forma progresiva, sin que pueda determinarse conceptualmente el momento exacto en que la amenaza de pena actúa plenamente. Es evidente que no son tratados como ‘cosas’”. Y concluye: “La doctrina de la acción acepta y exige hoy, puede decirse unánimemente, que el obrar humano que ha de ser valorado como típicamente antijurídico y culpable debe significar, al menos, la exteriorización de la personalidad de su autor, a través de la manifestación de voluntad, la que no falta en los inimputables. (Infra, SS 22 y 24)” (Carlos Fontan Balestra, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, t. 1, Ediar/Abeledo-Perrot, 1966, ps. 53-56).

Este escritor parte de la iniciativa de no distinguir entre capaces e incapaces e incluir a todos en el derecho penal pero al final termina excluyendo a todos menos a los imputables. Fatalmente confunde a los incapaces con los inimputables. Tal posicionamiento doctrinario ha generado sus influencias en el pensamiento jurídico que, en algunos momentos pareciera receptorlas, tal como se puede apreciar en un antecedente jurisprudencial de la provincia de Chubut, donde se ha sentenciado: “en materia de menores la eventual punición no obedece en absoluto a una razón de justicia ni de retribución; ellas son ajenas a la ley, que *ha reemplazado la culpabilidad*, como fundamento de la sanción, *por la peligrosidad delictiva del incapaz o menor*. Sólo ella –y no la exclusiva gravedad y modalidades del delito cometido, ni su número– puede auto-

rizar apartarse del sistema general establecido por la ley, en el cual la posibilidad de condenar es excepcional” (Tribunal: CAN1, Trelew, Causa: 000P 000018, fallo del 14/5/1993).

Uno de los clásicos del Derecho Penal, Vincenzo Manzini, cataloga con claridad la diferencia entre imputabilidad y capacidad. Define: “La capacidad jurídica, en el sentido del derecho penal, *presupone la idoneidad penal de obrar según la previsión de las consecuencias penales*, esto es, la potencialidad de determinación normal mediante la representación de la pena conminada, respecto al hecho prohibido o impuesto por la ley (capacidad de delinquir –no confundir con inclinación– y susceptibilidad de imputación); la potencialidad de contraponer las propias facultades jurídicamente reconocidas a las del Estado, valiéndose en beneficio propio del ordenamiento jurídico, en la relación procesal (capacidad de defensa); y la potencialidad de entrar en la relación punitiva según los presupuestos jurídicos-psicológicos de la pena (capacidad de castigo)”. Y prosigue: “La persona capaz de derecho penal se hace imputable cuando su capacidad de entender y de querer se ha manifestado con una activa manifestación de voluntad consciente y no coartada, contraria al derecho penal”.

Distingue, además: “La personalidad y la capacidad son, por eso, los presupuestos de la imputabilidad, y no se identifican con ella. Las primeras representan momentos anteriores al delito y elementos permanentes; la segunda constituye un momento simultáneo al delito y un elemento contingente. La capacidad se refiere a cualquier relación, hipotética o real, de derecho penal; la imputabilidad, por el contrario contempla un determinado delito concreto. Esta concierne al estado personal simultáneo a la violación del precepto penal; la capacidad, por el contrario, debe siempre existir en el sujeto; de manera que el imputable de un delito, siendo actualmente incapaz de querer y de obrar jurídicamente en la relación procesal o en la relación punitiva, no puede considerarse ya en adelante sujeto de derecho penal (ejemplo locura sobrevinida después del delito)”.

Habiendo dejado en claro que la capacidad del sujeto es anterior al hecho, en tanto que la imputabilidad es simultánea con el delito, concluye Manzini: “El concepto de personalidad y de capacidad de derecho penal, que nosotros hemos sido los primeros en precisar, tiene, pues, un valor autónomo, que en diversos casos es también absolutamente independiente del valor del concepto de imputabilidad”.

Cierra con la siguiente reflexión: “Solamente aquellos que, fanáticos diletantes de antiguallas, no saben prescindir de la idea bárbara de una defensa social uniforme, para los cuales el delito del loco equivale al delito del hombre normal también respecto a los medios de reacción defensiva; que se aferran a un positivismo actualmente superado, el cual, presuntuosamente fatuo y brutal como el materialismo con el

que se identifica, no advierte las exigencias de la psiquis, no siente el espíritu de la moderna cultura, y considera supersticiones los conceptos éticos fundamentales y universales; solamente éstos pueden negar valor a los principios de capacidad y de imputabilidad, como presupuestos de la responsabilidad, para conformarse con una responsabilidad social, aun inculpable, que constituya una monstruosidad jurídica cuando quiere imponer restricciones de la libertad individual y degradación social” (Vincenzo Manzini, *Tratado de Derecho Penal*, t. 1 vol. 1, Ediar, ps. 607-608).

Otro enfoque de los clásicos se encuentra en el Programa de Carrara, donde dice que la fuerza moral subjetiva del delito se compone de todos los momentos que constituyen el acto interno y que es necesario que en los dos momentos de la percepción y del juicio el agente haya estado iluminado por el intelecto y que en los momentos sucesivos del deseo y de la determinación haya gozado de la plenitud de su libertad. El intelecto puede estar afectado, entre otras causas, por la edad.

Agrega: “para conocer cuando y cómo la edad modifica la imputación en razón del intelecto del agente, es necesario combinar los principios de la ciencia con la observación de los fenómenos de la naturaleza humana. Los primeros nos enseñan que el hombre no puede ser responsable por sus acciones, sino en cuanto él es capaz de discernir el bien del mal. La segunda nos muestra que el intelecto del hombre, aunque en el primer momento de su nacimiento tenga perfecta la potencia de desarrollarse, sin embargo, no llega sino por grados, a la efectividad de su pleno funcionamiento”.

Como si refiriera al postulado del artículo 40.3.a, CIDN, agrega: “Admitido que en la vida humana deba haber por presunción de la ley, un período de irresponsabilidad absoluta, el autor del hecho que se encuentre en tal período no puede ser llevado a juicio por mucha precocidad de malicia que él demuestre. Este es el principio en el que se inspiran muchos códigos contemporáneos. Si, por lo contrario, no se acepta esta período el autor del hecho, aunque sea muy joven, debe ser indagado, y sometido a una represión cuando resulte capaz de dolo”.

Aclara que la fórmula del discernimiento incorporada en la ley italiana no pretende enseñar “a los jueces el significado de tal palabra, que a cada uno, aun al que no es jurista, le pone en evidencia el concepto de haber obrado discerniendo el bien del mal y conociendo todas las consecuencias de los propios actos” (Francesco Carrara, *Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte General*, vol. I, Depalma, ps. 151-152 y 157).

Al estudiar el sistema alemán, Roxin se detiene en la responsabilidad y culpabilidad más que en la capacidad del sujeto, y dice: “La responsabilidad depende de dos datos que deben añadirse al injusto: de la culpabilidad del sujeto y de la necesidad preventiva de sanción penal, que hay que deducir

de la ley. El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico penal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de la llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una *capacidad suficiente de autocontrol*, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho”.

Tras afirmar que los niños menores de 14 años no son responsables en la legislación alemana, dice que esa exclusión se halla en el terreno del Derecho material, por lo que “procesalmente no conduce a la absolución, sino a un sobreseimiento del proceso. Hay que estar de acuerdo con lo anterior: es legítimo convertir también exenciones de pena del Derecho material en presupuestos procesales, cuando las mismas, con independencia de la situación del caso concreto, no permiten de entrada que nazca la acción penal estatal. Por lo demás, la impunidad de los delitos de los niños no debe conducir a la ausencia de toda reacción estatal: así v. gr. El tribunal tutelar puede dictar medidas de protección”.

Luego de mencionar un Derecho Penal de Jóvenes, agrega: “No obstante, señalaremos que en los adolescentes, *aun cuando exista la capacidad de comprensión del injusto, a menudo sigue faltando la capacidad de inhibición*” (Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General*, t. 1, Civitas, ps. 792 y 848).

Al decir de Zaffaroni, el Derecho Penal mira desde el reproche que abriga la pena retributiva y por tanto la capacidad penal “es una característica que debe darse en el actor de un injusto penal: es la capacidad que éste tiene para responder a la exigencia de que *comprenda la antijuridicidad y de que adecue su conducta a esa comprensión*”. Agrega luego: “la capacidad de culpabilidad es una condición del autor y la imputabilidad la característica que esa condición le da a su conducta típica y antijurídica” (*Teoría del delito*, p. 110). Aunque con distintas palabras, exterioriza un pensamiento afín al de Manzini.

El mismo autor, al analizar nuestro actual sistema, dice que la presunción de incapacidad no es más que una ficción jurídica, “no es posible que un adolescente de quince años, once meses y treinta días sea inimputable y por el mero transcurso de la media noche de su cumpleaños, adquiera capacidad psíquica de culpabilidad. Mucho menos forzado que sostener la ficción de inimputabilidad es admitir que a esa edad pierde la causa personal de exclusión de pena que lo amparaba, sin contar con que el derecho penal es un saber refractario a las presunciones *juris et de jure* y a las ficciones. Si bien siempre el menor de dieciséis años tendrá una culpabilidad menor que el adulto, no será necesariamente porque *no tenga capacidad* de conocer la antijuridicidad sino *de comprenderla*, en razón de la inmadurez emocional propia de la etapa evolutiva en que se halla” (Eugenio Zaffaroni, A. Alagia y A. Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, p. 181). Agregamos

nosotros que el Derecho de Menores, por ser de naturaleza tuitiva, no es refractario a las presunciones *juris et de jure*.

Analizando la ley 22.278, el Juez de Menores José González del Solar dice: “la carencia de punibilidad se asienta en la presunción legal de que falta al sujeto menor de dieciséis años la *suficiente madurez en sus facultades mentales* como para comprender la criminalidad del acto o para conducirse conforme a esa comprensión” (*Delincuencia y derecho de menores*, 2ª ed., Depalma, p. 207).

Más adelante, diferencia entre actitud y aptitud del agente. Valora “la indispensable referencia previa a una calidad del agente: su capacidad personal de culpabilidad, o capacidad para ser sujeto del reproche ético-social”. Agrega: “Esa calidad del agente, a la cual denominamos imputabilidad penal... presupone la existencia de madurez, salud mental y conciencia. Los tres presupuestos se refieren al potencial intelectual-volitivo suficiente para comprender la significación del obrar y proceder en consecuencia”.

En síntesis, de los autores citados podemos concluir que la capacidad penal requiere tres elementos básicos: conocimiento, comprensión y autocontrol o frenos inhibitorios.

Hay que confrontar ahora el sujeto de la protección integral con el sujeto capaz del derecho penal. Recordemos el abanico protector desplegado por la Convención en torno de los ejes que definen como primordial la crianza y el *desarrollo* del niño (art. 18.1) tanto físico, mental, espiritual, moral y social (art. 27), como el de la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física hasta el máximo de sus posibilidades (art. 29.1); que crezca en el seno de la familia (Preámbulo), asegurando su dignidad, y que se baste a sí mismo, lograr su integración social y su desarrollo cultural y espiritual al máximo posible, (art. 23); que el Estado ha de garantizarlo (art. 6, 2); y que se ha de tener en cuenta su *madurez* (art. 12.1); y la *evolución de sus facultades* (art. 5 y 14.2); y protegerlo de lo que sea nocivo para su *desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social* (art. 32); y comparémoslo con el sujeto capaz del derecho penal, caracterizado con perfiles tales como el titular de “*la idoneidad penal de obrar según la previsión de las consecuencias penales*, esto es, el que tiene... la representación de la pena”, en la definición de Vincenzo Manzini; o el que pudo “haber obrado discerniendo el bien del mal y conociendo todas las consecuencias de los propios actos”, en visión de Francesco Carrara. Igualmente el que posee “*capacidad suficiente de autocontrol*”, según Roxin, quien agrega: “que en los adolescentes, *aun cuando exista la capacidad de comprensión del injusto, a menudo sigue faltando la capacidad de inhibición*”, o en definitiva lo que Zaffaroni remata como “la capacidad para responder a la exigencia de que comprenda la antijuridicidad y de que adecue su conducta a esa comprensión”. Amén de “la suficiente madurez en sus facultades mentales” que menciona González del Solar.



En síntesis, tenemos dos sujetos menores de 18 años de edad, uno es el destinatario de una trama tuitiva con garantía del Estado con el fin de posibilitar su desarrollo, crecimiento, madurez, evolución, etc. El otro, es el sujeto capaz del derecho penal, esto es el que se representa las consecuencias de su obrar, y en especial de la pena, que puede discernir el bien del mal, que tiene autocontrol y frenos inhibitorios. Si es destinatario merecedor de la mentada protección es evidente que no puede tener esa capacidad penal. En consecuencia, importa una contradicción insuperable, aplicar al mismo sujeto los dos estándares jurídicos (incompatibles). Concluyo que en el sistema penal no se puede ingresar a los menores de 18 años de edad ni tan siquiera con responsabilidad o reproche atenuado.

Coincido con Zaffaroni en que la determinación de la edad de capacidad penal como lo manda la convención, ha de ser arbitraria o un mero acuerdo, ya que nadie puede convertirse de incapaz a capaz en el cruce de la media noche. Por eso tal definición que es estrictamente estratégica, pertenece al diseño de las políticas públicas, especialmente la criminal, que no puede estar dissociadas de las otras políticas de estado, incluidas las sociales, ni menos aún de los compromisos internacionales.

Mientras la política económica genere colectivos importantes de exclusión, con significativas expresiones cuantitativas de habitantes situados por debajo de la línea de pobreza, con registros significativos de mortalidad, deserción escolar, insuficiente atención de la salud pública, desocupación, etc., la fijación de la edad penal debe colocarse en lo más alto posible o dicho de otra forma, resulta imposible situarla por debajo de los 18 años de edad.

Antes de la Convención, las Reglas de Beijing decían respecto del concepto de mayoría de edad penal, que “su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual” (Regla n° 4). Aclaraban en el comentario que esa edad “varía considerablemente en función de factores históricos y culturales. El enfoque moderno consiste en examinar si los niños pueden hacer honor a los elementos morales y psicológicos de responsabilidad penal; es decir, si puede considerarse al niño, en virtud de su discernimiento y comprensión individuales, responsable de un comportamiento esencialmente antisocial. Si el comienzo de la mayoría de edad penal se fija a una edad demasiado temprana o si no se establece edad mínima alguna, el concepto de responsabilidad perdería todo sentido”. Concluía: “es necesario que se hagan esfuerzos para convenir en una edad mínima razonable que pueda aplicarse a nivel internacional”. Completa la idea el comentario a la Regla 2.2 cuando dice: “corresponderá a cada sistema jurídico nacional fijar las edades mínima y máxima a estos efectos, respetando así cabal-

mente los sistemas económico, social, político, cultural y jurídico de los Estados Miembros”.

Las Directrices de RIAD destacan en sus principios que los jóvenes deben desempeñar una función activa y participativa en la sociedad y no deben ser considerados meros objetos de socialización o control. Ya en el año 1990 los Estados signatarios reconocían la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño. A diecisiete años de dicho compromiso, debería rendir cuenta cada Estado de lo que ha hecho en tal sentido para poder asumir hoy el reproche que intentan. Las mismas directrices reconocen *que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta.*

Reforzamos este razonamiento acudiendo a otra normativa internacional suscripta por nuestros países. Así, el Convenio sobre la edad mínima (n° 138, 1973), adoptado en la 58ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, que fija la edad mínima de admisión a todo tipo de empleo o trabajo que por su naturaleza o las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores *no deberá ser inferior a dieciocho años* (art. 3.1). Excepcionalmente se podrá autorizar el empleo o el trabajo a partir de la edad de dieciséis años, siempre que queden plenamente garantizadas la salud, la seguridad y la moralidad de los adolescentes, y que éstos hayan recibido instrucción o formación profesional adecuada y específica en la rama de actividad correspondiente.

Asimismo, el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (en vigor desde el 12/2/2002), entre cuyos países signatarios figuran Argentina, Brasil, Chile, Uruguay, quienes reafirman “que los derechos del niño requieren una protección especial y que, para ello, es necesario seguir mejorando la situación de los niños sin distinción y procurar que éstos se desarrollen y sean educados en condiciones de paz y seguridad”. En consecuencia, que para seguir promoviendo la realización de los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, es necesario aumentar la protección de los niños con miras a evitar que participen en conflictos armados. Que un protocolo facultativo de la Convención por el que se eleve la edad mínima para el posible reclutamiento de personas en las fuerzas armadas y su participación en las hostilidades contribuirá eficazmente a la aplicación del principio de que el interés superior del niño ha de ser una consideración primordial en todas las decisiones que le conciernan. Recuerdan que en diciembre de

1995 la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja recomendó, entre otras cosas, que las partes en conflicto que tomaran todas las medidas viables para que los niños menores de 18 años no participaran en hostilidades, y que en junio de 1999, se aprobó el Convenio n° 182 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, en el que se prohíbe, entre otros, el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados. Por ello disponen en el artículo 1: Los Estados Parte adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en hostilidades. El artículo 2 dice que los Estados Parte velarán porque no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años. Seguidamente, el artículo 3.1 afirma: los Estados Parte elevarán la edad mínima, contada en años, para el reclutamiento voluntario de personas en sus fuerzas armadas nacionales por encima de la fijada en el párrafo 3 del artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, teniendo en cuenta los principios formulados en dicho artículo, y reconociendo que en virtud de esa Convención los menores de 18 años tienen derecho a una protección especial.

Definitivamente, estoy convencido que de ninguna manera puede sostenerse que en América Latina, nuestros jóvenes menores de 18 años de edad posean un estándar que les reconozca la posesión del conocimiento, comprensión y autocontrol que le asigna el sistema penal a las personas capaces de recibir su reproche y la consiguiente aplicación de una pena.

#### **IV. 3. Establecer instancias alternativas a la judicial**

Remata el punto 3 del artículo 40, introduciendo caminos alternativos al proceso judicial, remozando el instituto de la Remisión, al decir: siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de *medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales*, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

La remisión, como instituto jurídico minoril, ya existía en la legislación internacional, con anterioridad a la Convención, en las Reglas de Beijing del año 1985.

En efecto, la Regla n° 11 contempla la posibilidad de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes. Así, la policía, el Ministerio fiscal y otros organismos similares, podrán fallar discrecionalmente, casos delincuenciales, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas. Aunque toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comuni-

dad, estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o su tutor. Asimismo, tal decisión se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite. El Estado procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas.

La remisión, entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal y, la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad. Procura mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de la justicia de menores (por ejemplo, el estigma de la condena o la sentencia). En muchos casos la no intervención sería la mejor respuesta. Por ello la remisión desde el comienzo y sin envío a servicios sustitutorios (sociales) puede constituir la respuesta óptima. Así sucede especialmente cuando el delito no tiene un carácter grave y *cuando la familia, la escuela y otras instituciones de control social oficioso han reaccionado ya de forma adecuada y constructiva o es probable que reaccionen de ese modo*. Puede utilizarse en cualquier momento del proceso (*Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. Reglas de Beijing*, ONU Resolución 40/33, 28 de noviembre de 1985).

Mas allá de la validez del instituto, reitero que esta norma es anterior a la Convención, por lo que corresponde la labor interpretativa de adecuar sus principios y la narrativa a los nuevos preceptos que esta consagra.

Un ejemplo de remisión lo vemos dentro de la legislación moderna en el sistema español (ley 5/2000), precisamente en su artículo 19 donde faculta al Ministerio Fiscal a desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

Seguidamente, la misma norma recibe como mediación –reparación, cuando el menor reconoce el daño causado y se disculpa ante la víctima–, y ésta acepte sus disculpas, y se repara por el menor a la víctima o perjudicado el daño sufrido conforme el acuerdo al que hayan llegado las partes. En tales casos, la situación se resuelve al inicio y sin necesidad desarrollar el proceso judicial que, en su caso, se termina en su mismo inicio.

Por su parte, la Directriz nº 57 contempla la necesidad de establecer un *puesto de mediador* o un órgano análogo independiente para los jóvenes que garantice el respeto de su condición jurídica, sus derechos y sus intereses, así como la posibilidad de remitir los casos a los servicios disponibles (*Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la*

<sup>13</sup> En este pronunciamiento el Tribunal Constitucional de España (Sentencia 36/1991 del 14/12/1991), advierte (y con ello jaquea el régimen entonces vigente): “La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño no excluye totalmente la posibilidad de un procedimiento no judicial puramente corrector, distinto, no sólo en matices y detalles, sino en su concepción general, del proceso penal. El recurso a un procedimiento de este género, en el que en todo caso ‘se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales’ se hace depender, sin embargo, del establecimiento de una edad mínima, por debajo de la cual ‘se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales’. 8. Ni la calificación de las medidas como medidas de corrección y no penas, ni el mayor peso que respecto de ellas cabe atribuir a la finalidad de readaptación social, permiten entender que el legislador resulte liberado en este caso del obligado respeto al principio de tipicidad, aunque, sin duda, quepa admitir en este ámbito una flexibilidad mayor que en el penal de manera que se deje más espacio a la discrecionalidad judicial para ponderar las circunstancias personales y sociales del menor, en orden a obtener su efectiva reinserción social. 9. Las especiales características de la jurisdicción de menores, en donde las medidas a imponer no tienen la consideración de penas retributivas de conductas ilícitas, sino de medidas correctoras, aun cuando restrictivas de los derechos fundamentales del menor, determina, que sean susceptibles de adaptación en atención a las circunstancias del caso y a la eventual eficacia de la medida adoptada, primándose así la necesaria flexibilidad que, tanto para la adopción de tales medidas como para el mantenimiento de estas, ha de regir la actividad jurisdiccional en la materia”. Así se da lugar a la sanción de la ley 4/1992 que instituye el régimen de responsabilidad penal de los menores.

*delincuencia juvenil. Directrices de RIAD*, aprobadas por ONU en su resolución 45/112, 14 de diciembre de 1990).

Estas apreciaciones deben colocarse en el nuevo contexto hermenéutico que resulta de la Opinión Consultiva OC-17/2002 dictada el 28 de agosto de 2002, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el n° 13 dispone: “es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquéllos”.

#### **IV. 4. Regular medidas alternativas y proporcionales**

Finalmente, el punto 4 completa la enunciación de los requisitos que habrá de tener el nuevo sistema de los niños infractores, practicando una importante diferenciación ya que en lugar de hablar de sanciones o penas, utiliza el término “medidas”.

Para progresar en el análisis podemos acudir a referencias como las que aporta el sistema español en la Ley Orgánica 5/2000, en cuyo fundamentos apunta a la doctrina del Tribunal Constitucional, singularmente las sentencias 36/1991<sup>13</sup>, del 14 de febrero; y 60/1995<sup>14</sup>, del 17 de marzo, sobre las

<sup>14</sup> Posteriormente, el Tribunal Constitucional de España (Sentencia 60/1995 del 17/3/1995) concluye su embate crítico de la ley 4/1992 y contribuye a la sanción de la nueva ley 5/2000. El fallo considera la procedencia del Juez de Menores como el único interviniente en el caso y dijo: “La doctrina de este Tribunal sobre el derecho fundamental a no ser juzgado por quien ha sido previamente instructor en la causa se resume en los siguientes términos: ‘el hecho de haber estado en contacto con el material de hecho necesario para que se celebre el juicio puede hacer nacer en el ánimo del Juez o Tribunal sentenciador prejuicios y prevenciones respecto de la culpabilidad del imputado, quebrándose así la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora’ (por todas, STC 145/1988)”. Luego agrega que el “Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 24 de agosto de 1993 (caso Nortier), ha tenido ocasión de desestimar una demanda contra los Países Bajos sustanciada en el hecho de que en dicho país (al igual como acontecía en el nuestro con anterioridad a la reforma operada por la L.O. 4/1992) un mismo Juez de menores conocía, tanto de la totalidad

de la fase instructora, como de la del juicio oral, habiendo adoptado incluso, en el caso, la prisión provisional. El Tribunal Europeo, sin embargo, no estimó la violación del art. 6.1, fundamentalmente debido a la circunstancia de que pudo diferenciarse el presupuesto material de dicha medida cautelar con el fondo del asunto, habiéndose además defendido el menor por un Abogado que pudo interponer recurso de apelación ante un Tribunal superior [F.J. 4]. 4. Según dijimos en nuestra STC 36/1991, ‘el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley resulta afectado en la medida en que de él forma parte el derecho a un Juez imparcial y tal derecho excluye la posibilidad de que el Juez mismo asuma la acusación’ y concluimos en que ‘los derechos fundamentales que consagra el art. 24 C.E. han de ser respetados también en el proceso seguido contra menores a efectos penales’. A este respecto debe tenerse presente que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro ordenamiento interno el 30 de noviembre de 1990, en su art. 40.2 b) establece que ‘todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse

de haber infringido esas leyes se le garantizará al menos, lo siguiente: iii) (que) la causa será dirimida por una autoridad u órgano judicial... imparcial' [F.J. 5].- 5. Un examen global de la reforma operada por la L.O. 4/1992 pone, de relieve que su finalidad, tal como se declara en su Exposición de Motivos, radica precisamente en adecuar este proceso a las exigencias derivadas de la doctrina sustentada con la citada STC 36/1991 y, de entre ellas, la de instaurar también en el mismo el principio acusatorio. Para alcanzar este objetivo, la L.O. 4/1992, inspirándose en el modelo procesal penal anglosajón (secundado hoy por países tales como Alemania, Italia o Portugal), ha querido separar las funciones instructoras, de un lado, y de enjuiciamiento y decisión, de otro, encomendando la primera de ellas al Ministerio Fiscal y las otras dos al Juez de Menores, con lo que, prima facie y sin mayor dificultad, se comprueba que este desdoblamiento y asignación de las enunciadas fases procesales a dos órganos diferentes, no solo no conculca, sino que viene a restablecer el principio acusatorio en un procedimiento reformador que, como es el caso del de menores, con anterioridad a la L.O. 4/1992, se encontraba manifiestamente informado por el principio inquisitivo [F.J. 5]. 6. La posibilidad del Juez de Menores, consistente en acometer determinadas actuaciones preparatorias del juicio o de carácter aseguratorio, aparece expresamente contemplada en diversos pasajes

garantías y el respeto a los derechos fundamentales que necesariamente han de imperar en el procedimiento seguido a los menores, y que sirvieron de disparador de la reforma instaurada con la ley 5/2000. Por su naturaleza y finalidad, el proceso de menores está encaminado a la adopción de unas medidas que, como ya se ha dicho, fundamentalmente *no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales*, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas.

A propósito, considero que no cabe el uso del vocablo reinserción ya que esa palabra denota "volver a insertar al que estuvo ya inserto", lo que no es apropiado en el caso de los menores (en proceso de desarrollo para insertarse), sino, más bien en los adultos, capaces para el derecho penal. Salvo que refiera a la reinserción en el proceso de desarrollo del menor, que precisamente por estar en ese camino del desarrollo va en la dirección de su inserción social. En tal caso, la naturaleza de las medidas se distancia aún más del concepto retributivo del sistema penal de los adultos. Lo dice con todas las letras el Tribunal Constitucional Español: "estos preceptos no señalan penas o sanciones, aunque sí la posibilidad de adoptar *medidas de carácter reformador o de protección*. La ausencia de pena se justifica por la falta de imputabilidad del menor y consiguientemente de responsabilidad... y esta discrecionalidad otorgada a los Jueces de Menores no afecta al principio de legalidad del art. 25.1 C. E., ya que aquélla se predica de medidas *educativas o reformadoras*, ajenas al ordenamiento sancionador" (sentencia 36/1991).

Formula la Convención, que las medidas han de ser diversas, y en una descripción enunciativa –no taxativa– cita, el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el aseguramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de

de la Ley cuestionada, y, así, por una parte, el Fiscal ha de 'solicitar del Juzgado de Menores la práctica de las diligencias que no pueda efectuar por sí mismo' (art. 15.1.2) y, por otra, a este mismo Juez le corresponde 'la adopción de medidas cautelares' y, de modo especial, el depósito o internamiento provisional del menor (art. 15.1.5). Pero tampoco lo es menos que esta impresión de los Jueces proponentes acerca de su pérdida de imparcialidad 'subjetiva', se desvanece o no es suficiente para justificar un atentado a la imparcialidad 'objetiva', si se piensa en que tales actos, legalmente vedados al Ministerio Público, no constituyen, en puridad, actos de investigación o instructorios, si-

no que son única y exclusivamente limitativos de los derechos fundamentales (art. 5.2 de la Ley 50/1981, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) o, lo que es lo mismo, se trata de actos puramente jurisdiccionales que la Constitución expresamente reserva a Jueces y Magistrados (arts. 17.2, 18.2, 3.20.5, 22.4, 117.3 y 4.53.2) a quienes les encomienda no sólo la última, sino también la primera palabra, por lo que, en cuanto tales, no poseen una naturaleza policial o instructoria, sino netamente procesal y sometidas, por tanto, a la vigencia, en la medida de lo posible, del principio de contradicción [F.J. 6]". Tras ello, viene la ley 5/2000 hoy vigente.



guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Con anterioridad a la Convención, en 1985, las Reglas de Beijing, prevén el instituto de la remisión y solo en los casos donde no fuere posible, la autoridad competente habrá de dictar sentencia disponiendo alguna de las medidas que enuncia en la Regla n° 18 y son similares a las ya citadas.

El comentario destaca que constituye un intento de enumerar algunas de las respuestas y sanciones importantes a que se ha recurrido hasta la fecha y cuyos buenos resultados han podido comprobarse en diferentes sistemas jurídicos. En general, constituyen opciones prometedoras que convendría difundir y perfeccionar. La regla no alude a las necesidades de personal especializado, dado que en algunas regiones es previsible la escasez de tal recurso idóneo; en esas regiones pueden experimentarse o elaborarse medidas cuya aplicación exija menos personal.

Agrega que las medidas enunciadas tienen en común, que se basan en la comunidad y apelan a su participación para la aplicación efectiva de resoluciones alternativas. Las correcciones aplicadas en la comunidad son una medida tradicional que asume en la actualidad múltiples facetas. Por ello debería alentarse a las autoridades pertinentes a que prestaran servicios de base comunitaria.

Refiere la importancia de la familia que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es “el elemento natural y fundamental de la sociedad”. Dentro de la familia, los padres tienen, no sólo el derecho, sino también la responsabilidad de atender y supervisar a sus hijos. Por consiguiente, separar a los hijos de sus padres, será una medida aplicada como último recurso. Sólo puede acudirse a ella cuando los hechos que constituyen el caso exigen claramente la adopción de esta grave medida (por ejemplo, el abuso de menores) (*Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. Reglas de Beijing*, ONU Resolución 40/33, 28 de noviembre de 1985).

Regreso al ejemplo español ya que la organización impuesta por la *LO 5/2000*, en el título *de las medidas* (art. 7) enumera las que pueden ser impuestas a los menores. Individualiza: *Internamiento* en régimen cerrado, semiabierto, o abierto. *Internamiento terapéutico*, para personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad. *Tratamiento ambulatorio*. Asistencia a un centro de día para actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio.

Permanencia de fin de semana en su domicilio o en un centro hasta un máximo de treinta y seis horas. *Libertad vigilada*, obliga a seguir las pautas socio-educativas que señale la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por un juez de menores. Las *reglas de conducta* impuestas por el juez, podrán ser alguna o algunas de las siguientes: Obligación de asistir con regularidad a un centro docente. Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares. *Prohibición de acudir* a determinados lugares, establecimientos o espectáculos. *Prohibición de ausentarse* del lugar de residencia sin autorización judicial previa. Obligación de residir en un lugar determinado. Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas. Cualesquiera otras obligaciones convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona. Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. *Prestaciones* en beneficio de la comunidad, y relacionando la naturaleza de dichas actividades con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor. Realización de tareas socio-educativas. Amonestación. Esto es dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, instándole a no volver a cometer tales hechos en el futuro. Privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas. Personalmente he podido constatar la eficiencia de la mediación juvenil en sendas visitas que hice al sistema catalán en los años 2003 y 2004.

Prosigo con la Convención de los Derechos del Niño que en su artículo 40, punto 4, dice: “Se *dispondrá de diversas medidas...*, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, *para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción*”.

La médula del párrafo que contiene la norma, son las medidas que se han de tomar en caso de infracción a la ley penal, y luego de enunciar algunos ejemplos, el legislador exige que esas medidas tendrán como objeto *asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar*.

El léxico utilizado porta una carga muy precisa y exigente, ya que no dice –como en otros artículos– que deberá procurar, propender, gestionar, intentar, buscar, aspirar, perseguir, etcétera, usa dos imperativos calificativos de cualquier medida *deberá asegurar*.

Lo que obliga a asegurar la medida que se tome es nada menos que el bienestar del niño objeto de la medida. La pala-

15 El lic. Osvaldo Marcón, en el trabajo “Delincuencia juvenil, de la responsabilidad a la corresponsabilidad penal”, refiere que en los movimientos legislativos reformistas, “Se responsabiliza al Sujeto Menor porque, aunque esto no sea admitido, se lo supone única causa del hecho. Se excluye el contexto. Pero no se trata de proclamar que se reconocen las causalidades mayoritariamente sociales de las transgresiones a la legislación penal. Se trata, en cambio, de incluir en el mismo Sistema las expresas categorizaciones que hagan operativa la asunción de responsabilidades tanto por parte del Sujeto Menor como por parte del Estado. Esto supone un Sistema de Medidas Tutelares de naturaleza precisa, al que alcance efectivamente el Garantismo en la Ejecución de las Medidas. Se trata de compartir efectivamente las responsabilidades ubicando la causalidad en el sistema (familiar y comunitario) del que el Sujeto Menor forma parte. Es necesario entonces incluir con énfasis un Subsistema de Garantías de que el Estado se hará realmente cargo de generar condiciones para la rehabilitación del Sujeto Menor. Básicamente esto supone garantizar condiciones para la modificación de la conducta individual del Sujeto Menor a la par de promover mejoras substanciales en las condiciones integrales del sistema familiar-comunitario del que forma parte y/o al que se reintegrará si la medida incluye privación de libertad ambulatoria. Se impone también la necesidad de, a la par, generar un subsistema operativo de reclamos para cuando tales Garantías no se cumplen como así también, y con idéntico énfasis, un subsistema operativo de responsabilidades para Funcionarios que no hagan efectivas tales condiciones” (ver, [www.infanciayjuventud.com/anterior/academic/academ\\_12.html](http://www.infanciayjuventud.com/anterior/academic/academ_12.html)). En la Argentina, ya se han producido acciones de amparo demandando programas para el tratamiento tutelar de los menores (Neuquén) e incluso por adicciones al consumo del paco (Ciudad de Buenos Aires) o al consumo de drogas en general (Comodoro Rivadavia, Chubut).

bra es usada como antónimo de desdicha o malestar, que se subsumen en castigo; y como sinónimo de paz, tranquilidad, conveniencia. Contextualizando con el léxico y principios de la Convención, se procura evitar la sanción o penalización y obtener medidas conducentes o convenientes para coadyuvar en el proceso de desarrollo del menor en cuestión.

Recuerdo los fundamentos de la ley española en cuanto a que las medidas “no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor; valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas”.

Este rasgo distingue, hace específico y diferencia a este derecho y a su instrumentación metodológica de su aplicación (el proceso) del que prevé el derecho penal. No es lo mismo mirar al menor infractor desde la promoción personal que exige el derecho de menores, a hacerlo desde lo que denominan “régimen de responsabilidad penal atenuada para los menores”.

Tampoco se puede ocultar que la actual situación económica del mundo, donde la riqueza se ha concentrado en mano de unos pocos y los excluidos se reproducen en progresión geométrica, no se puede mantener sin un régimen represivo que, so pretexto de respetar las formas procesales, lo que en realidad esta garantizando es el *statu quo* de los que más tienen.

Finalmente, la norma exige que la medida “*garde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción*”.

No tengo dudas que las circunstancias que dice la frase se refieren a los niños infractores y no a la infracción, porque lo contrario solo se podría explicar con un error de traducción inimaginable a más de diecisiete años de la sanción. Por eso usa los giros, “tanto con sus” y “como con la”, separando y distinguiendo claramente.

Ese requerimiento (que la medida sea proporcional con las circunstancias del niño) abre la puerta a la ingeniosa proposición que Osvaldo Marcón denomina *corresponsabilidad penal*<sup>15</sup>. Aunque la propuesta se formula desde la percepción del Estado renuente en el cumplimiento de los derechos sociales, indicado como causal suficiente de los obstáculos provocadores de los comportamientos infractores que se quieren corregir. más adelante retomaremos esta línea para avanzar hacia un nuevo sistema.

Cuando buscamos en el diccionario el alcance del vocablo *circunstancia*, encontramos lo siguiente: “Elemento accidental que va unido a la sustancia de algo”, o “Situación o condición que rodea y afecta a alguien: yo soy yo y mi circunstancia”, o como dice la Real Academia Española, “Accidente de tiempo, lugar, modo, etc., que está unido a la sustancia” y en su segunda acepción: “Conjunto de lo que está en torno a alguien; el mundo en cuanto mundo de alguien” y, finalmente, dice que

como adjetivo puede ser: “Dicho de una cosa: Que de algún modo está influida por una situación ocasional”.

En ese tejido literario, es válido concluir que las circunstancias apuntan al “conjunto de lo que está en torno de alguien”, en este caso el niño infractor.

Afianza este criterio la apreciación que anticipaban las Reglas de Beijing, en 1985 antes de la Convención (nº 5), en cuanto exigía que la infracción recibiera una respuesta proporcionada a las circunstancias y al delito. Aclaraban que ese “principio de la proporcionalidad” era el instrumento adecuado para restringir las sanciones punitivas con lo que decían el verdadero fin del instituto. Así exige el examen de las circunstancias personales, como la condición social, situación familiar, daño causado u otros factores en que intervengan circunstancias personales, al igual que los esfuerzos para indemnizar a la *víctima* o su buena disposición para comenzar una vida sana y útil. En el comentario a la regla precisa: “corresponde salvaguardar la proporcionalidad de la respuesta en relación con las circunstancias del delincuente y del delito, incluida la víctima”. Miro desde la convención y modernizo estos ejemplos de circunstancias aunque mantengo la esencia.

Retomo mi exploración diciendo que el diagnóstico del niño infractor deberá superar el techo que la propia costumbre le ha impuesto en cuanto se limita a informar de las características negativas o prontuariales que pueden explicar un hecho ilícito, para pasar a investigar e informar al Juez, al expediente y a las partes sobre la situación de la persona menor de edad respecto de su proceso de desarrollo y en especial de las carencias que el mismo denuncia y de las necesidades que se habrán de satisfacer si se quiere cumplir con la exigencia del artículo 29.1 de la CDN que citamos anteriormente.

Esta etapa del estudio pasa a formar parte de la nueva propuesta que intentamos esbozar como sistema de responsabilidad juvenil. Hasta aquí, tenemos una fórmula que atrapa las situaciones en que los hechos del código penal, provienen de la autoría de una persona menor de dieciocho años de edad excluida del mismo por carecer de la capacidad propia de los mayores.

La metodología será la de investigar el hecho endilgado al niño, respetando todas las garantías que hemos venido enunciando, y una vez establecida su autoría, disponer algunas de las medidas que habilite la norma y que deberá ajustarse a los indicadores desarrollados precedentemente.

Esa medida ha de ser personal, apropiada al caso particular y a las finalidades propias de este tipo de medidas, como se ha venido explicando.

La medida deberá ajustarse a los parámetros normativos, tales como:

1. *Evitar las sanciones meramente penales* (Regla de Beijing, n° 5).

2. Que deben tener a más de sus objetivos, plazos concretos y que estos pueden acortarse conforme al criterio que, “la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo” (Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, n° 2).

3. Que además se puede llegar a *suspender el proceso en cualquier momento* (Regla de Beijing, n° 17.4) por que ello es propio del tratamiento dado a los menores frente al de los adultos.

En medidas específicas como la de internamiento, que es privación de libertad, recordemos que, *sólo se podrá privar de libertad a los menores de conformidad con los principios y procedimientos establecidos* (Reglas de Beijing, n° 2). *La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales* (art. 37, CIDN).

Deberá explicarse detalladamente por qué es el último recurso (que se hizo anteriormente) y el tiempo de la internación dando las razones que lo fundan como el tiempo mínimo y necesario. En esa inteligencia se exige: “previo a internar preparará un informe psicológico y social indicando tratamiento y programa requerido. Sumado el informe médico se decide el destino indicando el tratamiento individual, sus objetivos, plazos, medios, etapas y fases en que se han de procurar los objetivos” (Reglas de las Naciones Unidas para menores privados de libertad, n° 27). Si ello se logra antes del tiempo prefijado, se tendrá que dar por cumplida la medida como lo prevé la Regla n° 2 de las Reglas de La Habana. Esta es la gran diferencia con el régimen penal de los adultos.

Lo dicho basta para dejar en claro que este sistema de responsabilidad autónomo, postula medidas absolutamente diferentes de las penas, lo que nos permite avanzar hacia una propuesta superadora que se construya sobre la base de un sistema autónomo, independiente del régimen penal propiamente dicho.

Sabido es que el Derecho Penal es excepcional y opera con restricciones a los derechos de las personas, con lo que imposibilita su desmembramiento o la construcción de organizaciones alternativas por vía de las analogías. Se trata de un derecho estricto y riguroso, por eso exige escrupulosamente la tipicidad de los hechos conforme a normas anteriores.

Pretender ingresar a los menores de edad en una suerte de “parecido” o “aproximado” al sistema penal, nos va generar siempre dificultades de encuadramiento y adecuación dejando a la vista las contradicciones que se alzan como vallados insuperables. En cierta medida ello ha ocurrido como lo señala Cillero Buñol<sup>16</sup>, usando un régimen que so pretexto de aplicar medidas tutelares ha dispuesto verdaderas penas de encierro *sine die*.

<sup>16</sup> Ver, Cillero Bruñol, Miguel, “*Nulla poena sine culpa. Un límite necesario al castigo penal de los adolescentes*”, Instituto Interamericano del Niño.

Sin capacidad no hay culpa y sin esta no hay delito con lo que se torna infranqueable el acceso al régimen penal. No se pueden imaginar capacidades parciales o atenuadas, sea por inmadurez o por senilidad, para concebir variantes menos rigurosas del proceso penal. No podemos fantasear con un régimen penal juvenil o de la tercera edad, que nos habilite para fijar penas distintas, o disimularlas con un eufemismo como el de las medidas. Tenemos que cumplir con la manda convencional y fijar una edad por debajo de la cual no hay capacidad penal para cometer un delito.

Para ese colectivo de personas menores de la edad fijada para la capacidad penal, estimamos necesario un sistema autónomo de responsabilidad aplicable cuando ellos resulten involucrados en un hecho catalogado por el Código Penal.

Como lo he venido sosteniendo a lo largo de esta ponencia, es imposible incluir a los menores de 18 años de edad como personas capaces dentro del régimen penal de los adultos.

En el mejor de los casos para aquellos que persiguen la construcción del poder transnacional fogoneado por la globalización económica bajo la bandera de la seguridad (exclusión arbitraria), se podrá colocar la capacidad penal debajo de esa edad de 18 años e incorporar la edad como una atenuante de la responsabilidad y de la pena. Quedará a la defensa de cada infractor la posibilidad de cuestionar la legalidad de dicha capacidad, y a los jueces el contralor de su constitucionalidad.

Nos parece que lo más apropiado es diseñar un *Sistema de Responsabilidad para los menores de 18 años autores de un hecho catalogado por el Código Penal*, como lo proponemos en el título inicial. En él, la investigación debe estar ceñida a los principios y garantías propias del proceso penal, al menos hasta que se determine que la autoría corresponde a una persona menor de la edad fijada para la capacidad penal. Ello determinará la existencia y autoría del hecho, con lo que se pueden disponer medidas como las que hemos indicados respecto del autor responsable, sin perder de vista a la víctima como recomiendan las Reglas y Directrices. Pero no me puedo quedar tan solo en ello.

En esa tarea imagino un régimen cimentado sobre la base de responsabilidades asimétricas de todos quienes han intervenido o debieron intervenir en el proceso de cuidado, crianza, desarrollo y educación del menor infractor; además de la propia y exclusiva que le cabe al autor del hecho ilícito.

#### **IV. 5. Otras responsabilidades**

Quedarse en la responsabilidad individual del autor nos limitaría a atender solo el emergente despreocupándonos de las causales y lo que es más grave del porvenir de los chicos y de la sociedad.

No es corriente que aquel niño, sujeto de los derechos



protectorios de la Convención, fundamentados en la necesidad de custodiar y facilitar su proceso de desarrollo como persona que procura llegar a su plenitud en condiciones de bastarse a sí mismo en la sociedad adulta, sea el autor responsable de una conducta antijurídica, típica y culpable. En su caso, la infracción a la ley penal, será la comunicación cierta que esa criatura y su proceso de desarrollo tienen dificultades de entidad suficiente para motivar ese comportamiento. Confrontar el proceso de desarrollo de ese niño permitirá conocer los primeros datos causales de la infracción.

Una intervención diagnóstica brindará los elementos indispensables para saber de buena tinta las circunstancias causales y conexas al hecho investigado, al mismo tiempo que contribuye a aclarar la calidad y grado de vinculación de los componentes del ámbito familiar contenedor, el social y educativo que presupone el proceso de desarrollo del infractor, objeto de la protección integral de la norma convencional.

Apuntamos a determinar un entorno destinatario de responsabilidad asimétrica donde aparece en primer lugar la propia familia nuclear, la extensa, su contexto social, y en el destino principal al Estado con una gama de obligaciones.

Avanzando sobre eso podemos decir que el medio o más propiamente las circunstancias que rodean al menor, lo constituyen sus responsables legales (padres, tutores, guardadores, familia extensa, etc.) y con los subsidiarios emergentes de las normas siguientes:

a) Pacto de San José de Costa Rica: Artículo 19: Derechos del Niño: Todo niño tiene derecho a las medidas de *protección* que su condición de menor requieren por parte *de su familia, de la sociedad y del Estado*. Artículo 17. Protección a la Familia. 1. *La familia* es el elemento natural y fundamental de la sociedad y *debe ser protegida por la sociedad y el Estado*.

b) Convención sobre los Derechos del Niño: Artículo 18: “1. *ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño*” a ellos y a los representantes legales les incumbe la responsabilidad de la crianza y el desarrollo del niño. A tal fin, los *Estados Parte les prestarán la asistencia apropiada* (nº 2). Dispositivo que se enriquece con el mandato para el Estado Parte, de respetar “las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención” (art. 5).

c) Directrices de Riad: nº 12 “(...) *los gobiernos y la sociedad* deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa. La sociedad tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental”. Si la familia extensa no puede

cumplir esa función y los intentos de ayuda de la comunidad han fracasado, se debe recurrir a otras posibilidades que se parezcan al ambiente familiar (Directriz n° 14).

Esta confluencia normativa aporta la doble perspectiva sobre los roles de los padres del niño, sus representantes legales, la familia extensa, la sociedad y la asistencia del Estado que no solo debe ser apropiada sino que también debe velar por la existencia de las instituciones idóneas para esos fines.

Aunque parezca obvio, no está demás recordar que nuestra organización legal parte, entre otros, del supuesto que en el nacimiento de una criatura está el compromiso de la mamá y el papá de traerlo al mundo, y hacerse cargo de él, de su cuidado, contención, y educación. Esta base denominada familia nuclear, destinataria del reconocimiento y protección social y estatal, es colocada dentro de la denominada familia extensa. Todos ellos conforman una cadena gradual de obligados a los cuidados del niño.

Viene al caso recordar aquí el voto del Ministro de la Corte Suprema Argentina, doctor Maqueda, cuando señala: “Los niños experimentan su mundo como un ambiente de relaciones, y éstas afectan virtualmente todos los aspectos de su desarrollo intelectual, social, emocional físico, de comportamiento y moral. En la calidad y estabilidad de los vínculos infantiles de los primeros años yace el fundamento de una amplia gama de experiencias posteriores que realmente importan –confianza en sí mismo, salud mental, motivación para aprender, logros escolares y académicos, habilidad para controlar impulsos agresivos y resolver conflictos en forma no violenta, conocer la diferencia entre el bien y el mal, tener la capacidad para concretar vínculos causales y sustanciales y, finalmente, para poder ser él mismo un padre cabal– (...) En palabras del distinguido psicólogo Urie Bronfenbrenner: ‘(...) para desarrollarse normalmente, un niño requiere una actividad conjunta cada vez más compleja y progresiva con uno o más adultos que tienen a su respecto una relación emocional irracional’. Alguien tiene que ‘perder el juicio’ por la criatura. Eso es lo primordial. El principio, el final, siempre”. (caso “A., F. s/ protección de persona”, Ref. A, 418, XLI, CSJN; REX; 13/3/2007). Es que más que una esforzada labor conjunta, la crianza de un hijo demanda un amor y una entrega rayana con lo irracional. Se requieren padres comprometidos al punto de “perder el juicio” por el hijo.

En base a lo dicho, concluyo que todo niño excluido del derecho penal supone un entorno encargado de su cuidado y contención, en el interés propio y el social, al que corresponden las obligaciones de sostén, acompañamiento e inclusión, junto a la de evitar que afecte los derechos de los terceros.

Por eso cuando sucede un hecho catalogado penalmente y su autor resulta ser una persona carente de capacidad en razón de la edad, necesariamente deberán existir otros encargados de su cuidado y contención, los que al momento del

hecho han fallado en sus roles y por tanto deberán asumir la responsabilidad emergente de tal falencia. No se trata de un reproche penal, pero tampoco de dejarlo pasar por alto como un hecho de un tercero ajeno por el que no debo responder. Se trata del hijo, o del pariente, o del que me han delegado su guarda para que le cuide, o enseñe.

En consecuencia, hay una *primera línea* de responsabilidad de distinto grado, que compromete a los encargados del cuidado y que al momento del hecho fallaron, desatendieron, o no cumplieron acabadamente de su rol. El hecho ilícito comunica que el ámbito de contención, no supo, no pudo o no le interesó contenerlo en ese momento. Igualmente dice que la familia extensa tampoco supo, pudo o quiso evitarlo, al igual que el entorno social en que se encontrare el chico (escuela, club, otras instituciones). Ello genera una responsabilidad asimétrica respecto del hecho y su autoría. Obvio que no se trata de una responsabilidad penal.

A ellos les quedará la carga de probar su desvinculación o falta de culpa para eximirse de ella. Tampoco podemos limitar esa obligación al resarcimiento del daño por que no podríamos ir más allá de los representantes legales solamente.

Debemos imaginar una responsabilidad diferente, asimétrica, que no solo actué como un reproche sino que también permita recuperar a los obligados como instrumentos activos en una sociedad que intenta que los niños se críen y eduquen satisfactoriamente, quedando habilitados para su inclusión en la sociedad de los mayores.

Aparte de esa primera línea, aparece una *segunda línea*, vinculada a la historia del niño, y a lo que razonablemente debió sucederle, pero no se dio de esa manera previsible.

Presumo que desde el parto hasta la llegada e inclusión en la sociedad adulta, el niño recorre un largo camino en el que debe contar con la asistencia, guía, cuidado, contención, y acompañamiento, propio de la protección integral, por parte de quienes resultan comprometidos para ello, esto es su familia nuclear, la extensa, los integrantes de la sociedad y de sus instituciones, el Estado y sus agentes.

Igualmente, digo que el accionar delictivo de una persona no aparece como algo abrupto, intempestivo, usualmente no es un brote sino que en la generalidad de los casos hay una marcha gradual propia de la edad y madurez, donde los chicos avanzan por ensayo y error.

Siendo así, su entorno y encargados de la inserción, estando atentos con sus sentidos prestos como corresponde, debieron advertir, ver señales, oportunamente que no todo andaba bien y que el niño producía manifestaciones que alertaban sobre su apartamiento de lo que debía ser su proceso de desarrollo hacia la plenitud. Ello tuvo que ser avisado y rectificado por lo que dicha indiferencia, desidia, apatía o indolencia genera una responsabilidad distinta y por eso asimétrica.

Seguramente que en varios de estos puntos aparecerá el

Estado representado por sus agentes, ausentes o negligentes, que no intervinieron en tiempo y forma. No se trata solo de su vinculación con la Escuela o el Hospital o la Sala de Salud del vecindario, también se lo debe ver en los casos que haya armas de fuego, alcohol, drogas, y en general, las falencias y omisiones del Estado como garante de los derechos de las personas.

Como si se tratara de una galería de la responsabilidad, desfilarán por una o ambas líneas, los padres, los miembros de la familia extensa, y los que han sido encargados de los “cuidados” del niño, ya sean guardadores judiciales o legales a quienes los padres han delegado en parte algún cuidado inherente a la educación o guarda del menor. Reitero la regla ya citada: El sistema espera que *la familia, la escuela y otras instituciones de control social oficioso reaccionen de forma adecuada y constructiva* (Reglas de Beijing, n° 11).

Recordemos que las Directrices de Riad reclaman la atención prioritaria de las necesidades y el bienestar de la familia y sus miembros (n° 11); que tanto el gobierno como la sociedad deben preservar la integridad de la familia, incluso la extensa (n° 12) destacando la obligación social de ayudarlos a cuidar y proteger sus hijos y asegurar su bienestar físico y mental; y el gobierno debe asistirlos en situaciones de inestabilidad o conflicto (n° 13); y cuando se pierde ese ámbito familiar, la comunidad ya no puede ayudar, deben procurarse alternativas similares a la familiar (n° 14), concordando con lo que manda el artículo 20 de la Convención de los Derechos del Niño. Así se deja en claro cómo es y hasta dónde llega el entorno de contención del niño, sino también cuáles son las responsabilidades del Estado.

En definitiva, el sistema autónomo que postulamos, además del esclarecimiento del hecho ilícito y su autoría, persigue deslindar responsabilidades por el hecho y por sus causas, sin perder de vista a la víctima del ilícito, inspirado en un espíritu restaurador, no solo de los efectos del hecho, sino también de las causales que lo motivaron.

# El desplazamiento del derecho penal en cuestiones relacionadas con la enfermedad mental

Virginia Sansone\*

“No siempre se está seguro de no soñar,  
nunca se está cierto de no estar loco”.

Descartes

## I. Introducción

La evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, actualmente pone en jaque el sistema de salud mental vigente en nuestro país respecto de los enfermos mentales internados bajo jurisdicción penal.

La incorporación de diversos instrumentos internacionales que establecen los principios básicos que deben regular la materia obliga a reelaborar y/o readaptar las normativas vigentes.

Desde nuestra postura crítica al sistema actual de imposición de medidas de seguridad en el ámbito penal, intentaremos aportarle al lector nuevos enfoques sobre una vieja cuestión, que posibiliten el reconocimiento de derechos a estos actores sociales vulnerables que son los enfermos mentales.

Para ello se requerirá un cambio de paradigma desde un sistema de institucionalización y detención arbitraria a un sistema inclusivo basado en leyes de salud mental que sean consistentes con los estándares internacionales de derechos humanos.

## II. Evolución histórica

En su origen, la criminología tuvo como función específica, cognoscitiva y práctica, individualizar las causas y los factores que determinan el comportamiento criminal, para así combatirlos con una serie de medidas que tienden, sobre todo, a modificar al infractor. La concepción positivista de la ciencia como estudio de causas ha apadrinado a la criminología.

Las teorías de la criminalidad se fundamentaban en las características biológicas y psicológicas que diferenciarían a los sujetos “criminales” de los individuos “normales”, y en la negación del libre arbitrio mediante un rígido determinismo. Estas teorías estaban inspiradas en la filosofía y en la psicología del positivismo naturalista, que predominó entre fines del siglo pasado y comienzos del presente<sup>1</sup>. La corriente mencionada se ocupó fundamentalmente del estudio clínico del

\* Defensora Pública Oficial por ante los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal.

<sup>1</sup> Baratta, Alessandro, “Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal”, en *Introducción a la sociología jurídico penal*, Siglo XXI, Buenos Aires, p. 21.

“hombre delincuente” concebido genéticamente como tal y cuyos comportamientos debían evitarse. Gran parte de la científicidad europea se involucró en ello y trabajó en el tema. Así se realizaron varios congresos de Antropología Criminal, el primero en la ciudad de Roma en 1885 y el séptimo en Colonia en 1912<sup>2</sup>.

La posibilidad de individualizar las señales antropológicas de la criminalidad y de observar a los individuos que se encontraban en zonas rígidamente circunscriptas como la cárcel y el manicomio judicial, generó esta disciplina científica. Es por esto por lo que se tiende a ver en las escuelas positivistas el comienzo de la criminología como el de una nueva disciplina, con un discurso autónomo que no tiene por objeto el delito considerado como concepto jurídico, sino al delincuente como un individuo *diverso* y, en cuanto tal, como clínicamente observable<sup>3</sup>.

Las ideas positivistas representadas por Lombroso, Ferri y Garófalo fueron difundidas por la famosa revista *Scuola Positiva*. Los nombrados fueron reconocidos como cabezas visibles de este movimiento, las diferencias –entre otras ideológicas– de los tres fueron muy importantes.

El período comprendido desde el último cuarto del siglo XIX hasta terminada la Primera Guerra Mundial, marcado por el positivismo médico y criminológico, se caracterizó por la violenta represión ejercida desde el Estado a través de las fuerzas policiales, de ello dan cuenta los registros de las prisiones y de los hospitales<sup>4</sup>.

Ferri tomó a su cargo la clasificación de los delincuentes, distinguiéndolos en: nato, loco, habitual, ocasional y pasional. En el primero encontró una carga congénita y orgánica hacia el delito que impedía la resocialización; al loco le adjudicó una anomalía psíquica de carácter moral que lo inducía a delinquir; al habitual le imputó una tendencia a delinquir adquirida pero sin base orgánica; en el ocasional reconoció proclividad delictiva, de la cual se desvincula si el medio no favorece la impunidad del hecho; y finalmente sostuvo que el pasional tiene facilidad de exaltarse, síntoma que lo diferencia del ocasional<sup>5</sup>.

Garófalo creó el concepto de “delito natural” y denominó enemigos naturales a aquellos que violentaren las valoraciones jurídicas que debían ser respetadas por todos los seres humanos poseedores de sensibilidades sanas y “naturales”. Los dos sentimientos básicos y naturales fueron, por lo tanto, la piedad y la probidad, y en consecuencia consideró delito todo aquello que contradijere esos sentimientos.

Este autor introdujo la noción de “peligrosidad”, a la que definió como “perversidad constante y activa”, mediante la cual enseñaba que la pena no debía ser proporcional al daño ocasionado sino a la peligrosidad del sujeto. Su ideología consistió en reprimir y separar a los peligrosos de la gente proba y piadosa, sostuvo así las deleznales conse-

<sup>2</sup> Anitua, Gabriel I., *Historias de los pensamientos criminológicos*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 184.

<sup>3</sup> Baratta, “Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal”, cit., p. 21.

<sup>4</sup> Ídem, ps. 186 y 187.

<sup>5</sup> Ídem, p. 188.



cuencias de inocuización como solución frente a los enemigos “peligrosos”<sup>6</sup>.

José Ingenieros fue uno de sus mayores exponentes nacionales del positivismo criminológico al concebir a la criminalidad como una enfermedad psicológica y moral que amenazaba la salud social; esta concepción postuló un sistema médico legal de reclusión en asilos psiquiátricos paralelo al sistema de prisión para delincuentes<sup>7</sup>.

Este autor distinguió a los delincuentes por sus anomalías morales, intelectuales y volitivas. Propuso un programa de criminología que incluía tres momentos: etiología criminal, clínica criminológica y terapéutica criminal. La primera buscaría las causas, que podían ser biológicas o ambientales. La segunda trataría de determinar la temibilidad del delincuente y la tercera, la pena concebida como terapéutica, debería asegurar la defensa social a través del aislamiento en instituciones de distinto tipo<sup>8</sup>.

En esta concepción, la medida de seguridad constituyó un salvoconducto para ampliar el control penal de las exenciones de responsabilidad, y reservarse la facultad de curar o corregir a las personas incapaces acusadas de cometer un hecho antijurídico.

Ella responde al concepto de peligrosidad, sobre la determinación delictual, que considera al ser humano como un ente causante de un mal que necesita ser neutralizado<sup>9</sup>.

La peligrosidad fue definida en este marco, como “el estado de inadaptación social de un individuo, exteriorizado por conductas contrarias a la ordenada convivencia, tipificadas como delictivas o antisociales, del que se deriva la relevante probabilidad de que continuara realizando acciones dañosas para la sociedad”.

El concepto de “peligrosidad” contiene un fuerte ingrediente subjetivo que atenta contra el principio de la certidumbre o taxatividad –integrante del principio de legalidad– que debe prevalecer en las normas penales generales y/o especiales y abre las puertas a la vaguedad, lo que permite ampliar ilegítimamente el margen punitivo del Estado.

En tiempos pasados, se sostuvo la idea de peligrosidad del diferente como fruto del orden policial. La policía cumplía un rol de garante de un sistema homogeneizante que desconfía de lo diferente; este sistema otorga un rango científico al prejuicio público y policial que concluye con identificar al *loco* –y a todo diferente– como *peligroso*<sup>10</sup>.

La psiquiatría y la psicología, distinguen dos conceptos estrechamente vinculados, el de “peligrosidad social” y el del “individuo socialmente peligroso”.

El primero de ellos se basa en la existencia de un estado peligroso para la sociedad, demostrado por la acción anterior de un delito, quedando reservado al juez la calificación de sujeto peligroso en cada caso, y ubicando a la psiquiatría y psicología sólo como auxiliares de él, quienes le

<sup>6</sup> Ídem, p. 190.

<sup>7</sup> Hegglin, María Florencia, *Los enfermos mentales en el derecho penal. Contradicciones y falencias del sistema de medidas de seguridad*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006, ps. 308 y 309.

<sup>8</sup> Anitua, *Historias de los pensamientos criminológicos*, cit., p. 207.

<sup>9</sup> Zaffaroni, Eugenio; Alagia Alejandro y Slokar Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 68.

<sup>10</sup> Ídem, 884.

aportan los informes periciales sobre el estado de salud mental de la persona.

Antagónico es el concepto de “individuo socialmente peligroso”, que responde al análisis de la potencial o futura proclividad delictiva del enfermo mental.

La potencial peligrosidad del enfermo mental, fue largamente analizada, desde la psiquiatría y la psicología girando la cuestión sobre la agresividad del sujeto.

Tres teorías, fundamentales, intentaron justificar la agresividad: las biológicas, las psicológicas y las multifactoriales.

Las biológicas –Lombroso–, identificaban el trastorno en anomalías antropológicas y genéticas; las psicológicas –Sigmund Freud– buscaron la explicación de la agresividad en vivencias subconscientes con origen en el pasado remoto de la persona y sólo pueden ser captadas a través de la introspección<sup>11</sup>.

El estudio, desde la óptica de la multifactorialidad, domina hoy el campo<sup>12</sup>, que se refiere a la conducta criminal, como un comportamiento de raigambre multifactorial determinante, que no es posible limitarlo a la personalidad patológica, sino también a la actuación de diferentes factores sobre la personalidad.

Esta posición aporta la desvinculación de enfermedad mental y peligrosidad criminal como una categoría irrefutable.

### **Regulación positiva en el ámbito nacional**

Los viejos códigos liberales no contenían disposiciones positivistas en el ámbito del derecho penal, no preveían ningún tratamiento diferencial entre los enfermos mentales que habían sido absueltos por la justicia penal y los que nunca habían ingresado a ella.

El código Tejedor cuando establecía alguna disposición era en ausencia o para suplir deficiencias de la legislación psiquiátrica o civil o como mera medida de coerción administrativa.

Lamentablemente este sistema involucionó con la influencia de las ideologías positivistas, que incorporaron la reclusión penal para incapaces psíquicos.

Esto obedeció a la vigencia, a nivel mundial, de la escuela positivista, apartando las ideas de la escuela clásica.

Los postulados de la escuela liberal –siglo XVIII y primera mitad del XIX– eran diferentes de los que caracterizan la criminología positivista. En efecto, no consideraba al delincuente como un ser diferente de los demás, no partía de la hipótesis de un rígido determinismo sobre cuya base la ciencia tuviese por cometido una investigación etiológica sobre la criminalidad, sino que se detenía sobre todo en el delito entendido como concepto jurídico, es decir como violación del derecho y también de aquel pacto social que se hallaba, según la filosofía política del liberalismo clásico, en la base

<sup>11</sup> Hegglin, *Los enfermos mentales en el derecho penal*, cit., ps. 75-77.

<sup>12</sup> *Ibidem*; señala la autora que estas referencias, especialmente se limitan a la situación en España.

del Estado y del derecho. El delito surgía de la libre voluntad del individuo, no de causas patológicas, y por ello, desde el punto de vista de la libertad y de la responsabilidad moral de las propias acciones, el delincuente no era diferente, según la escuela clásica, del individuo normal<sup>13</sup>.

En consecuencia, el derecho penal y la pena eran considerados por la escuela clásica no tanto como un medio para modificar al sujeto, sino sobre todo como un instrumento legal para defender a la sociedad del crimen. Los límites a la potestad punitiva del Estado, estaban señalados por la *necesidad o utilidad* de la pena y por el principio de legalidad.

En la actualidad, sin perjuicio de que el derecho penal está regido por el principio de la culpabilidad por el hecho, encontramos innumerables inferencias que responden a la personalidad del autor.

Así se justifican las teorías de la doble vía, las pautas para graduar las sanciones, el control de los enfermos mentales imputados de infracciones penales y la reincidencia, entre otras cuestiones.

No abunda recordar que las medidas de seguridad y corrección son fruto de este pensamiento.

Aquellos que defienden las tesis de la inclusión del control penal sobre los enfermos mentales, lo hacen desde la óptica de no establecer diferencias entre el derecho penal concebido sobre la base del principio de culpabilidad y las llamadas medidas de seguridad como segunda vía de reacción punitiva.

Basados en el equilibrio entre los intereses de protección estatal y los intereses particulares de libertad del justiciable, entienden que la peligrosidad de un sujeto puede ser en particular tan grave para la colectividad, que la pena ajustada a la culpabilidad no resulta suficiente para protegerla.

Roxin<sup>14</sup> lo demuestra mediante la siguiente premisa: cuando un enfermo mental que sólo es imputable en una pequeña medida comete hechos violentos graves y es previsible que los vuelva a cometer, entonces su reducida culpabilidad justifica sólo una pena pequeña, pero la protección de la generalidad hace necesario además de eso que se le ingrese en un hospital psiquiátrico en atención a los fines de corrección y aseguramiento.

Semejante es el caso de los adictos al alcohol y toxicómanos, cuyo grado de culpabilidad es ínfimo y que deben ser ingresados en un establecimiento de deshabitación o desintoxicación para evitar lo peligrosos que de ellos pueden provenir.

Jescheck sostiene al respecto que la pena fijada según la culpabilidad por el hecho puede no bastar en su misión preventiva porque su duración no siempre será suficiente para ello, y es posible que resulte necesario aplicar a su vez un tratamiento médico, pedagógico o terapéutico, por esto es que la pena debe ser completada con *medidas* cuya única finalidad

<sup>13</sup> Baratta, "Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal", citado.

<sup>14</sup> Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, t. 1, Civitas, Madrid, 1997, p. 104.

consiste en combatir con la peligrosidad del autor para el futuro, expresada en el hecho y en su vida anterior<sup>15</sup>.

Este sistema de doble vía implica la imposición de una pena más el plus de la medida de seguridad.

La ley de estupefacientes (ley 23.737) contempla la posibilidad de aplicar el sistema de doble vía mediante la imposición de medidas de seguridad de carácter curativo o educativo.

Excede el contenido del presente estudio el análisis del sistema de la doble vía, pues es intención referirnos a las medidas de seguridad impuestas a los enfermos mentales. Pero ello no nos exime de señalar sus reiteradas críticas.

Abundante bibliografía se ha dedicado al tema, desde tiempo atrás, demostrando el endeble sustento constitucional.

Estos cuestionamientos originaron la puesta en “crisis de la doble vía”<sup>16</sup> y el llamado “fraude de etiquetas”<sup>17</sup>.

La crítica generalizada a la imposición de la medida de seguridad en el ámbito penal responde, a su propia naturaleza, que intenta evitar que un sujeto “peligroso” cometa un delito, anticipando la pena.

Esto demuestra que en los sistemas de “doble vía” el sujeto sometido a medida y pena, sufre un castigo y un control para el futuro, debido a su conducta precedente. Es decir que aquel que entró al ámbito penal, y a su vez padece de una enfermedad, en general adicciones, tiene casi vedada la posibilidad de salir. No le basta con cumplir su condena sino que también debe curarse.

En estas condiciones, a los enfermos mentales que protagonizan un conflicto criminalizado, declarados inimputables, se les aplica solamente la medida de seguridad que en general se traduce en un internamiento manicomial por tiempo indeterminado.

Medida que no deja de revestir la calidad de una pena. La distinción tradicional entre penas y medidas respondía a que la primera tiene un contenido expiatorio en tanto la segunda consiste en una privación de derechos que persigue una finalidad tutelar que no supone sufrimiento, y que por ser efecto de una manifestación de “estado peligrosos” no puede tener un término preciso de expiración como la pena.

Estos criterios de distinción en la actualidad han perdido valor porque las penas están destinadas a lograr la prevención especial, desplazando el fin expiatorio al ensayarse tratamiento orientados a lograr la readaptación social del condenado<sup>18</sup>.

Para sancionar una conducta, la ley penal se funda en el libre albedrío, como presupuesto de la imputabilidad penal, es decir un sujeto es imputable si tiene capacidad psíquica de culpabilidad para responder por sus injustos.

La doctrina mayoritariamente ha dejado de lado el término culpabilidad para referirse a la expresión de imputa-

<sup>15</sup> Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Comares, Granada, 1993, p. 74.

<sup>16</sup> Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976, p. 117.

<sup>17</sup> Hassemer, Winfried y Muños Conde, Francisco, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 165.

<sup>18</sup> Righi, Esteban y Fernández Alberto, *Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, ps. 60 y 61.

ción personal<sup>19</sup>, por tener la ventaja de dejar en claro que en esta parte de la teoría del delito se trata solo de atribuir –imputar– el desvalor del hecho penalmente antijurídico a su autor.

No en todos los casos, los hechos antijurídicos pueden ser imputados a sus autores, ello ocurre cuando carecen de la capacidad personal de evitar la comisión del hecho.

Esta incapacidad personal de evitar el hecho puede proceder de alguna de las causas de inimputabilidad, cuando llegan al grado de excluir por completo la posibilidad de evitar materialmente el hecho.

Estas causales de inimputabilidad están previstas en la primera parte del artículo 34 del Código Penal, y también la facultad de imponer medidas de seguridad.

Las consecuencias que generan estas facultades nos obligan a repensar y cuestionar el contenido del artículo 34 del Código Penal, en lo atinente a la imposición de medidas de seguridad.

### **Regulación en el ámbito internacional**

El 30 de marzo de 2007, la Organización de las Naciones Unidas presentó para su firma la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades<sup>20</sup>. República Argentina fue uno de los primeros países en el mundo en firmar esta Convención<sup>21</sup>.

El instrumento internacional reafirma la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidades los ejerzan plenamente y sin discriminación.

A su vez, compromete al Estado argentino a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos.

Específicamente en su artículo cuarto, punto primero, acápite “b” detalla el compromiso de tomar medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas que vulneren el principio de igualdad.

En el artículo quinto reconoce que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ello, que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de ella en la misma medida sin discriminación por cualquier motivo.

Puntualmente, en el marco de la materia a tratar, personas con discapacidades mentales privadas de libertad, los artículos catorce y quince establecen los principios y derechos fundamentales que deben respetarse.

El punto dos del artículo catorce reza “Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidades que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los dere-

<sup>19</sup> Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Barcelona, 1998, p. 539.

<sup>20</sup> Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 61 período de sesiones el 13 de diciembre de 2006, disponible en [www.un.org/esa/socdev/enable/conventioninfo.htm](http://www.un.org/esa/socdev/enable/conventioninfo.htm).

<sup>21</sup> Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidades. Proyecto de ley, Honorable Cámara de Diputados, Expte. N° 2477-D-2007, trámite parlamentario 57 (24/5/2007). Sumario: Aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades, adoptada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Giro Comisiones: Relaciones Exteriores y Culto. Discapacidades.

chos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables”.

La protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes está incluida en el artículo quince, donde se prevé la adopción de medidas para evitar, que las personas en igualdad de condiciones con las demás, sean sometidos a los referidos tratos.

Otros instrumentos internacionales también tratan las normas específicas para este continente de personas: entre ellos pueden citarse los Principios de las Naciones Unidas para la protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental –llamadas Principios de Salud Mental–, las Normas Uniformes de las Naciones Unidas sobre la Equiparación de Oportunidades para las Personas con Discapacidad –Naciones Unidas 1993–, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad –OEA 1999– y la Recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad Mental –CIDH, 2001.

### **Nuevo paradigma y enfoque legal**

El reconocimiento de los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidades los ejerzan plenamente y sin discriminación, desvirtuó la visión del enfermo mental como un sujeto criminalmente peligroso.

En los últimos tiempos ha operado un cambio de paradigma respecto de los enfermos mentales; han dejado de ser considerados objetos del derecho penal, sometidos a tutela judicial, para transformarse en sujetos de derecho que merecen un trato diferenciado.

Esta nueva postura obliga a replantear la vigencia de las medidas de seguridad de los enfermos mentales inimputables en el ámbito del derecho penal, y trasladarlos hacia otro sistema jurídico que respete su condición y reconocimiento pleno de sus derechos fundamentales<sup>22</sup>.

No es racional sostener que una persona por el azar de haber ingresado al sistema penal, resulte sometida a la potestad de sufrir una medida indeterminada, que vulnera elementales principios constitucionales, de los cuales gozan los demás sujetos criminalizados.

El tratamiento al cual debe sometérselos está regulado en disposiciones legales del ámbito de la psiquiatría, por lo tanto la agresividad de un enfermo mental no debe estar sometida a la intervención punitiva, sino a las características propias de la enfermedad, que deben ser valoradas en cada caso por un juez no penal.

Este derecho psiquiátrico, por ejemplo en el ámbito de la

<sup>22</sup> Heggin, *Los enfermos mentales en el derecho penal*, cit., p. 144.



Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ha evolucionado con el dictado de varias disposiciones legales a favor de iniciativas de reforma del sistema de salud mental. La propia Constitución de la ciudad<sup>23</sup> de 1996, prevé los postulados para la reforma sobre la base de que las políticas de salud mental no deben estar orientadas hacia el control social o castigo de las personas, sino que deben dirigirse a la desinstitucionalización progresiva y a la creación de una red de servicios de protección social.

La ley 448 de la Ciudad Autónoma, aprobada en el año 2000, reconoce varios de los estándares internacionales de derechos humanos para el tratamiento de los pacientes mentales en el sistema de salud mental. Entre los derechos y garantías que reconoce se destaca el de brindar atención personalizada, rehabilitación e integración en la comunidad, prevalecencia de tratamientos ambulatorios.

Estos nuevos enfoques, reflejados en los incipientes avances legislativos, demuestran que la regulación penal sobre la materia, esta transitando una crisis constitucional, de acuerdo a lo que allí se establece sobre las personas institucionalizadas sometidas a tratamiento en instituciones psiquiátricas carcelarias.

Así el artículo 34 del Código Penal otorga al juez la posibilidad de ordenar la reclusión del sujeto enfermo mental en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a terceros, en los casos de enajenación. En los restantes supuestos, podrá ordenar la reclusión hasta que compruebe la desaparición de las condiciones que hacen peligroso al sujeto.

Zaffaroni, desde su visión crítica, identifica a las medidas de seguridad que establecen los párrafos segundo y terceros de este artículo para incapaces psíquicos del delito, como penas de reclusión<sup>24</sup>. Existe un amplio consenso en aceptar que no hay distinción entre las penas y las medidas de seguridad, lo que implica que aquella persona que se encuentre sometida a una medida de seguridad no debería recibir el mismo trato que el condenado a cumplir una pena.

Es más, la imposición de una pena respeta el sistema de legalidad, mientras que las medidas de seguridad adolecen de vicios constitucionales.

Reiteramos que las características de esta última conllevan a la vulneración de principios constitucionales.

El principio de intervención mínima, al que adherimos, considera que debe prescindirse de la intervención estatal punitiva, siempre que en el caso en cuestión, se pueda recurrir a similares o superiores medios menos lesivos, como por ejemplo, medidas estatales de política social, medidas propias del derecho civil, administrativo o incluso medios no jurídicos de control social<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 21, párr. 12. Esta norma dispone que las políticas reconocerán a las personas que reciben servicios de salud mental como sujetos de derecho, garantizando su atención en establecimientos estatales que no tengan como fin el control social y erradicarán el castigo. Las políticas están orientadas a la desinstitucionalización progresiva.

<sup>24</sup> Zaffaroni; Alagia y Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 884.

<sup>25</sup> Silva Sánchez, Jesús María, "Aproximación al derecho Penal Contemporáneo", Bosch, Barcelona, 1992, p. 242.

Si el fin del control sobre los enfermos mentales es curarlos, respetando el carácter subsidiario del derecho penal, este tiene que ceder su lugar de control social y dejar espacio para que de ello se encarguen otras instancias estatales.

El principio de proporcionalidad regula la intervención penal en punto a la imposición de la pena de acuerdo a la valoración de los hechos. El baremo que determina que “ese” hecho merece “esa” pena está dado en función de coordenadas históricas y socioculturales, acordes con el daño social causado.

En consecuencia, la imposición de la medida de seguridad en el ámbito penal justificada por la peligrosidad del enfermo, trasunta una contradicción con los postulados del principio de proporcionalidad.

La intervención de carácter penal prevista para contrarrestar la peligrosidad “futura” del enfermo mental, fundada en las condiciones personales del autor y supeditada a la evolución de la enfermedad, es contraria al derecho penal basado en el acto cometido.

Este principio deriva del principio de culpabilidad, y su función esencial es limitar el monto punitivo de acuerdo al hecho reprochado, lo que se desvirtúa en la imposición de las medidas de seguridad cuyo cese dependen de la curación del enfermo, lo que implica, en algunos casos, una privación de libertad indeterminada en el tiempo.

El principio de igualdad, que asegura que las personas con discapacidades que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos<sup>26</sup>.

Es innegable la estrecha relación existente entre los principios de proporcionalidad e igualdad; este último ha de ser invocado frente a vulneraciones de otros derechos y libertades reconocidos constitucionalmente cuando ellas se produzcan en virtud de la adopción de medidas desproporcionadas.

Estos principios poseen diferente estructura y eficacia jurídica, el de igualdad actúa equilibrando y enlazando, y el de proporcionalidad aislando e individualizando<sup>27</sup>.

A la transgresión de los principios apuntados, debe sumarse que las actuales condiciones de internación a las que están sometidas las personas con discapacidades mentales vulneran un gran número de derechos y garantías previstos tanto en el orden interno como en el internacional, en el marco de la vigencia de los derechos humanos.

Así la Comisión Europea de Derechos Humanos determina que la detención de una persona con discapacidad mental en condiciones terribles sin darse consideración alguna a su tratamiento constituye un tratamiento inhumano o degradante<sup>28</sup>.

La misma Comisión Europea, en otros casos, puntualizó que el encarcelamiento de un discapacitado mental bajo con-

<sup>26</sup> Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidades, art. 14.

<sup>27</sup> González Cuellar Serrano, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Colex, Madrid, 1990, p. 59.

<sup>28</sup> Caso “A. v. United Kingdom”, Application No. 6840/74, 3 E.H.R.R. 131 (1980). Se trataba de un paciente aislado en un hospital psiquiátrico que estuvo durante cinco semanas sin ropa, elementos para el aseo, muebles o ventilación. El trámite del caso concluyó con un acuerdo amistoso, por el cual el Reino Unido se comprometió a reformar la ley de salud mental y asegurar la provisión de vestimenta, colchones, letrinas portátiles y papel higiénico a los internos, conforme a los estándares sobre trato humano consagrados en la Convención Europea de Derechos Humanos.

diciones deplorables y sin tratamiento médico puede considerarse como un tratamiento inhumano o degradante. En el caso “Herczegfalvy v. Austria” reiteró que el no proporcionar tratamiento médico a prisioneros o pacientes mentales, puede constituir una violación a las normas de la Convención Europea de Derechos Humanos que consagran la prohibición de infligir tratamientos o castigos inhumanos o degradantes<sup>29</sup>.

En la jurisdicción americana la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Ximenes Lopes vs. Brasil<sup>30</sup> resolvió una demanda por violación de los derechos a la vida, a la Integridad Personal, a las Garantías Judiciales y a la Protección Judicial, todos consagrados en la Convención Americana por las supuestas condiciones inhumanas y degradantes de la hospitalización una persona con discapacidad mental, que finalmente falleció mientras se encontraba sometido a tratamiento psiquiátrico.

EL Tribunal, en este caso, se expidió sobre la especial atención que los Estados deben a las personas que sufren discapacidades mentales en razón de su particular vulnerabilidad<sup>31</sup>.

Con relación a la salvaguarda de la vida y la integridad personal, considero que las personas con discapacidad que viven o son sometidas a tratamientos en instituciones psiquiátricas, son particularmente vulnerables a la tortura u otras formas de trato cruel, inhumano o degradante, agravado por el alto grado de intimidación que caracteriza a los tratamientos psiquiátricos, que torna a esas personas más susceptibles a tratos abusivos cuando son sometidos a internación.

Las premisas internacionales y la jurisprudencia supranacional, confrontan con la regulación penal en la materia de enfermos mentales.

Deben destacarse los recientes avances jurisprudenciales nacionales, que afortunadamente conllevan a repensar el sistema deficitario de salud mental.

Así la Corte Suprema de Justicia de nuestro país en el año 2005 resolvió en el fallo “Tufano”<sup>32</sup> que en los casos de hospitalización psiquiátrica involuntaria o coactiva, es “esencial el respeto al debido proceso en resguardo de los derechos fundamentales”, se remarcó el cumplimiento de las garantías por tratarse de un continente de sujetos caracterizados por su vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono.

En este fallo el Superior Tribunal basado en los Principios Básicos de Salud Mental estable que la internación coactiva debe limitarse solo a los casos donde “exista un riesgo grave de daño inmediato o inminente para esa persona o para terceros”.

En esta misma línea de reconocimiento de derechos, recientemente –19 de febrero de 2008– el mismo Tribunal Superior en el fallo “R. M. J. s/insania” sobre la base de considerar a las personas con padecimientos mentales como integrantes de un “grupo de riesgo” cuyo pleno y libre goce de

<sup>29</sup> “Ashingdane v. United Kingdom”, Application No. 8225/78, Serie A No. 93,6 E.H.R.R. 50 (1984). *“Other provisions of the Convention, Art. 3 (the prohibition on torture, inhuman or degrading treatment, or punishment) and Art. 18 (the prohibition on using permitted Convention restrictions for ulterior purposes) might be in issue were a mental health patient to be incarcerated in appalling conditions with no consideration being given to his treatment”*. “Herczegfalvy v. Austria”, párr. 242, *“The Commission has repeatedly considered the medical treatment of prisoners or mental health patients under Article 3 of the Convention. Failure to provide adequate medical treatment may be contrary to this provision”*.

<sup>30</sup> Sentencia del 4 de julio de 2006.

<sup>31</sup> La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad.

<sup>32</sup> CSJN, “Tufano, Ricardo Antonio s/internación”, rta. 27/12/2005.

derechos fundamentales se ve cercenado, remarcó la necesidad de establecer una normativa de protección eficaz.

Esta normativa debe orientarse a la rehabilitación y reinserción del paciente en el medio familiar y social en tanto hoy nadie niega que las internaciones psiquiátricas que se prolongan innecesariamente son dañosas y conllevan, en muchos casos, marginación, exclusión, maltrato y no es infrecuente que conduzca a un “hospitalismo” evitable.

Allí se estableció la vigencia de los principios de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, igualdad y tutela judicial de las condiciones de encierro forzoso, sea por penas, medidas de seguridad o meras internaciones preventivas y cautelares, los cuales actualmente se ven fortalecidos y consolidados en la Constitución Nacional<sup>33</sup> e instrumentos internacionales<sup>34</sup> y otros convenios que obligan al Estado Nacional<sup>35</sup>.

El fallo remarco la existencia de diferentes normas<sup>36</sup> que reconocen y protegen los derechos de las personas con discapacidad. Y basado en ello fijó un catálogo de derechos mínimos específicos para quienes padezcan trastornos psíquicos que deben ser respetados rigurosamente... “Entre ellos cabe mencionar a los siguientes: a) derecho a ser informado sobre su diagnóstico y sobre el tratamiento más adecuado y menos riesgoso, b) derecho a un examen médico practicado con arreglo a un procedimiento autorizado por el derecho nacional, c) derecho a negarse a recibir un determinado tratamiento o formatos terapéuticos, d) derecho a recibir los medios adecuados tendientes a la cura o mejoría donde las negligencias o retardos en la prestación de un tratamiento pueden restar justificación a la internación, y volverla ilegítima, e) derecho a la continuidad del tratamiento, f) derecho a la terapia farmacológica adecuada, del que se deriva que la medicación no debe ser suministrada al paciente como castigo o para conveniencia de terceros, sino para atender las necesidades de aquél y con estrictos fines terapéuticos, g) derecho a un registro preciso del proceso terapéutico y acceso a éste, h) derecho a la confidencialidad del tratamiento, incluso después del alta o la externación, i) derecho a la reinserción comunitaria como un eje de la instancia terapéutica, j) derecho al tratamiento menos represivo y limitativo posible, k) derecho a no ser discriminado por su condición”.

En el punto 12 del decisorio se señaló que en la práctica, más allá de que la medida de internamiento posea un carácter terapéutico, se lleva a cabo una auténtica privación de libertad de la persona. Por ello y de acuerdo a los Principios de Salud Mental de las Naciones Unidas de 1991, el internamiento involuntario sólo debe tener un carácter excepcional y es necesario realizar todos los esfuerzos posibles para evitar el ingreso en contra de la voluntad del paciente.

A fin de avalar las posturas enunciadas el fallo analizó jurisprudencia y normativas internacionales<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Arts. 16, 17, 19, 33, 41, 43 y 75, incs. 22 y 23, CN.

<sup>34</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos art. 25; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre art. XI; Convención Americana sobre Derechos Humanos arts. 7, 8 y 25; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos arts. 7, 9, 10 y 14; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12.

<sup>35</sup> Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidades, aprobada por ley 25.280, vigente desde el 14/9/2001.

<sup>36</sup> Código Civil; leyes 22.431, 24.901 y 23.592; art. 36, inc. 5, Constitución de la provincia de Buenos Aires; art. 65, Constitución de la provincia de Catamarca; art. 27, Constitución de la provincia de Córdoba; art. 72, Constitución de la provincia de Formosa; art. 48, Constitución de la provincia de Jujuy; art. 42, Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; ley 448, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

<sup>37</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos y Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

38 "RMJ", *La Ley*, 1987-C, 411, DJ 987-2, 875, 30/12/1986.

39 Res. Interlocutoria N°4/2007, Juzgado de Ejecución Penal de Córdoba a cargo del Dr. Daniel Cesano, se dispuso el cese de la medida de seguridad. La fundamentación del juez se centró en que "la mera declaración de inimputabilidad (en los términos del artículo 34, inciso 1°, del Código Penal) no autoriza la intervención estatal a través de la imposición de la medida de seguridad prevista en el párrafo 2°, del inciso 1° de la misma disposición. Para que ello sea posible, además, resulta necesario que concurra un peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás (...) una persona acusada de la comisión de un delito puede en los términos de la ley, ser declarada inimputable por padecer una mental sin que esa declaración conlleve, necesariamente, un juicio de peligrosidad en su contra ni una medida seguridad privativa de libertad (...) la medida de seguridad tiende, fundamentalmente, a hacer desaparecer el peligro, que justificó su dictado, por eso en el momento de analizar la posibilidad de cese, es importante distinguir entre curación y desaparición del peligro. En mi concepto la peligrosidad debe comportarse como un límite frente a la intervención estatal. En efecto aún en aquellos casos en los que la patología no se haya curado, si el juicio pericial recomienda la externación del paciente –sin mengua de la continuidad del tratamiento terapéutico– esta circunstancia ya habilita el cese de la medida de seguridad: en este sentido la doctrina es categórica: el cese de la medida se condiciona a la desaparición del peligro, no a la curación (...) condicionar el cese de la medida a la verificación de un tratamiento que puede ser de por vida, no resulta razonable, en primer lugar, por cuanto, en el sistema del código, este tratamiento ambulatorio, no viene a representar, en puridad técnica, una medida de seguridad alternativa".

Remarcaron los integrantes del CSJN la necesidad imperiosa de asegurar el respeto por todas las garantías procedimentales contra reclusiones/enclaustramientos arbitraria/os. Esto es que la internación psiquiátrica sea oportuna, limitada en el tiempo y adecuada a parámetros constitucionales.

Debemos destacar la resolución<sup>38</sup> de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, íntimamente relacionada con el fallo tratado, que dirimió el conflicto de competencia entre la jurisdicción civil y penal, otorgándole al magistrado civil el control sobre el resguardo y seguridad del insano.

El dictamen del asesor de menores de Cámara, que intervino acertadamente señaló "... Ni del art. 34 del Código Penal, ni de las normas procesales y de fondo que regulan la declaración de incapacidad por insania, puede extraerse la conclusión de que luego de dictada la sentencia de interdicción por el juez civil, el insano que ha cometido un delito y que ha sido declarado inimputable por su falta de discernimiento a causa de la enfermedad que lo aqueja, deba ser controlado por dos jueces, uno en su aspecto físico y otro en su aspecto patrimonial. Esa responsabilidad la tiene exclusivamente el juez en lo civil (arts. 141 y concs., Cód. Civil, Adla, XXVIII-B, 1799), se trate de dementes, interdictos mayores o menores de edad –menores adultos se sobreentiende–. El fundamento de la interdicción radica en la necesidad de proteger al sujeto inapto para el gobierno de su persona y de sus bienes. Esta protección se logra con la incapacidad, a partir de cuya declaración y designación del curador, éste se hará cargo del gobierno de la persona y de los bienes bajo la dirección del juez civil competente (art. 404, Cód. Civil). Le corresponden pues a éste, todas las medidas que hayan de adoptarse con relación al interdicto (arts. 141 y consids., cód. citado, Adla, XXVIII-B, 1799), así como la fiscalización del régimen de internación disponiendo la periodicidad de las visitas o de los informes del director del establecimiento, todo ello de conformidad con el artículo 636 del Cód. Procesal y la ley 22.914 (Adla, XLI-C, 2975; XLIII-D, 3763), sobre el régimen general de internaciones y externaciones que obliga a la tramitación de oficio de dichas medidas".

Sin llegar a constituir la situación ideal en el ámbito de la vigencia de derechos se han demostrado avances en la materia tratada<sup>39</sup>, traducidos en limitar la medida de seguridad solamente al internamiento, excluyendo de ella a los tratamientos ambulatorios por no considerarlos medidas de seguridad sustitutivas, al no estar establecidas legalmente<sup>40</sup>.

40 Nuevos Juzgados de Ejecución Penal de la provincia de Córdoba, cfr. Autos "Arregui, Silvia Beatriz s/ejecución de la medida de seguridad", del registro del Juzgado de 2° nominación, entre otros.



Esta línea jurisprudencial fue receptada en el fuero correccional capitalino, donde actualmente cesa el control penal de aquellos inimputables sobreseídos que están sometidos a tratamiento psiquiátrico ambulatorio, quedando ellos a exclusiva disposición de la justicia civil<sup>41</sup>.

En el ámbito de ejecución penal, aún hoy, se justifica el mantenimiento en la órbita penal de la medida de seguridad otorgándole carácter preventivo y terapéutico<sup>42</sup>.

### III. Conclusión

Las especulaciones políticas sobre los sistemas de seguridad son en la actualidad las responsables de la vigencia de un sistema de reclusión manicomial para los enfermos mentales ingresados al sistema punitivo.

La legislación penal vigente conserva disposiciones que se originaron en épocas de la psiquiatría positivista, ideología que ha sido superada, lo que demuestra que el encierro psiquiátrico de los incapaces responde a otro interés.

Este interés se traduce en la necesidad de mantener la imagen del poder punitivo frente a la sociedad, como proveer de seguridad frente al delito<sup>43</sup>.

Genera temor absolver a un homicida y relegarlo del control penal; sin embargo se admite que pueda ser privado de libertad indeterminadamente por disposición civil.

Esta concepción del derecho penal contrasta con la realidad de sus objetivos, este no sólo tiene como fin el de prevenir delitos o reacciones informales de la sociedad, sino también el de reducir al máximo su intervención, para no causar daños en la propia sociedad<sup>44</sup>.

Por ello entendemos acertada la tesis de la exclusión de los enfermos mentales declarados inimputables del sistema penal, porque es la única que reconoce el principio de culpabilidad en la declaración de inimputabilidad, y establece diferencias entre quien cometió un injusto y es inimputable, y quien lo cometió, pero no lo es. Respeta el principio del derecho penal de acto y reserva la imposición de la medida de seguridad y su cese a la regulación civil<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> Cfr. Expte N° 38.665, Juzgado Correccional 8/Secretaría 61; Expte N° 36.782, Juzgado Correccional 8, Secretaría 61.

<sup>42</sup> Cfr. Algunos legajos de Ejecución en los cuales le otorgan a la medida carácter preventivo y terapéutico cuya finalidad es la neutralización de la nocividad o peligrosidad del agente y protección a la comunidad de los agravios de quien ha cometido –bajo estado de inocencia– un hecho típico y delimitan el tiempo de su duración a resultas de la evolución del enfermo mental. Cfr. Causas que tramitan por ante la Justicia de Criminal que disponen la medida de seguridad por considerar que las enfermedades mentales hacen al sujeto anormal desde la perspectiva psiquiátrica, resultando peligroso.

<sup>43</sup> Zaffaroni; Alagia y Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 884.

<sup>44</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 242.

<sup>45</sup> Hegglin, Los enfermos mentales en el derecho penal, cit., ps. 335- 336.



# Una triste genealogía de la defensa (y como recordarla para hacer otra cosa)

Gabriel Ignacio Anitua\*

Es reiterada opinión publicada en esta revista la de señalar las ventajas de una institución que asegure la defensa gratuita y eficaz de todos los inculpados de haber cometido delitos, así como también se ha repetido el análisis de la presencia de instrumentos destinados a ese fin en la historia del derecho<sup>1</sup>.

Ambos intereses son compartidos por el autor de estas líneas, aun cuando ellas se destinen a ir más allá en ese análisis genealógico, encontrando un triste punto de origen en el método inquisitivo. Ese origen no debe de ser un estigma para los defensores sino más bien una llamada de atención para no convertirse en legitimadores de condenas y ocupar ese rol que no sólo tiene que estar determinado por lo más conveniente para su defendido sino también, si es que efectivamente se trabaja para el defendido y no como “auxiliar de la justicia” o “amigo del tribunal” o cualquier cosa por el estilo, tiene que posibilitar que se hagan los juicios justos que pretende realizar el modelo garantista.

Recordemos que Ferrajoli<sup>2</sup> sostiene que para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria la perfecta equidad de la actuación de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar, que admita su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación a cualquier acto probatorio, de los experimentos judiciales y las pericias al interrogatorio del imputado, desde los reconocimientos hasta las declaraciones testificales y los careos.

Para sostener la importancia de la presencia en todo juicio penal de un letrado en defensa de los intereses del acusado recurre el pensamiento ilustrado que, en coherencia con la opción acusatoria, hizo un elogio de la tarea del defensor. En este sentido es elocuente la cita que hace de Jeremy Bentham cuando se pregunta si “¿es quizá inútil?, ¿es quizá menos necesaria [la presencia del defensor] que la del Ministerio Público Fiscal? ¿Tiene acaso la sociedad menos interés en la seguridad del inocente que en la persecución del crimen? ¿Se necesita emplear medios y tomar previsiones en la acusación y no en la defensa?”. A lo que se respondía que, a diferencia de los brutales métodos inquisitivos, ahora “es esencial colocar de manera visible, al lado del magistrado que persigue el crimen, un magistrado que vele por la suerte del inocente, que

\* Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación, adscripto a la Defensoría ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

<sup>1</sup> Para el caso de la América hispana ver el muy interesante artículo de Ana María Zapata de Barry, *El Protector de Naturales y el Defensor General de Pobres en la estructura jurídica de la América Hispana*, en el N° 3 de esta revista.

<sup>2</sup> En *Garantismo y defensa penal –o sobre la defensa pública–*, en el N° 1 de esta revista, pero también en la monumental *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1997, especialmente p. 614.

no le permita a la acusación ventaja alguna que no esté compartida con el defensor, y que estas dos funciones estén separadas de la del juez, de tal suerte que éste pueda garantizar íntegramente la imparcialidad”<sup>3</sup>.

Evidentemente no era esa la función que cumplían en ese momento y en los siglos previos al gran jurista inglés; sin embargo, sí que había letrados que estaban supuestamente funcionando como defensores en la conformación de los procesos inquisitivos. Su función era más bien la de colaborar con el Tribunal, convirtiéndose en una pieza imprescindible de ese modelo de enjuiciamiento que sigue siendo el paradigma del que, a pesar de Bentham y de Ferrajoli, nos cuesta tanto salir.

No sólo de las enseñanzas de Zapata de Barry, sino que también me detuve en esa extraña y legitimante función de la defensa, al leer un sesudo estudio sobre la aplicación de la Inquisición en la Argentina, que culmina advirtiendo que del “discurso enunciado en la sentencia se deduce que el Teniente Gobernador, en carácter de Juez Mayor, no procedió riesgosamente, ya que evitó acceder a dictar la sentencia solicitada por el fiscal, a pesar que el defensor no presentó ni en tiempo ni en forma la Real Cédula que prohibía la muerte en la horca, tanto en España como en América”<sup>4</sup>. Más allá de ese señalado defecto en su actuación, lo interesante del asunto es que incluso en este caso de una pobre india acusada de bruja, se le brindó la posibilidad de contar con un letrado que la defendiese gratuitamente.

¿Por qué se regulaba esa presencia en la Inquisición? Los “maestros” de la Inquisición sabían que, si querían mantener la ilusión de un derecho continuador de la tradición romana –y también respetuoso de ciertos intereses existentes en el medioevo y la tradición germánica– no se podía eliminar la presencia del abogado<sup>5</sup>. Esa incomodidad se volvería una ventaja para el método inquisitivo al descubrir que lo que más molestaba al imputado –quizás más que la tortura– era la prolongada duración del proceso, acompañada de la obligatoria prisión preventiva, con una incomprensible minuciosidad de las técnicas jurídicas en juego, enarboladas por dialécticas razones que de ningún provecho le serían al finalizar el proceso (si es que llegaba con vida a esa final).

Alguno de estos maestros de los inquisidores señala “Es tanta y tan señalada la piedad e integridad del Santo Tribunal de la Inquisición, que al reo no plenamente convicto, y confeso, no sólo no se le niega la defensa antes de la tortura, cuando lo solicita, sino que se le ofrece espontáneamente la posibilidad de establecer un plazo conveniente de cinco o seis o más o menos días, según las características de la causa, a fin de que disponga de tiempo para defenderse y de que se le expida la copia del proceso, así como también para que escoja al abogado o procurador aunque el reo no declare qué defensas quiere hacer en particular, y sólo diga que quiere probar la falsedad de los indicios”<sup>6</sup>.

En efecto, en los casos en que no se allanase ante la pri-

<sup>3</sup> Ferrajoli, op. cit.

<sup>4</sup> Navarro Santa Ana, Luis H., *La Inquisición en Catamarca. Un juicio por hechicería en el siglo XVIII*, Sarquís, Catamarca, 2003, p. 170.

<sup>5</sup> Los *causidici, advocati y patroni* de la Roma republicana tuvieron la más amplia libertad para defender a sus clientes, hasta que el proceso imperial impuso las limitaciones propias del nuevo sistema: la escritura y el secreto de la instrucción. Desde entonces, la defensa resultó prácticamente ilusoria en la primera etapa del proceso, para recobrar plena vida en el juicio oral. Por su parte, entre los bárbaros, el imputado, además de comparecer a juicio con sus parientes y amigos, podía elegir un patrono o procurador. En el Fuero Juzgo, el acusado podía actuar personalmente o por intermedio de “mandaderos o personeros”. Vélez Mariconde, Alfredo, *Tratado de derecho procesal penal*, Lerner, Córdoba, ps. 373-374.

<sup>6</sup> Masini, Cuarta parte. Citado por Italo Mereu, p. 236.

mera pretensión de la Inquisición<sup>7</sup>, se le solicitaba al inquirido un abogado, aún cuando éste no lo solicitara<sup>8</sup>.

Este abogado, evidentemente, no solía ser nombrado libremente por el acusado y tenía que tener el permiso de la Inquisición<sup>9</sup>, quien lo escogía entre un número de letrados de absoluta confianza y fe íntegra y comprobada en el mismo método inquisitorial. Los más terribles y conocidos de estos maestros, los dominicos Kramer y Sprengler, indican que “se nota que el abogado no es designado según el capricho del acusado, porque él querría tener uno a su gusto. Y aquí el juez debe tener cuidado de no conceder a un hombre penden-ciero, malévolo, fácilmente corruptible por el dinero (como se encuentran con frecuencia). Que conceda a un hombre honrado y no sospechoso desde el punto de vista de la fe. En cuanto a esto conviene que el juez tenga presentes cuatro cosas respecto del abogado; si las ve en alguno, puede llamarle; si no, que la rechace. El abogado debe examinar, en primer lugar, la cualidad de la causa: si es justa, que la asuma; si es injusta, que la rechace. Debe procurar no hacerse cargo de una causa injusta desesperada; aunque si, por ignorancia, ha aceptado una causa de un enemigo, y con ella dinero, y si inmediatamente de ver el proceso se da cuenta de que se trata de algo desesperado, entonces debe significar a su cliente, es decir, al acusado cuya causa ha asumido, que la abandona. En cuanto al salario recibido, debe restituirlo según Godofredo de Trano, que parece confirmar el Código de Justiniano, aunque Enrique Hostiense sea de opinión distinta [el método de citas es habitual, en verdad para poder obrar discrecionalmente y parecer sabio, pero es largo y aburrido y lo omito: N. de Anitua] (...) El abogado debe, en segundo lugar, velar por ser fiel a tres cosas en su comportamiento: la modestia, en primer lugar, con el fin de no dejarse llevar de la insolencia, de los insultos y las voces; a la verdad, con el fin de no mentir alegando falsas razones y falsas pruebas, con el fin de no pedir tampoco falsos testimonios ni derechos, si es experto, ni denuncias sobre todo en este método, en el que se procede con brevedad, simple y sumariamente, como ya se ha dicho; en tercer lugar, ha de cuidar que el salario sea moderado...el juez debe proponer estas condiciones al abogado, añadiendo, para acabar, que debe evitar incurrir en reproche de fautor de herejías, porque de otro modo sería excomulgado de acuerdo con el Derecho. Y de nada sirve decir al juez que no defiende el error, sino la persona: no debe defenderla de tal modo que se impida el procedimiento de forma simple, sumaria y breve”<sup>10</sup>.

Había de hecho un acuerdo entre este abogado y el Tribunal. El objetivo final era la averiguación de la verdad e incluso alguno de estos maestros de inquisidores, como Francisco Peña, señalan: “la función del abogado será conminar al reo para que confiese la verdad y se arrepienta de sus delitos, si es que los ha cometido”<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> En estos casos, asiste razón a Tedesco en que no había defensor, y también probablemente en que ello es lo que llevaba a que el acusado tuviese que hablar sí o sí (origen genealógico de nuestra declaración indagatoria, y de que aún hace unos quince años no se dejase entrevistar previamente a ella con el defensor en el proceso federal de la Argentina), ver *El derecho de defensa en juicio y el abogado defensor: Su lucha por la conquista del proceso penal*, en “Nueva Doctrina Penal”, 1999-A, Editores Del Puerto, Buenos Aires, ps. 207-242), y también en este mismo número de la Revista del Ministerio Público de la Defensa.

<sup>8</sup> “*tunc Advocatus et dandus est, etiam non petendi*”, Eimeric, Nicolau y Peña, Francisco, parte III, comentario XIV. Hay versión en castellano: *Manual de Inquisidores*, Muchnik, Barcelona, 1983.

<sup>9</sup> Eimeric y Peña, cit. parte III comentario XXVIII, Simancas, Diego de *De catholicis institutionibus*, Valladolid., Aegidii de Colomies, 1552, Título V, N° 1 y 2.

<sup>10</sup> *El Martillo de las Brujas para golpear a las brujas y sus herejías con poderosa maza. Malleus Maleficarum* (traducción de Miguel Jiménez Monteserín), Maxtor, Valladolid, 2004, ps. 469-470.

<sup>11</sup> Eimeric y Peña, cit. parte III, comentario XXVIII.

Según Simancas, los deberes del abogado eran: hablar poco con el acusado –y siempre que lo hiciese con la presencia del juez inquisidor–, convencerlo para que confesase el crimen de que se le acusa, y solicitar la clemencia divina así como la misericordia del inquisidor medida en una pena leve. Para ello debe servirse siempre de “razones justas” –si cree estar defendiendo una causa injusta deberá notificárselo al inquisidor y abandonar la defensa. Este abogado, sigue Simancas, no puede ser cualquiera sino una persona idónea –lo que describe como docto, pío, no sospechoso de herejía, de buena estirpe, que actuase siempre de buena fe y que jurase no develar a ningún extraño –incluyendo su defendido– los secretos del proceso. Si el acusado era rico podía cobrarle este servicio, pero si era pobre el estipendio o abonaba la misma Inquisición, que solía hacerlo en forma honoraria ya que la ley de caridad obligaba a *pauperum causas gratuito defendere*<sup>12</sup>.

En cuanto a la “buena fe” del abogado, Masini, que de esta forma remite a los mismos decretos y bulas claramente contrarios al bullicio de los abogados, señalaba que “aquel abogado que sabiendo de forma clara que el reo es verdaderamente hereje y, de todos modos, lo defiende, es infame y digno de un castigo severo. Por ello sólo debe elegirse como abogado a una persona de bien y conocedora de las leyes; y habrá que hacerle jurar que sólo llevará a cabo defensas justas y que mantendrá secretas las razones de las causas”<sup>13</sup>. Un abogado cuya actividad fuese la de una verdadera parodia de la defensa, pues ya todo estaba preparado por el inquisidor, incluso su presencia<sup>14</sup>. En definitiva, tenía que ser un señor que practicara “bien” su oficio, como también lo hacían los otros funcionarios del Tribunal<sup>15</sup>.

Como resume Italo Mereu el pacto secreto entre juez y defensor tenía dos roles complementarios: El inquisidor “pretendía convencer por todos los medios al imputado para que confesara la verdad (y no debemos olvidar que tenía a su disposición el arresto preventivo ilimitado con reclusión celular). Cuando no lo conseguía y había que someter al reo a tortura declarada, el abogado estaba obligado a colaborar para lograr la confesión de aquella verdad hasta entonces silenciada. Su tarea era única y exclusivamente ésta, no pudiendo hablarse, por tanto, de una defensa real. Basta pensar que el libelo acusatorio se le entregaba sin que en el mismo constaran los nombres de los testigos sobre los que se funda la causa; que el abogado podía presentar sólo nueve testigos que desmintieran cuanto resultaba del proceso (algo difícil siempre, e incluso imposible en aquella época y para aquel tipo de procesos), y que podía presentar sus defensas sólo por escrito, debiendo por ello actuar con mucha cautela porque *scripta manent*, y lo afirmado en defensa de un presunto hereje podía ser tomado, por la Inquisición, como base para la imputación de protección del acusado”<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Simancas, Título V, Nº 1 y 3.

<sup>13</sup> Masini, Décima parte. Citado por Italo Mereu, p. 238. Estas amenazas para aquel abogado que no ejerce bien su oficio de acuerdo a lo estipulado, están también en el *Malleus maleficarum*: “sería más condenable que las brujas, siendo más un herejarca que un brujo hereje, si defiende a alguien de forma indebida, siendo sospechoso de herejía por este mismo hecho ya se coloca entre los autores de herejía no de forma ligera, sino violentamente, en virtud de la defensa que haya hecho”, cit., p. 470.

<sup>14</sup> Claría Olmedo, Jorge A., *Tratado de Derecho procesal penal*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1963, p. 131.

<sup>15</sup> Para una crítica de la lógica burocrática de estos educados funcionarios, Caro Baroja Julio, *El señor Inquisidor y otras vidas por oficio*, Alianza, Madrid, 1968

<sup>16</sup> Mereu, Italo, *Historia de la intolerancia en Europa*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 237.

Las amenazas, como se ha dicho, no eran vanas y cumplían el cometido de dejar al defensor en un rol meramente decorativo, y legitimador del proceder del Tribunal.

En definitiva, y como decían los cazadores de brujas Heinrich Kramer y James Sprengler “la defensa consiste en tres cosas: primera que se designe a un abogado para el asunto; segundo que no se diga a este abogado el nombre de los testigos, pero que se le informe de todo cuanto contiene el proceso; tercero, que en tanto sea posible *interprete en mejor parte la causa de la persona denunciada, es decir, que no se haga con escándalo de la fe ni daño de la justicia*”<sup>17</sup>.

El resaltado me pertenece y lo realizo para indicar que la gran operación de la Inquisición consistió precisamente en confundir los intereses del ser humano acusado, con los de la “justicia” o en definitiva el sistema.

Es por ello que creo que la función del defensor debe ser radicalmente separada de cualquier utilidad para el Estado. El defensor no debe actuar como “funcionario”, o agente oficioso, sino como “empleado” del acusado. Y ello no sólo como una forma de atenuar el error judicial y salvar a los inocentes, ni tan siquiera como una aplicación de ello en el principio de inocencia de raigambre liberal e ilustrada. Por el contrario, se trata de hacer lo mejor para este “cliente” no porque sospechemos que puede ser inocente sino justamente porque el Estado sospecha que es culpable, y son estos precisamente quienes requieren de ayuda jurídica para enfrentar la acusación y evadirse del castigo. Ferrajoli cita como mejor expresión del penalismo en este sentido al propio Hobbes quien consideraba que si el Estado tiene el derecho de castigar a los culpables, incluso estos tienen el derecho de susstraerse de la pena y “defenderse a sí mismos”, evadiéndose u oponiendo resistencia a cualquier violencia contra ellos<sup>18</sup>.

En ese sentido, el propio Ferrajoli agrega a este derecho del imputado como algo más importante incluso que la de “falsear” la hipótesis acusatoria como condición de verdad material. Dice el profesor italiano, rechazando estas ideas que hacen depender el rol de la defensa de una utilidad pública –incluso si garantista–, “yo creo que la concepción de la defensa como funcional (también) a un interés público supraordenado al del imputado, además de desnaturalizar en sentido paternalista y autoritario la garantía de la defensa, choca con el artículo 24 de la Constitución que la califica como derecho inviolable”<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> *Malleus Maleficarum*, cit., p. 469.

<sup>18</sup> Ferrajoli, op. cit., p. 889.

<sup>19</sup> Ferrajoli, op. cit., p. 684.



# Algunas consideraciones sobre el derecho de defensa y el abogado defensor\*

Ignacio F. Tedesco\*\*

\* Las palabras que siguen se corresponde con una investigación que realizara con anterioridad: El derecho de defensa en juicio y el abogado defensor: Su lucha por la conquista del proceso penal, en "Nueva Doctrina Penal", 1999-A, Buenos Aires, Editores Del Puerto; ps. 207-242.

\*\* Secretario letrado DGN a cargo de la Defensoría 2, Penal económico.

<sup>1</sup> En su formulación original: *Dénier la défense, serait un crime; la donner, mais non pas libre, c'est tyrannie*. En realidad la frase pertenece a Ayrault, citada por Francesco Carrara en *Programa de Derecho Criminal. Parte General*, vol. II, Temis, Bogotá, 1996, p. 458.

<sup>2</sup> Zavala, Iris M, *Utopía y astrología en la literatura popular del setecientos: los almanaques de Torres Villaroel*, en "Nueva Revista de Filología Hispánica", vol. 33, n° 1 (1984), p. 208, citado en AA.VV., *Goya y el espíritu de la Ilustración*, Museo del Prado, Madrid, 1989, p. 455.

<sup>3</sup> León de Arroyabal, *Pan y toros*, en *Pan y toros y otros papeles sediciosos de fines del siglo XVII*, De Antonio Elorza, Madrid, 1971, p. 22. Citado en *Goya...*, op. cit., p. 455.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. I, *Fundamentos*, 2ª ed., Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 549.

<sup>6</sup> *Ídem*, p. 551. En ambos casos, Maier cita a Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, t. II, 3ª ed, Lerner, Buenos Aires, 1982, ps. 379 y ss., y 391 y ss., respectivamente.

"Negar la defensa, es un crimen; darla, pero no libre, es tiránico".

Citado por F. Carrara<sup>1</sup>

## I. Palabras iniciales

A principios del siglo XVIII, Diego Torres Villaroel acusaba a los "letrados" –especialmente médicos y abogados– de destruir las propiedades, el honor y las vidas con sus embustes, al explotar la credibilidad de la gente, que, según él, merecía más respeto<sup>2</sup>. Tiempo más tarde, a fines de ese siglo, el satírico León de Arroyal escribía: "nuestros predicadores y nuestros abogados han descubierto el inestimable tesoro de ser letrados, sin cultivar las letras y vender caras las más insulsas arengas y pajosos informes"<sup>3</sup>. En tanto sostenía que, "los letrados cobraban demasiado por sus huecos servicios; peor aún, se convertían en instrumento del gobierno despótico así como en su piedra angular, porque 'la fortísima falange de letrados... armados de sus plumas y cubiertos de sus eternos pelucones, todo lo vencen y todo lo atropellan'"<sup>4</sup>.

Más allá que estas palabras expresen un sentido negativo respecto de los abogados, no se puede dejar de destacar que, la particularidad del procedimiento penal reside en la obligatoriedad de la defensa técnica, entendida ésta como la asistencia jurídica que un jurista graduado brinda al imputado y su intervención, casi siempre autónoma, durante el procedimiento, procurando a favor del imputado<sup>5</sup>. Es que, en palabras de Maier, el Derecho procesal penal, de alguna manera muy particular, no considera al imputado suficientemente capaz para resistir la persecución penal por sí solo, salvo casos excepcionales; esto es, admite que no posee la plena capacidad para estar o intervenir en el procedimiento penal por sí mismo, con excepción del caso en que se permite su autodefensa técnica. El defensor viene, así, a completar o complementar la capacidad del imputado para estar en un juicio penal<sup>6</sup>.

Esta es una de las razones por las cuales nuestro texto constitucional incorpora (a través del art. 8.2.d de la Convención Americana de Derechos Humanos), como una de las garantías judiciales de toda persona, "el derecho del inculpa-



do de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor”<sup>7</sup>. Esta garantía ya se desprendía de una anterior disposición constitucional que la enmarcaba, el artículo 18, al decir “Es inviolable la defensa en juicio, de la persona, y de los derechos”.

Ahora bien, este derecho de defensa, en nuestro medio no es un derecho el cual el abogado, como representante de una persona acusada (o imputada) de un hecho pueda llevar adelante por sí mismo. Se sigue requiriendo, como históricamente siempre se hizo en todo procedimiento de características inquisitivas, no sólo la declaración del acusado, sino que sea él quien, en definitiva, lleve adelante su derecho de defensa. Esto es, tal como lo señala Maier, este derecho bien puede expresarse como el derecho a ser oído<sup>8</sup>. Es por ello que si uno quiere ver cuál es el papel del abogado defensor como verdadero partícipe de la misión que le toca, esto es, llevar adelante el derecho de defensa, entonces se torna un deber analizar cuál es el papel que éste cumple respecto de la declaración de toda persona sentada frente a una imputación. Por ello, el objetivo de estas líneas será realizar algunas consideraciones respecto a esta consideración.

Más allá que en las próximas líneas desarrollaré esta cuestión, no puedo dejar de recordar unas palabras de un cuento de Kafka: “en todas partes se necesita un abogado; hasta se podría decir que en un juzgado es menos necesario que en otros lados, ya que el tribunal dicta su sentencia de acuerdo a la ley, es de suponer. Si uno pensase que en tal recinto se cometen injusticias o se procede con ligereza, la vida se haría imposible; uno debe tener confianza en que los tribunales hacen lugar a la majestad de la ley, ya que ésta es su única misión”<sup>9</sup>.

## II. El derecho de defensa y a contar con un abogado defensor: ¿derecho a hablar?

Más allá de que se consagrara, en los distintos sistemas de enjuiciamiento la máxima de que nadie puede ser obligado a declarar, como se apreciará seguidamente, ello lejos está de significar que la persona acusada pueda efectivamente ejercerla. Como veremos, en tanto éste se vea obligado a hablar lejos está de poder decirse que se consagra el derecho al silencio. En tanto, como es fácil de entender la libertad de declaración de una persona acusada está configurada por dos caras contrapuestas: por un lado, por el derecho que posee para “hablar”, el cual no es otro que el derecho a ser oído<sup>10</sup>, fundamento del derecho de defensa; y por el otro, por su derecho para “callar”<sup>11</sup>, garantía implícita en el resguardo que protege a cada persona contra toda obligación que implique, no importando de qué manera, su autoincriminación.

Esta idea de relacionar la obligación de hablar o no

<sup>7</sup> Por otra parte, en el art. 8.2.e, la Convención señala que toda persona tiene el “derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley”.

<sup>8</sup> Maier, J., op. cit., p. 552.

<sup>9</sup> Kafka, Franz, *Abogado. En todas es partes es necesario un abogado*. Transcripto en “No Hay Derecho”, año III, n° 7, septiembre-noviembre 1992, p. 48.

<sup>10</sup> Por ejemplo, Ley Fundamental (*Grundgesetz*) de la República Federal de Alemania, art. 103, I, citado por Maier, op. cit., p. 552.

<sup>11</sup> Tal la denominación que brinda Francesco Carrara, op. cit., ver nota 1, p. 415.

frente a la posibilidad de mantenerse en silencio, es una de las consecuencias que se desprenden de una tesis que se diera a conocer en Francia<sup>12</sup>. Su autora, Charlotte Girard, destaca –como una de las ideas centrales de su estudio– que la prohibición de contar con abogado defensor, establecida en el derecho positivo, originó la imposibilidad para el acusado de mantenerse callado, ya que ninguna persona había en su lugar que pudiera asegurar su defensa<sup>13</sup>. Esta significativa afirmación se la debe a dos extensas investigaciones realizadas por un profesor de Derecho e Historia Legal de la Universidad de Yale, John H. Langbein<sup>14</sup>, quien terminó concluyendo que esta prohibición a contar con un abogado defensor, es la que permitió establecer un modelo de enjuiciamiento criminal en el que, en sus palabras, “el acusado debía hablar”<sup>15</sup>.

Una de las tesis centrales que guían los estudios de este profesor es que un verdadero sistema adversarial, que garantice estos principios, sólo pudo ser constituido, entre otras razones, una vez que los abogados conquistaran el proceso penal y con él, el derecho de defensa. Acontecimiento que permitiera al acusado ejercer su derecho al silencio, y en consecuencia consagrar, definitivamente, en el sistema anglosajón, el privilegio contra la autoincriminación; avances que, conjuntamente con el establecimiento de las reglas de la evidencia y las que fijaron la relación entre el juez y el jurado, afianzaron el procedimiento adversarial característico en un sistema de enjuiciamiento acusatorio<sup>16</sup>.

Alfredo Vélez Mariconde explica que cuando el proceso era, en la antigüedad, de tipo acusatorio material (menciona los casos de Grecia y la Roma republicana), la defensa constituía un derecho indiscutible del imputado, el que conocía desde el primer momento la imputación que se le formulara en su contra y ocupaba el mismo plano jurídico del acusador; al comienzo actuaba personalmente, pero después se le permitió recurrir a un orador experto y hábil que lo asistía. Los *causidici*, *advocati* y *patroni* de la Roma republicana tuvieron la más amplia libertad para defender a sus clientes, hasta que el proceso imperial impuso las limitaciones propias del nuevo sistema: la escritura y el secreto de la instrucción. Desde entonces, la defensa resultó prácticamente ilusoria en la primera etapa del proceso, para recobrar vida plena en el juicio oral. Por su parte, entre los bárbaros, el imputado, además de comparecer a juicio con sus parientes y amigos, podía elegir un patrono o procurador. En el Fuero Juzgo, el acusado podía actuar personalmente o por intermedio de “mandaderos o personeros”<sup>17</sup>.

Más allá de estas autorizaciones, lo cierto es que el advenimiento de un sistema de enjuiciamiento que convirtió al imputado en un objeto de su procedimiento y no en un sujeto de éste, hizo natural que el derecho de defensa quedara

<sup>12</sup> Girard, Charlotte, *Culpabilité et silence en droit comparé*, L'Harmattan, París, 1997.

<sup>13</sup> Ídem, p. 45.

<sup>14</sup> Langbein, John H., *The Historical Origins of the Privilege Against Self-Incrimination at Common Law*, en “Michigan Law Review”, vol. 92, N° 5, marzo 1994, ps. 1047 y ss.; y *Shaping the Eighteenth-Century Criminal Trial: A View from the Ryder Sources*, en “University of Chicago Law Review”, vol. 50, invierno de 1983, ps. 1 y ss. Que luego conformaran los ejes centrales de su trabajo “The Privilege and Common Law Criminal Procedure: The Sixteenth to the Eighteenth Centuries”, en Helmholz, R. H. *et. al*, op. cit., ps. 82-108; y que se constituyeron en ideas centrales de su libro *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford University Press, New York, 2003.

<sup>15</sup> Langbein, *The Historical*, cit., p. 1048. En su formulación original: *the “accused speaks” theory*.

<sup>16</sup> Langbein, *The Historical*, cit. Ver, asimismo, *Shaping*, cit.

<sup>17</sup> Vélez Mariconde, op. cit., ps. 373-374.

prácticamente anulado: el defensor, si existía, no tenía acceso a las actuaciones<sup>18</sup>. Su actividad terminó convirtiéndose en una verdadera parodia de la defensa, pues ya todo estaba preparado en firme por el inquisidor<sup>19</sup>.

### III. La teoría del “juicio en que el acusado habla”

Según Langbein, en el sistema criminal inglés, hacia mediados del siglo XVI, se encontraba afianzado un tipo de juicio “en que el acusado habla”. Su piedra fundamental subyacía en el principio por el cual una persona acusada de un crimen de cierta seriedad (*treason* o *felony*) tenía prohibido contar con un abogado defensor. Esta regla no comprendía a infracciones de carácter menor, como ser los *misdemeanor*, en atención a que éstos eran considerados más una ofensa civil que una penal<sup>20</sup>.

Las razones invocadas para el establecimiento de esta prohibición fueron varias. Por un lado, existía un dogma por el cual se consideraba a la corte como la defensora del prisionero<sup>21</sup>. Claro que esto únicamente tenía posibilidades de ocurrir en los casos de crímenes ordinarios, y no, en cambio, en aquellos de naturaleza política. En realidad, era tanto una tarea del juez del tribunal ayudar al acusado como hacer lo propio con el acusador. La asistencia que brindaban al acusado consistía sólo en cuestiones de derecho y no de hecho. La regla no significaba que los jueces ayudaran al acusado a formular su defensa<sup>22</sup>, sólo se limitaba a la protección contra procedimientos ilegales o falsas acusaciones. Es que el criminal debía hablar en su propia defensa y responder a la evidencia del acusador tal como era presentada, y escuchada en su primera oportunidad. Si éste no podía hacerlo, nadie podría lograrlo por él<sup>23</sup>.

Por el otro, prevalecía el argumento que evocaba la calidad de testigo privilegiado que presentaba el acusado<sup>24</sup>: éste no necesitaba ningún defensor, ya que de ser inocente, él sería igual de efectivo que cualquier abogado; y, en caso de ser culpable, sólo al hablar por sí mismo sería posible revelar la verdad de lo acontecido, la cual, difícilmente sería descubierta en el caso en que una artificial defensa hablara por él<sup>25</sup>. Corresponde aclarar que, para aquellos días, su testimonio no era prestado bajo juramento (el cual recién se permite con la sanción de la *Criminal Evidence Act* de 1898), simplemente debía hacer referencia a los méritos de la acusación<sup>26</sup>.

Si bien con posterioridad se fue autorizando alguna participación en el proceso del abogado defensor –como más adelante veremos–, lo cierto es que, en el momento en que correspondía que se alegara respecto de la evidencia presentada por la parte acusadora en el debate, el defensor, en el caso en que el acusado solicitara su intervención, se encontraba obligado a decir: “Yo no puedo hablar sobre eso por usted, es usted el

<sup>18</sup> Ídem, ps. 374-375.

<sup>19</sup> Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado de Derecho procesal penal*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1963, p. 131.

<sup>20</sup> Langbein, *The Historical*, cit., p. 1048.

<sup>21</sup> Éste decía: “La corte debe (...) ser el defensor del prisionero, mirar que nada contra él lo impulse contra la ley y el derecho”. En su formulación original: *The court ought to be (...) of counsel for the prisoner, to see that nothing be urged against him contrary to law and right*. Cfr. Coke, Edward, *The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes* 29, citado por Langbein, *The Historical*, cit., p. 1050.

<sup>22</sup> Girard, op. cit., p. 50.

<sup>23</sup> Beattie, John M., *Scales of Justice: Defense Counsel and the English Criminal Trial in the Eighteenth and Nineteenth Centuries*, en *9 Law & History Review*, 1991, p. 223, citado por Langbein, *The Historical*, cit., p. 1052.

<sup>24</sup> La expresión original utilizada es: *The accused as a testimonial resource*.

<sup>25</sup> Conforme las palabras de Hawkins, William, *A Treatise of the Pleas of the Crown*, Londres, 1721, citado por Langbein, *The Historical*, cit., p. 1053.

<sup>26</sup> Langbein, *The Historical*, cit., ver nota 30 en p. 1053.

<sup>27</sup> En su formulación original: *I can't speak that for you, you must speak for yourself*. Para un desarrollo más completo sobre este punto, ver Langbein, *Shaping*, cit., p. 130. En la nota 516 de dicho artículo se relata los testimonios recogidos en un antiguo proceso criminal a partir de las anotaciones realizadas por un juez de una corte, Ryder, en donde el acusado, luego de presentada la evidencia por parte del acusador, señala: "Voy a dejarla en manos de mi defensor". Ante esa circunstancia, Ryder le señaló: "Su defensor no puede realizar su entera defensa, y si usted tiene algo que decir ante los hechos, dé cuenta de ello ahora".

<sup>28</sup> Stephen, Sir James Fitzjames, *A History of the Criminal Law of England*, vol. I, MacMillan, Londres, 1833, p. 424.

<sup>29</sup> Ver asimismo en Langbein, John H., "The Criminal Trial Before the Lawyers", *The University of Chicago Law Review*, vol. 45, n° 2, invierno de 1978, p. 283, en donde se destaca como el resultado de este modelo de enjuiciamiento no provoca otra consecuencia más que recortar toda posibilidad en distinguir el rol del acusado como abogado defensor o como testigo.

<sup>30</sup> Según lo expresado por Morgan, E. M., *The Privilege Against Self-Incrimination*, en "Minnesota Law Review", vol. 34 (1949), p. 14. Citado por Langbein, *The Historical*, cit., p. 1061.

<sup>31</sup> Vélez Mariconde, op. cit., ps. 375.

<sup>32</sup> Según lo establecía el artículo IX del título XIV de la Ordenanza Criminal de 1670. Cfr. Girard, op. cit., p. 48.

que debe hacerlo por sí mismo"<sup>27</sup>. La razón de ello obedecía a que tenía prohibido aun dirigirse al jurado<sup>28</sup>. En definitiva, en el juicio, era el acusado el que debía hablar<sup>29</sup>.

Si en el juicio éstas eran las características que se presentaban, en el procedimiento previo, las palabras del acusado tenían mayor relevancia aún. No existía la idea de advertirle que no necesitaba responder o alertarlo que lo que declarara podría ser usado en su contra. El juez de paz que realizaba el interrogatorio era, generalmente, citado en el juicio como el principal testigo de la acusación. En caso de que éste no estuviera presente, los registros de la declaración prestada por el acusado eran, igualmente, la principal evidencia en su contra<sup>30</sup>.

Francia, por su lado, tampoco fue ajena a este modelo de proceso. La restricción del derecho del acusado a la asistencia de un defensor se estableció con las Ordenanzas de marzo de 1498 y agosto de 1539 al imponerse un proceso secreto<sup>31</sup>. Principio que se ampliara con la Ordenanza Criminal de 1670, la que privaba al acusado del defensor, inclusive luego de la confrontación. Salvo en los casos de las infracciones leves o en los crímenes no considerados capitales, en los que, luego del interrogatorio, el ministerio a cargo del abogado podía ser autorizado discrecionalmente por el juez<sup>32</sup>.

Una vez más el acusado debía hablar. Esto es lo que se desprendía de lo establecido por los artículos 162 de la ordenanza de agosto de 1539 y del artículo 8 del título XIV de la ordenanza de 1670, las que señalaban que "los acusados debían responder por su propia boca y sin el consejo o ministerio de persona alguna"<sup>33</sup>.

Las razones, en este caso, se centraban una vez más en la consideración de que la vocación de un defensor estaba en procurar por todas las vías la impunidad del acusado, contenida en un fundamento malsano que la conciencia reprueba. Esto es, en la implantación del reino de la represión y del secreto<sup>34</sup>. Así es que el tormento era utilizado ordinariamente para el descubrimiento de la verdad en las causas criminales, de manera que el interrogatorio era el medio de averiguación de los hechos de real significación.

#### IV. El *common law*: los abogados hacia la "captura" del proceso penal

Con el nombre de "teoría del juicio en el que se controla la acusación"<sup>35</sup>, Langbein denominó al nuevo modelo de

<sup>33</sup> En su formulación original: *les accusés devaient répondre par leur bouche et sans le conseil o le ministère d'aucunes personnes*. Cfr. Hélie, op. cit., vol. I, p. 406, y vol. VII, p. 385.

<sup>34</sup> Girard, op. cit., ps. 51-52.

<sup>35</sup> En su formulación originaria: "*testing the prosecution*" theory. Ver, Langbein, *The Historical*, cit., p. 1048.

enjuiciamiento criminal, contrapuesto al anterior, que se delineó gracias a un progresivo reconocimiento de la figura del defensor. Su característica principal consistió en haberle permitido controlar el proceso penal. Este protagonismo dio lugar a la posibilidad del acusado de mantenerse en silencio y, por consiguiente, de no confesar de manera forzada<sup>36</sup>. Como ya enunciaríamos, fue la captura del proceso penal por parte de los abogados, tanto de la defensa como de la acusación, la que le permitió al acusado declinar ser testigo en contra de sí mismo<sup>37</sup>. Y, en consecuencia, que se afianzara un procedimiento adversarial.

No sólo ha sido ésta una de las razones, dentro de la práctica procesal, de la consagración del privilegio contra la autoincriminación; si no que, por otra parte, es la que permite entender la relación directamente proporcional existente entre el derecho a callar (producto de este resguardo) y el derecho a hablar (propio del derecho a ser oído). El respeto de ambos derechos es igualmente necesario, en toda declaración de un imputado, para que las palabras por él expresadas puedan ser consideradas como brindadas bajo libertad.

Claro que el camino hacia esta “captura”, una vez más, no tuvo idéntico alcance en Inglaterra que en Francia. Seguramente, esto se debió a que en Inglaterra no se llegó a adoptar en la época medieval, ni luego en la moderna, un sistema de enjuiciamiento inquisitivo, por lo que no tuvo que preocuparse en deshacerlo. Simplemente se operó una modificación en el procedimiento al adjuntar estos nuevos actores que devinieron característicos de un sistema acusatorio: los abogados. En cambio, en el continente, las luchas estuvieron teñidas por las reformas que permitieran lograr un mayor debilitamiento o flexibilidad del carácter inquisitivo profundo del procedimiento, lo cual impidió que dicha “captura” pudiese llegar igual de lejos<sup>38</sup>. Veamos.

En el sistema anglosajón, el primer paso hacia el reconocimiento del defensor tuvo ocasión con la sanción de la *Treason Act* de 1696<sup>39</sup>. En su preámbulo se anunciaba que las personas acusadas de traición debían verse permitidas de medios justos e igualitarios en la defensa de sus inocencias. Esta ley brindó un conjunto de reformas con el fin de eliminar la mayor parte de las desventajas del procedimiento presidido en la teoría en el que el “acusado debía hablar”. De esta manera, le permitió recibir una copia del acta de acusación al menos cinco días antes del proceso, al igual que le garantizaba el derecho de recibir el consejo de un defensor a propósito de esa imputación. En definitiva, resguardó el pleno ejercicio del derecho de defensa, al permitirle además al abogado defensor no sólo preguntar y contrapreguntar a los testigos, sino también dirigirse al jurado y alegar respecto del caso de su defendido. Asimismo, el acusado logró el derecho tanto de hacer escuchar a sus testigos, como de que éstos declararan

<sup>36</sup> Girard, op. cit., p. 67.

<sup>37</sup> Tal como expresamente lo declara Langbein, *The Historical*, cit., p. 1048.

<sup>38</sup> En un sentido coincidente, Girard, op. cit., p. 67.

<sup>39</sup> Es que, desde fines de los años 1670 a la Revolución de 1689, personas inocentes (procedentes de clases políticamente importantes) fueron condenadas y sufrieron la muerte por su falta de capacidad en defenderse efectivamente contra acusaciones infundadas. Tal es una de las razones que enuncia Langbein para explicar la sanción de esta ley. Ver Langbein, *The Historical*, cit., p. 1067.



bajo juramento, además de que estuviesen obligados a comparecer<sup>40</sup>.

Claro que este tipo de delito era bastante infrecuente. Recién hacia 1730 el abogado defensor ingresó a las cortes criminales ordinarias, ya no como el resultado de un cambio legislativo, sino como un ejercicio discrecional de los jueces<sup>41</sup>. No obstante, no se puede dejar de mencionar que ese ingreso se dio de una manera incipiente y paulatina. Es que, en la mayoría de los casos, tal como lo señala Stephen, el prisionero debía hablar por sí mismo. Todavía no estaba habilitado a que su abogado dijera por él que su “boca estaba cerrada”. Sólo en algunos casos se permitía, por ejemplo, que el defensor examinara a los testigos<sup>42</sup>. Esta lenta generalización<sup>43</sup> continuó hasta que en 1836 se amplió definitivamente al consagrarse el derecho de defensa también para los delitos comunes<sup>44</sup>.

Esta conquista llevó a una reconstrucción del proceso penal: por un lado, la presencia del abogado defensor produjo inevitables modificaciones ligadas a su propia ambición, como por ejemplo, generar la duda sobre los cargos de la acusación, lo que obligó a ésta, cada vez más, no sólo a profesionalizarse<sup>45</sup>, sino también a proveerse de los elementos que sustentaran sus afirmaciones; mientras que, por el otro, envaletonó a los abogados a hacer callar a sus clientes y a insistir que la acusación debía fundarse sobre otros elementos de prueba que el silencio del acusado. Esta transformación, según advierte Langbein, está estrechamente relacionada con el principio de inocencia que se formulara hacia el siglo XVIII<sup>46</sup>.

En consecuencia, la aparición del abogado de manera efectiva terminó por hacer callar al imputado en virtud de la propia lógica de un sistema adversarial. Así, el abogado defensor pudo darle cabida a la máxima propia del privilegio contra la autoincriminación y hacerla, en consecuencia, posible. Es en este logro en donde se puede encontrar una de las explicaciones de por qué, en los Estados Unidos, el 16 de marzo de 1878, y en Inglaterra, en 1898 (a través de la sanción de la *Criminal Evidence Act*), se permitió al acusado ser testigo en su propia causa, a la par de establecerse la regla por la cual la omisión de este derecho no podía crear ninguna presunción en su contra<sup>47</sup>. En función de ello, el acusado no sólo hablaría únicamente bajo el consejo de su defensor, sino además, este último pasó a ser el encargado de llevar adelante la crítica respecto de la evidencia traída por el acusador. En síntesis, se separó por un lado las palabras del acusado, y por el otro, el alegato sobre el mérito de la acusación; esto es, el testimonio de lo que conoce, de la defensa material sobre el conjunto de los elementos en su contra.

Es en función de ello que, finalmente, en el ámbito anglosajón el resguardo a no ser compelido a declarar, impli-

<sup>40</sup> Langbein, *The Historical*, cit., p. 1067.

<sup>41</sup> Ídem, p. 1068.

<sup>42</sup> Stephen, op. cit., ps. 424 y 440.

<sup>43</sup> Un estudio citado por Langbein, muestra que en la corte de *Old Bailey* hacia 1770 sólo en el 2,1% de los casos los acusados se encontraban asistidos por el abogado defensor, incrementándose al 20,2% para 1786, para luego elevarse al 36,6% para 1795. Langbein, *The Historical*, cit., nota 96, p. 1068.

<sup>44</sup> Girard, op. cit., p. 45. Ver asimismo en Langbein, *The Criminal Trial*, cit., ps. 312-313.

<sup>45</sup> En definitiva, a que los abogados capturaran también la otra parte del conflicto penal.

<sup>46</sup> Langbein, *The Historical*, cit., ps. 1068-1071.

<sup>47</sup> O'Reilly, op. cit., nota 96, p. 419.



ca no sólo la prohibición de que la persona acusada sea testigo en su propia causa, sino que no pueda ser convocado a declarar. El derecho del acusado es el de negarse tanto a brindar respuestas incriminatorias a requerimientos a los cuales se halla expuesto, como también a ser libre frente a todo tipo de requerimiento<sup>48</sup>. La sola circunstancia de ocupar el estrado es algo a lo que hay derecho a resistirse. La idea está expresada en un fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos de 1893, en el que se acota el sentido intimidante y embarazoso que, aun para quien sea totalmente inocente, puede tener el solo hecho de ser puesto en el banquillo del testigo<sup>49</sup>.

#### V. El sistema continental: el abogado como legitimador del proceso penal

En Francia, en cambio, las consecuencias que tuvieron lugar en esta lucha de los abogados por la conquista del proceso penal fueron bastante distintas a las que se dieron en el sistema anglosajón. No sólo en razón de que el intento revolucionario de consagrar un sistema netamente acusatorio, a la manera de como existió en Grecia o en Roma o en su contemporáneo derecho inglés, sufrió diferentes reacciones, las que impidieron su establecimiento definitivo; sino también en razón del carácter inquisitivo mucho más acentuado que en el continente tenía el sistema de enjuiciamiento.

A pesar de ello, lo cierto es que uno de los principales esfuerzos de aquel intento tuvo por objetivo la reivindicación de los derechos de la defensa. Éste es el sentido en el que se expresa la exposición de motivos del decreto del 8 y 9 de octubre de 1789, dirigido al “comité para la reforma de la jurisprudencia criminal”, al decir: “Uno de los principales derechos del hombre, una vez que ha sido sometido a prueba de una persecución criminal, es gozar con amplitud la libertad y seguridad para su defensa”<sup>50</sup>. No obstante, este principio tardó más de un siglo para alcanzar, de alguna manera, dicha meta.

En ese camino, si bien se prohibió el juramento en toda declaración<sup>51</sup>, no se abandonó, como una de las principales prácticas, el interrogatorio. Y, en tanto no se consagró efectivamente la participación del defensor en éste, se mantuvo plenamente vigente un modelo de enjuiciamiento en que el imputado no encontraba otra alternativa más que la de hablar.

Fue recién en 1897, con la sanción de la ley de reformas conocida como “ley Constans” que se consagró el derecho a contar con abogado defensor desde el interrogatorio inicial. También fue recién entonces que se estableció el derecho de abstenerse de declarar que debía ser advertido y cuyo ejercicio no acarrearía consecuencias<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Cleary, op. cit., p. 315.

<sup>49</sup> En “Wilson v. United States”, 149 U.S. 60, 66 (1893), citado por Chiesa Aponte, Ernesto L., *Derecho procesal penal de los Estados Unidos y de Puerto Rico*, Bogotá, Forum, 1995, p. 119, citados, a su vez, por Hendler, *Derecho penal*, cit., p. 177. En sentido coincidente, “United States v. Houting Foundation of America, Inc.”, 176, F.2d. 665 (3d. Cir. 1949); citados en Cleary, op. cit., nota 2, p. 315.

<sup>50</sup> Girard, op. cit., p. 81.

<sup>51</sup> En los Estados Generales que tuvieron lugar en 1788, se propugnan –entre otros– la abolición del juramento de los acusados, y la abolición total y definitiva de la tortura.

<sup>52</sup> Champcommunal, Giuseppe, *La riforma dell’istruttoria in Francia*, en “Rivista Penale”, vol. XLVIII, 1898, ps. 5-19.

En los debates que precedieron la sanción de esta ley, Helié (quien presidía la comisión extraparlamentaria encargada de la reforma) aconsejaba que debía establecerse “el principio de la defensa del inculpado durante la instrucción preparatoria, y el de la presencia del defensor; no solamente en la prisión al costado del imputado para aconsejarlo, en procura de ayudar en su defensa, sino que también en el despacho del juez de instrucción, en donde debe organizarse un debate contradictorio entre el ministerio público, y los abogados del inculpado y los de la parte civil”<sup>53</sup>.

No obstante que esta proposición no fue la que finalmente se sancionó, en la ley del 8 de diciembre de 1897 se establece que “desde la primera comparecencia del imputado, el magistrado (...) debe hacerle conocer los hechos que se le imputan y recibirle declaración luego de advertirle que es libre de no prestarla”<sup>54</sup>. Para luego señalar que “el inculpado detenido o libre no puede ser interrogado o confrontado, a menos que él renuncie libremente a la presencia de su defensor”<sup>55</sup>.

Claro que estos principios terminaron por ser contradictorios al ser interpretados en el sentido de que “el abogado no tiene por misión luchar con el juez, ni discutir con él, sólo controlar los actos de instrucción, y asegurar con su presencia la libertad del inculpado, animándolo a responder las preguntas que le sean realizadas, al sacarle todo temor de una falsa interpretación o de una traducción defectuosa”<sup>56</sup>. Es por esta razón que se disponía que “el defensor no podía tomar la palabra luego que lo hiciera su defendido sino una vez que fuera autorizado por el magistrado”<sup>57</sup>.

De esta manera, mínimas son las diferencias respecto de lo que estableció, tal como ya se mencionara, las ordenanzas de 1539 y 1670 cuando señalaban que “los acusados deben responder por su propia boca”. Entre otras consecuencias, su testimonio, en caso de prestarlo, no sólo deja de ser plenamente libre al ser impulsado a hablar, sino que su declaración sobre la verdad de los hechos que conoce termina confundiendo con el alegato propio de toda respuesta a una formulación de cargos.

En síntesis, por más que se consagra el derecho de defensa con la expresa mención de que el acusado puede callar, precisamente, de mantenerse en silencio, nadie podrá venir por él a responder la imputación que le están formulando. Se introdujo la figura del defensor, mas las consecuencias de dicho ingreso fueron distintas que las que se dieran en el sistema anglosajón: en vez de avanzarse hacia un verdadero sistema adversarial que, entre otras características, hiciera posible la libertad en la declaración del imputado, se legitimó una estructura inquisitiva de la averiguación de la verdad. La cuestión, como se podrá observar, no reside en reconocer al defensor, sino en que éste pueda

<sup>53</sup> Claro que esta no fue la única propuesta. Un segundo proyecto admitía la presencia del abogado del inculpado sólo luego del último interrogatorio; mientras que, en un tercero, el defensor se encontraba excluido del despacho del juez de instrucción. Cfr. Girard, op. cit., p. 88.

<sup>54</sup> Cfr. art. 3 de la mencionada ley, citado por Girard, op. cit., p. 92.

<sup>55</sup> Cfr. art. 9, citado por Girard, op. cit., p. 92.

<sup>56</sup> Extraído de la exposición de los motivos de la ley. Cfr. Girard, op. cit.

<sup>57</sup> Kafka, op. cit., p. 48.

conquistar el verdadero papel que le corresponde en el proceso penal: ser una de sus partes.

## **VI. Unas últimas palabras**

Cuando inicié estas consideraciones, no pude dejar de comenzar con una cita de un cuento de Kafka. Quisiera, por último, cerrar estas líneas con las palabras con las que continúa ese cuento: “Pero otra cosa muy distinta es el hecho mismo de un juicio; éste se fundamenta en averiguaciones aquí y acullá, entre parientes y extraños, en familia y en público, en ciudades y en pueblos, en suma: por doquier. En este caso es de suma necesidad tener un abogado, cualquier cantidad de abogados, los mejores abogados, uno muy junto al otro, una muralla viviente, ya que, por naturaleza, los abogados se mueren pesadamente, pero, en cambio, los acusadores, esos zorros sumamente astutos, esos ágiles hurones, esos ratoncillos invisibles, se cuelan por los más pequeños agujeros, se divisan por entre las piernas de los abogados. Por consiguiente: ¡Atención! Por eso precisamente estoy yo aquí: ando juntando abogados; pero todavía no he encontrado ninguno”.

# El acceso a un defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos\*

María Fernanda López Puleio\*\*

## I. Delimitación

El derecho a la asistencia jurídica letrada, parte ineludible de la inviolabilidad del derecho de defensa que nace a favor de quien resulta imputado penalmente, constituye un elemento definidor del acceso a la justicia en sentido amplio, en tanto la intervención activa de un defensor técnico posibilita que todos los derechos y garantías reconocidos al primero sean no sólo resguardados, sino *efectivamente* ejercitados.

La particularidad de intervención de sujetos diversos –el imputado y su defensor técnico– en procura de un mismo fin de contrarrestar o aminorar la pretensión punitiva, aunque con elementos diversos, otorga sin duda una dinámica singular al proceso. A partir de esta conformación de naturaleza compleja del derecho de defensa penal, se deriva la exigencia de actuación del abogado defensor como un requisito de validez del procedimiento (salvo los casos de autodefensa), imponiéndose la intervención de un defensor público ante la ausencia de un defensor de confianza.

La referencia a la necesidad de “acceso” a un defensor penal, no quiere aludir a que ésta pueda considerarse cumplimentada por la simple constatación de que en el proceso penal se ha designado a un abogado, o que éste haya establecido algún contacto con el representado; esto significa bastante poco para el derecho de defensa. Pero es cierto que una lectura rápida, o una interpretación restringida del término “acceso” señalada en el título de este ensayo, deja al descubierto en su opción negativa, la forma más burda de avasallamiento del derecho a la defensa técnica: la ausencia de vínculo alguno –jurídico o fáctico– entre imputado y abogado.

En estas páginas, la alusión al “acceso a un defensor penal” trasciende la mera vinculación relacional. Con la afirmación del acceso (íntegro) a un abogado, se quiere aludir al goce completo del derecho a la asistencia jurídica reconocida por el derecho internacional de los derechos humanos. Entonces, habrá real acceso si el defensor cumple con los recaudos de una defensa técnica adecuada; y para ello, el sistema penal deberá brindar al abogado posibilidades ciertas para el ejercicio de su función.

Los modos de la relación abogado-representado, y los grados de intensidad de intervención del defensor técnico en el sistema penal, suelen presentar problemáticas que distan

\* Versión ampliada de la publicada en Abramovich, Víctor; Bovino, Alberto, y Curtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Editores Del Puerto/CELS, 2007, ps. 537-578.

\*\* Defensora Pública Oficial. Secretaria general de política institucional de la DGN. Agradezco la colaboración de los Dres. Mariana Grasso, Horacio Garcete y Gabriela Jugo en la recopilación de jurisprudencia.

<sup>1</sup> Puede leerse en el voto concurrente razonado del juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Sergio, en el caso de la Corte IDH "Tibi vs. Ecuador" del 7 de septiembre de 2004: "47. La defensa del inculpa-do sigue en predicamento. No hay, que yo sepa, ordenamiento nacional que no estipule el derecho de aquél a la defensa frente a los cargos que se le imputan, así como el derecho de contar con defensor que lo asista en el difícil trance del enjuiciamiento, cuando están en juego sus bienes más apreciados. Este es, inclusive, un personaje que concurre a integrar, como se ha dicho, la personalidad procesal del inculpa-do. Pero son abundantes los casos expuestos ante la Corte (y hay otros, millares, que aguardan turno: no de llegar al tribunal interamericano, sino de verse beneficiados, a través de los ordenamientos y las jurisdicciones nacionales, por los progresos que acogen los instrumentos internacionales) en los que esa defensa no ha existido en absoluto, o ha sido nominal: distante y ajena al inculpa-do, inactiva, indiferente, o ha carecido de oportunidad verdadera y facilidades genuinas para cumplir la misión que se reconoce, pero no se favorece".

de ofrecer soluciones sencillas. Pero en esta materia suelen presentarse situaciones que evidencian la falta de protección del derecho a la asistencia jurídica adecuada. En ocasiones, ningún abogado llega a tomar intervención en actos de los que derivan graves perjuicios para los imputados, o su actuación es solamente formal; en otras, los representados –en especial los detenidos– desconocen si alguien en verdad los continúa defendiendo, encontrándose sumidos en un vergonzoso abandono. Y también hay defensores probos, activos, y muy comprometidos con sus defensas, sobre los que penden obstáculos de los más diversos para el cumplimiento de su función<sup>1</sup>. En todos estos casos, al limitarse el derecho a un abogado, se viola irremediamente el derecho de defensa; y la parte más débil ante la justicia ve acrecentada aún más la disparidad de fuerzas con sus contradictores. Sin embargo, y más allá de la falta de univocidad en las respuestas jurisdiccionales, ciertas afectaciones del derecho de defensa suelen resolverse como si se tratara de un mero trámite o cuestión procesal, antes que del contenido esencial de un derecho fundamental.

La irradiación del derecho internacional de derechos humanos en el ámbito interno –y básicamente a partir de la jerarquización constitucional de los principales instrumentos en 1994 (art. 75 inc. 22 CN)– generó un impacto progresivo e intenso en su aplicación por parte de los tribunales argentinos. Así, la reforma constitucional integró definitivamente la protección de la inviolabilidad de la defensa enunciada en el artículo 18 de la Constitución Nacional, con aquella normativa, habilitando igualmente la compatibilización de la jurisprudencia interna, con las decisiones de los organismos de protección previstos en los convenios multilaterales –cuyas decisiones constituyen "guía interpretativa" para la Corte Suprema argentina–; todo ello, según lo que resulte más favorable al imputado.

Ello no obstante, y en importante número, hay todavía resoluciones jurisdiccionales que traslucen la resistencia a considerar que el derecho doméstico debe integrarse al plexo constituido por el derecho internacional, y guiarse en su aplicación por el principio *pro homine*; y que si bien los derechos fundamentales no determinan en toda su dimensión los alcances del derecho aplicable, sí excluyen determinadas consecuencias como no permitidas, a la vez que exigen otras como necesarias.

Este trabajo centrará su análisis en aquellas áreas donde la incidencia de actuación del defensor penal adquiere mayor relevancia, adentrándose en las "zonas riesgosas", donde la eventual limitación o clara falencia para la defensa por parte de un abogado, impacta con mayor repercusión en los derechos en juego.

<sup>2</sup> Battista, Anna María (edición a su cuidado), *Robespierre, il Principi della democrazia*, CLUA, Pescara, 1983, p. 69. Como se observará, las convenciones internacionales prácticamente reproducen el esquema de Robespierre.

<sup>3</sup> Un desarrollo más extenso de la cuestión en López Puleio, María Fernanda, *Justicia Penal y Defensa Pública, la deuda pendiente*, en "Pena y Estado", N° 5, Defensa pública, Ediciones del Instituto, Buenos Aires, 2002, ps. 23-48.

<sup>4</sup> Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, t. I, *Fundamentos*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 551.

<sup>5</sup> Dice el art. 104 del Código Procesal Penal de la Nación: "*Derecho del imputado*. El imputado tendrá derecho a hacerse defender por abogado de la matrícula de su confianza o por el defensor oficial; podrá también defenderse personalmente siempre que ello no perjudique la eficacia de la defensa y no obste a la normal sustanciación del proceso. En este caso el tribunal le ordenará que elija defensor dentro del término de tres (3) días, bajo apercibimiento de designarle de oficio el defensor oficial. En este caso el tribunal le ordenará que elija defensor dentro del término de tres (3) días, bajo apercibimiento de designarle de oficio el defensor oficial. En ningún caso el imputado podrá ser representado por apoderado. La designación del defensor hecha por el imputado

## II. Hacia la protección efectiva del derecho a un defensor en materia penal

### II. 1. Sobre los fundamentos del derecho a la defensa técnica penal

Por propia definición, el derecho de defensa del imputado en causa penal, comprende su facultad para llevar a cabo actividades para resistir o poder atenuar la imputación penal, lo que realiza interviniendo personalmente en el proceso. Un contenido que hace a ese derecho de defensa, y que adquiere importancia vital, es su derecho a ser asistido por un abogado; que supone la prerrogativa de contar con un defensor técnico que interviene de manera independiente en el proceso procurando a su favor.

Pero el defensor no sustituye la voluntad de su representado, ni pasa a ocupar su lugar. Porque nadie podría arrogarse la facultad de ejercicio de un derecho que se estructura a partir de la idea de dignidad de la persona humana. Como ya se preguntaba Robespierre en su discurso ante la Asamblea Constituyente de 1790: "¿a quién pertenece el derecho de defender los intereses de los ciudadanos? A ellos mismos, es el derecho más sagrado... si no es consentido a mi mismo defender mi vida, mi libertad, mi honor, mi fortuna, o bien recurriendo a quien considero el más probo, el más iluminado, el más fiel a mis intereses... entonces Ustedes violan al mismo tiempo la ley sagrada de la naturaleza y de la justicia, y todas las nociones del orden social"<sup>2</sup>.

Que al defensor designado en el proceso le correspondan igualmente poderes y atribuciones para invocar en interés del imputado –en tanto no constituyan el ejercicio de actos personalísimos reconocidos a éste–, no puede hacer perder de vista que este último es el titular del derecho de defensa, y en ese carácter ejercita su defensa *material*. Y que en todo caso, el defensor técnico constituye uno de los resguardos más importantes de su garantía<sup>3</sup>. Así, el primer gran desafío de todo defensor penal será el hallazgo de fórmulas de complementariedad con su defendido para el ejercicio concurrente de acciones, en defensa de uno de ellos. A tales fines, "ambos poseen facultades autónomas, esto es, independientes, que no se inhiben entre sí"<sup>4</sup>.

Ahora, la circunstancia de que se constituya a la defensa técnica como un requisito de validez del procedimiento, autorizando la autodefensa técnica sólo cuando el imputado "no perjudique la eficacia de la defensa y no obste a la normal sustanciación del proceso", como en el sistema federal argentino (art. 104 CPP Nación)<sup>5</sup>, denota no sólo una especial pre-

importará, salvo manifestación expresa en contrario, el otorgamiento de mandato para representarlo en la acción civil. Este mandato subsistirá

mientras no fuere revocado. El imputado podrá designar defensor aun estando incomunicado y por cualquier medio".



ocupación para el resguardo de un derecho fundamental –con lo cual la observación acerca de las exigencias de actuación del defensor penal deberán partir de estándares elevados de intervención–, sino que permite ver cómo la actuación de un abogado, también es requerida para una mejor consecución y orden procesal. En este último caso, más que un “derecho” del imputado, se tiene en mira una necesidad de la administración de justicia<sup>6</sup>.

Sin embargo, la admisión del derecho a un abogado y la actuación autónoma pero integrada entre el defensor penal y su asistido, no siempre fue admitida y mucho menos respetada en el proceso penal. Mucha de la historia del proceso se explica a partir de este vínculo relacional, y del reconocimiento o no de los poderes y sus facultades en el marco del procedimiento; todo lo cual refleja del nivel de respeto o de directa ignorancia al *status* del imputado como sujeto de derechos fundamentales.

Desde la prohibición del imputado para defenderse por abogados durante un período en Atenas, hasta la intervención amplia del interesado con un orador experto que lo asistía en la antigua Roma, y nuevamente, la limitación de intervención del abogado en la época del Imperio<sup>7</sup>; o la prohibición para los indios de América de realizar consultas con abogados (como medida de “protección” por los innumerables daños que los letrados les habían ocasionado, ordenando Felipe II en 1589 “castigar con cien azotes a quienes los consulten”<sup>8</sup>); desde la pérdida para el imputado de la calidad de parte procesal en la “terapia inquisitoria”, hasta su derivación en la prohibición de actuación del defensor en la Ordenanza Criminal Francesa de 1670<sup>9</sup>; desde la concepción sustentada por el modelo inquisitivo de que con la simple confesión se pondrá de manifiesto la culpabilidad o la inocencia... y entonces, ¿para qué un abogado? (sólo para hacerlos confesar, y si no lo logra, por lo menos que el abogado revele al juez lo que tuvo conocimiento), hasta la supresión de la actuación de abogados en Prusia por decreto real en 1780 (porque “va contra la naturaleza de las cosas que las partes no sean escuchadas directamente por el juez en sus demandas y quejas, sino que se vean precisadas a hacer valer sus necesidades a través de un abogado pagado”<sup>10</sup>), o su definición según la Santa Inquisición: “infame, digno del castigo más severo, el que sabiendo tener un cliente culpable, de todos modos lo defiende”<sup>11</sup>.

Como expresara Carnelutti –en otro contexto histórico y cultural–, al razonar sobre la necesidad de parcialidad del abogado, en defensa de lo que más convenga a su defendido: “La del abogado es quizá una de las figuras más discutidas en el cuadro social; se podría decir más atormentada. Entre otras cosas, nunca, ni siquiera en los momentos de mayor convulsión histórica, se ha propuesto la supresión de los médicos o de los ingenieros; pero de los abogados sí. En alguna ocasión, hasta se ha llegado a suprimirlos; después han

<sup>6</sup> Para una discusión sobre el problema de la disponibilidad del derecho de defensa, la cuestión constitucional y las posibilidades de autodefensa en el derecho comparado, ver López Puleio, *op. cit.*, ps. 35 y 37.

<sup>7</sup> Lion, A., *Difesa*, en *Digesto Italiano*, vol. IX, p. 321, citado por Vélez Mariconde, *op. cit.*, p. 373.

<sup>8</sup> En Suárez, Santiago Gerardo, *Los fiscales indianos, Origen y evolución del Ministerio Público*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, N° 227, Caracas, 1995, p. 285.

<sup>9</sup> Goessel, Karl Heinz, *El defensor en el proceso penal*, Temis, Bogotá, 1989, p. 11.

<sup>10</sup> Goessel, *op. cit.*, p. 3

<sup>11</sup> En el *Sacro Arsenal o también Práctica del Oficio de la Santa Inquisición*, fechado el 12 de abril de 1679, 410 (275), citado en Cordero, Franco, *Procedimiento Penal*, 2ª ed., trad. de Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 2000, p. 240.

resurgido con rapidez. En el fondo, la protesta contra los abogados es la protesta contra la parcialidad del hombre. Mirándolo bien, ellos son los Cirineos de la sociedad: llevan la cruz por otro, y esta es su nobleza. Si me pidierais una divisa para la orden de los abogados, propondría el virgiliano *sic vos non vobis*; somos los que aramos el campo de la justicia y no recogemos el fruto<sup>12</sup>.

Si bien las justificantes esgrimidas para fundar la necesidad de *obligada* intervención de un asistente técnico al lado del imputado responden a motivos diversos, no puede desconocerse el hecho sustancial de que para confrontar al poder del ministerio público fiscal, se precisa de una persona formada en derecho y en la práctica penal, no debiendo tampoco soslayarse la incidencia que conlleva desde el aspecto emotivo, la propia participación del implicado en un proceso penal en su contra.

La igualdad de armas entre la acusación y la defensa, supone la perfecta igualdad de las partes. Para eso, la defensa tiene que tener la misma capacidad y poderes de la acusación; entonces, el imputado debe estar asistido por un defensor *en situación de competir* con el acusador público<sup>13</sup>.

## II. 2. Disposiciones normativas y de diverso carácter. La defensa de quienes no tienen quién los defienda

El derecho internacional de los derechos humanos, a la par del reconocimiento de contenidos integrativos básicos del derecho de defensa para el imputado (entre ellos, el de conocimiento detallado de la imputación en su contra, el derecho a ser oído públicamente y en condiciones de igualdad –expresándose libremente sobre los extremos de la imputación–, el de controlar la prueba que pueda ser utilizada en su contra y ofrecer prueba de descargo), reconoce su derecho a la asistencia jurídica según una formulación de gran amplitud.

Así, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) establece entre las garantías judiciales mínimas, la concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa (8.2.c), y su derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor (art. 8.2.d); la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) asegura en su artículo 11 la realización de un juicio público para toda persona acusada de delito, en el cual “se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa” y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), asegura el derecho “A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección” (art. 14.3.b), y “A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo” (art. 14.3.d).

<sup>12</sup> Carnelutti, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Temis, Bogotá, 1989, p.42.

<sup>13</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1998, p. 614.

<sup>14</sup> CDHNU, Observación General 13 al artículo 14 del PIDCP: "Igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley", 21 período de sesiones, 13/04/84, párrafo 5.

<sup>15</sup> *Ibidem*, párrafo 11.

<sup>16</sup> *Ibidem*, párrafo 9.

<sup>17</sup> Así, la Comisión de Derechos Humanos de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Resolución 2003/39 del 23 de abril de 2003 sobre *Integridad del sistema judicial*, insta a los Estados a que garanticen que toda persona enjuiciada ante juzgados o tribunales bajo su autoridad tenga derecho a ser juzgada en persona y a defenderse por sí misma o mediante asistencia letrada de su propia elección (pto. 5).

<sup>18</sup> Y de igual forma, en muchos países de Latinoamérica. Ver documentos y ponencias del *Primer Encuentro Interamericano de Defensorías Públicas*, celebrado en Santiago de Chile del 14 al 16 de noviembre de 2001 (Defensoría Penal Pública de Chile, GTZ, CEJA e INECIP); y VII Cumbre Iberoamericana de Cortes Supremas y Tribunales Superiores, Cancún-México, 2002, documento de fundamentación sobre *Asistencia legal y Defensorías Públicas*, elaborado por María Fernanda López Puleio. En el ámbito federal argentino, la actuación de la defensa pública oficial se rige por la ley orgánica del Ministerio Público 24.946 (BO 23/3/1998), que estructuró al Ministerio Público de la Defensa como un organismo con autonomía funcional y autarquía financiera luego del reconocimiento constitucional en la reforma de 1994. La Defensoría General de la Nación es el organismo superior institucional, contando el Defensor General de la Nación con amplios poderes de superintendencia, en igualdad de condiciones con el Procurador General de la Nación.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDHNU), en su Observación General 13 al artículo 14 del PIDCP, advirtió a los Estados Partes que en la segunda frase del párrafo 1 del artículo 14 se dispone que "toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías", que en el párrafo 3 se detallan esas garantías en relación con los procesos penales, pero que las exigencias formuladas en el párrafo 3 "son requisitos mínimos, cuya observancia no es siempre suficiente para asegurar un proceso que llene los requisitos previstos en el párrafo 1"<sup>14</sup>. Y que no en todos los informes de los países se han abordado los aspectos íntegros del derecho de defensa según se define en el artículo 14.3.d, así: "El Comité no siempre ha recibido información suficiente sobre la protección del derecho del acusado a estar presente durante la sustanciación de cualquier acusación formulada contra él, ni cómo el sistema jurídico garantiza su derecho, ya sea de defenderse personalmente o de recibir la asistencia de un abogado de su elección, o qué arreglos se establecen si una persona carece de medios suficientes para pagar esta asistencia. El acusado o su abogado deben tener el derecho de actuar diligentemente y sin temor, valiéndose de todos los medios de defensa disponibles, así como el derecho a impugnar el desarrollo de las actuaciones si consideran que son injustas"<sup>15</sup>. Por otra parte, los abogados deben poder representar a sus defendidos de conformidad con su criterio y normas profesionales establecidas, sin injerencia de ninguna parte<sup>16</sup>.

El carácter fundamental que se otorga a la asistencia jurídica del imputado, puede verse con mayor intensidad a partir de la regulación establecida para el caso de que el imputado no se defendiera personalmente (o no se lo autorizara a hacerlo), ni tampoco designare letrado de confianza para asumir su defensa. La CADH establece en el artículo 8.2.e, el "derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiera por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo de ley". Y el PIDCP, "siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo" (art. 14.3.d). Esta cobertura, que constituye la última reserva de la defensa, sólo actúa de manera subsidiaria; si el imputado no se defendiera personalmente o no hiciera uso de su derecho de designar abogado particular<sup>17</sup>.

Muchos desconocen que en el sistema federal argentino, la representación que ejercen los defensores públicos sobre el total de casos penales suele superar el 80%; situación que se repite con mayor o menor intensidad en las provincias<sup>18</sup>.

Los defensores oficiales acceden a la función mediante concurso público y ostentan rango de magistrados, en condiciones de igualdad con jueces y

fiscales. Ver Informes Anuales de la Defensoría General de la Nación al Congreso Nacional, Años 2000 a 2004.

Estos baremos permiten observar la relevancia que tiene el análisis de las problemáticas específicas de intervención de defensores públicos en el proceso penal, y más allá de que un porcentaje importante de dificultades no dependen de restricciones impuestas por la actuación de los tribunales, sino por la desatención para la provisión de recursos suficientes para hacer lugar a la cobertura, lo cierto es que para algunos sectores de la administración de justicia parecerían “flexibilizarse” aspectos sustanciales del derecho a la asistencia jurídica adecuada, cuando en el proceso debe intervenir un defensor público. Esto incluye la errada concepción cultural de ciertos jueces y fiscales, de que el defensor público antes que la consagración de una garantía para el inculpadado, constituye un auxiliar de la justicia. Claro que esta concepción no se manifiesta de igual forma en todo el país ni en la mayoría de los operadores de la justicia, y que el nivel de respeto al derecho de quienes no tienen quien los defiende, mucho ha dependido del accionar *proactivo* de vastos sectores de la defensa pública argentina.

En la referida Observación General 13, el Comité ONU consideró que debían realizarse informes más detallados sobre las medidas que los Estados Partes adoptan para garantizar que se observe en la práctica la igualdad de acceso a los tribunales<sup>19</sup>, y que “cuando el acusado no desee defenderse personalmente ni solicite una persona o una asociación de su elección, *debe poder recurrir a un abogado*”<sup>20</sup>. Aquí puede verse en toda su comprensión, cómo no podría considerarse cumplimentada la garantía a la asistencia jurídica adecuada mediante el simple enunciado de fórmulas asegurativas, o considerarse satisfecha por la mera constatación de que en un expediente judicial se ha presentado un abogado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en la Opinión Consultiva (OC) 11/90, evaluó la situación de las personas que por su situación económica no tienen acceso a un abogado. La Corte, recordó que los Estados Partes se han obligado por el artículo 1.1. de la CADH a “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por (...) posición económica, ...o cualquier otra condición social”, por el artículo 24, a respetar el principio de igualdad en la protección de la ley, y por el artículo 8, a garantizar el derecho de defensa. Así razonó que la interpretación de los literales d y e de este último artículo, establecen la obligación del Estado de garantizar la provisión de un abogado para el imputado que no se defendiere por sí, ni nombrare abogado, pero que no se dispone que esa provisión sea gratuita. Entonces, si el indigente requiere asistencia legal, y en razón de su situación económica el Estado no se la provee gratuitamente, la persona se encontraría discriminada<sup>21</sup>.

La Corte IDH también enfatizó que *garantizar* un derecho, y como contrapartida, establecer la obligación positiva

<sup>19</sup> CDHNU, Observación General 13 cit., párrafo 3.

<sup>20</sup> *Ibidem*, párrafo 9; el destacado me pertenece.

<sup>21</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva N° 11 del 10 de agosto de 1990 sobre Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art 46.1, 46.2.a y 46.2.b, CADH), párrafos 21, 22 y 25. La solicitud de opinión consultiva por parte de la Comisión IDH, indicaba que la víctima alegó no haber podido cumplir con el requisito de agotar los remedios previstos en las leyes nacionales al no poder costear servicios jurídicos o, en algunos casos, el valor que debe abonarse por los trámites. También señaló que aún en los casos donde un acusado se defiende a sí mismo porque no pudo pagar un abogado, “podría presentarse una violación al artículo 8 de la CADH si se prueba que esa circunstancia afectó el debido proceso a que tiene derecho bajo dicho artículo” (párr. 27).

<sup>22</sup> *Ibidem*, párrafos 23 y 24 y 26.

<sup>23</sup> *Ibidem*, párrafo 34. Se refiere a la imposibilidad de agotamiento de recursos internos a raíz del temor generalizado de los abogados de determinado lugar para representar ciertos casos.

<sup>24</sup> Ver nota 5. Dice el art. 107, CPP Nación: “*Defensa de oficio*. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 104 y en la primera oportunidad, y en todo caso antes de la indagatoria, el juez invitará al imputado a designar defensor entre los abogados de la matrícula. Si el imputado no lo hiciera hasta el momento de recibírsele declaración indagatoria, el juez designará de oficio al defensor oficial, salvo que autorice al imputado a defenderse personalmente”. La OC N° 11/90 de la Corte IDH refiere sin embargo, que puede considerarse a la autodefensa sólo válida si la legislación interna lo permite, no obstante lo dispuesto en el texto del art. 8.2.d, CADH. Contrariamente, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas concluyó en el caso de Michel y Brian Hill que la legislación española, al no permitir al acusado defenderse personalmente, no acata lo dispuesto en el PIDCP, art. 14.3.d; CDHNU, Comunicación N° 526/1993, España, 23 de junio de 1997, CCPR/C/59/D/526/1993.

<sup>25</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 431.

<sup>26</sup> Ver los Principios básicos sobre la función de los abogados, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente”, celebrado en La Habana, Cuba, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, el Principio 3: “Los gobiernos velarán por que se faciliten fondos y otros recursos suficientes para asistencia jurídica a las personas pobres y, en caso necesario, a otras perso-

nas desfavorecidas...”; Principio 4: “Debe prestarse especial atención a la asistencia de las personas pobres y de otras personas menos favorecidas a fin de que puedan probar sus derechos y, cuando sea necesario, recurrir a la asistencia de un abogado”. Las normas establecidas en la CADH y en el PIDCP parecen establecer un distingo en la relación gratuidad-prestación; así, mientras la primera señala que la asignación de

un abogado por el Estado opera cuando el imputado no ha designado defensor –pero no dice nada acerca de la gratuidad– (art. 8.2.e), para el segundo, la asignación corresponde cuando lo determinen “los intereses de la justicia”, siendo gratuito si el imputado no contare con medios suficientes para pagarlo (art. 14.3.d). La ley 24.946 de Ministerio Público establece, en una disposición confusa, que el imputado asistido por un de-

que ello genera, implica para los Estados Partes organizar todas sus estructuras de manera “que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Caso Velázquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166; Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párr. 175)”, que “el concepto de debido proceso en casos penales incluye, entonces, por lo menos esas garantías mínimas. Al denominarlas mínimas la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso penal”, y que hay que entender entonces que el artículo 8 sobre garantías judiciales exige asistencia legal cuando ésta es necesaria para que se pueda hablar de *debidas garantías*, y “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>22</sup>. Pero las dificultades de acceso a un abogado no se centralizan sólo en quienes sufren padecimientos económicos; en cualquier caso, deberá atenderse el deber positivo exigido por el art. 1.1. de la CADH a los Estados para la remoción de obstáculos que pudieren existir para la limitación de los derechos que acuerda la Convención<sup>23</sup>. Dentro de la previsión normativa, el derecho a la asistencia jurídica letrada constituye una *obligación de prestación* cuando no hay un abogado designado por el imputado y éste no se defiende personalmente (conf. art. 8.2.e, CADH), o no ha sido autorizado a ejercitar la autodefensa (conf. arts. 104 y 107, CPP Nación, y Corte IDH OC. N° 11/90)<sup>24</sup>. “Y en tanto derechos subjetivos, todos los derechos a prestaciones son relaciones trivalentes entre un titular de derecho fundamental, el Estado, y una acción positiva del Estado”<sup>25</sup>. Pero si esa persona se ha visto obligada a ser representada por un defensor público por una situación de desventaja económica, esa asistencia, igualmente efectiva, debe además ser gratuita. Ello porque el derecho no sólo permite, sino que postula un trato desigual, cuando su objetivo consista en “igualar a los desiguales”<sup>26</sup>.

nas desfavorecidas...”; Principio 4: “Debe prestarse especial atención a la asistencia de las personas pobres y de otras personas menos favorecidas a fin de que puedan probar sus derechos y, cuando sea necesario, recurrir a la asistencia de un abogado”. Las normas establecidas en la CADH y en el PIDCP parecen establecer un distingo en la relación gratuidad-prestación; así, mientras la primera señala que la asignación de

un abogado por el Estado opera cuando el imputado no ha designado defensor –pero no dice nada acerca de la gratuidad– (art. 8.2.e), para el segundo, la asignación corresponde cuando lo determinen “los intereses de la justicia”, siendo gratuito si el imputado no contare con medios suficientes para pagarlo (art. 14.3.d). La ley 24.946 de Ministerio Público establece, en una disposición confusa, que el imputado asistido por un de-



fensor público oficial deberá solventar la defensa en caso de condena, si cuenta con *medios suficientes*. Y que ello se verificará con un informe socio-ambiental practicado por el juez de la causa, del cual surge que el imputado no resulta *indigente*, para ser eximido del pago (conf. art. 63).

<sup>27</sup> CIDH, Informe n° 41/99, caso 11.491, "Menores detenidos en Honduras", 10/3/99.

<sup>28</sup> Según datos del INDEC, en el año 1991 había en la Capital Federal y Gran Buenos Aires 2.327.805 pobres y 324.810 indigentes; en el año 2000 3.466.000 pobres y 921.000 indigentes. Como un ejemplo de qué sucedía entonces en la justicia, basta cruzar los datos estadísticos de la Corte Suprema de Justicia y de las Defensorías Oficiales; así –y a modo de ejemplo– ingresaron en el año 1994, 2.782 causas a los Tribunales Orales en lo Criminal de la Capital Federal, designándose defensor oficial en 1806 de ellas; en el año 1999, las causas ya eran 5.095, y las designaciones habían trepado a 4.178. Por otra parte, y según datos de la Dirección de Política Criminal del Ministerio de Justicia de la Nación, en 2004, en las 177 cárceles del país el número de presos alcanzaba a 62.877, de los cuales, el 61% correspondía a procesados sin condena. En 1997, la cantidad de presos totales no llegaba a los 30.000 en todo el país. Este es el número total aproximado de presos actuales en la Provincia de Buenos Aires en 2004 (ver nota 99).

Al obligarse el Estado a designar un defensor público e integrar la defensa técnica cuando el imputado no tuviere o no designare abogado de confianza, esa provisión señala una relación de continuidad entre el imputado y la defensa pública, salvo que designe posteriormente a un defensor particular. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que el derecho a la provisión de defensor por parte del Estado, en virtud del 8.2.e, lo es para todos los actos procesales<sup>27</sup>.

Desde 1993 a esta parte –con el nuevo sistema procesal penal nacional– la proporción de defensores públicos que actúan ante la justicia penal, aumentó en una mínima medida en relación a la inflación de casos que requirieron la intervención de la defensa pública (situación que no sólo se repite, sino que se agrava en el interior de la Argentina). En la década de los 90 se disparaban alarmantemente los niveles de pobreza y de indigencia. Mientras en 1994 el nivel de cobertura de los defensores oficiales en relación a los casos totales rondaba el 64%, en el año 2003 rozaba el 90% en muchos ámbitos. Por otra parte, la cantidad de casos que ingresaron al sistema penal crecieron progresivamente en el mismo período, alcanzando la prisión preventiva índices nunca imaginados<sup>28</sup>.

El derecho a una asistencia jurídica no podría nunca conformarse con la mera asignación de un abogado para que ejerza la representación. Como se verá, los organismos de protección de derechos humanos y los tribunales argentinos, han establecido reaseguros para que esa defensa sea competente y efectiva. De igual manera, el reconocimiento del derecho a un abogado no resuelve por sí toda la problemática de acceso a la justicia; por lo que es un elemento determinante de esta última la provisión a la asistencia legal de medios adecuados para el ejercicio de la defensa.

Así, la entrada en escena de la defensa pública permite observar desde uno de los espacios de mayor nitidez, cuál es la relación ínsita y necesaria entre las premisas que fundamentan el Estado de Derecho, la regulación y límites de la persecución penal, la manera en que se organiza la justicia, y el diseño de mecanismos establecidos para asegurar, en condiciones de igualdad, el derecho a un defensor en materia penal.

### III. Los reaseguros del derecho a un defensor penal. La aplicación del derecho internacional sobre protección de derechos humanos por los tribunales argentinos

¿En qué oportunidades y bajo qué circunstancias interviene un defensor en el sistema penal? ¿cuáles son los contenidos mínimos exigidos para considerar su actuación como *adecuada*? ¿cuándo hay incompatibilidad entre la defensa técnica y la defensa material?

Éstas constituyen sólo algunas de las preguntas cuyas



respuestas pueden resultar orientativas acerca de los niveles de respeto del derecho a un abogado. Esas respuestas podrán mensurarlos a partir de las disposiciones y resoluciones de derecho internacional y de la normativa interna; y de cómo ellas resultan interpretadas por los tribunales argentinos.

### **III. 1. Ámbito de cobertura del derecho a la asistencia jurídica en materia penal: ¡un abogado aquí, por favor!**

Por razones diversas, pero con indolencia similar, los dos extremos del sistema penal de reacción –los primeros instantes de la persecución penal pública, y la etapa de ejecución de la pena o medida de seguridad– son los que presentan mayor grado de vulnerabilidad para el acceso a un abogado. De igual forma, la evidente circunstancia de que no son iguales las posibilidades de acceso para quien está detenido, que para quien afronta el proceso en libertad, han derivado en la necesidad de refuerzo de la garantía en estos ámbitos.

#### **III. 1. a. La asistencia jurídica letrada ¿desde cuándo y de qué manera?**

El señalamiento del momento a partir del cual *nace* el derecho del imputado a defenderse y por consiguiente, el instante a partir del cual puede contar con un abogado para que lo asista; y de igual forma, el momento hasta cuándo el sistema penal reconoce el ejercicio del derecho de defensa y el amparo de su garantía, admiten hoy una amplitud que los antiguos sistemas procesales desconocían. Sin duda, para ello han contribuido disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos, y la correcta interpretación de que el contenido fundamental de los derechos y garantías constitucionales no pueden quejar sujetos a restricciones impuestas por normas inferiores.

Más allá de las normas de protección del derecho a un abogado establecidas en la CADH y en el PIDCP, variadas son las disposiciones de derecho internacional que garantizan en nuestro ámbito el acceso a un defensor. Ellas se encuentran básicamente en el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión<sup>29</sup>, en las Reglas mínimas para reclusos<sup>30</sup>, y en los Principios básicos sobre la función de los abogados<sup>31</sup>. Los

<sup>29</sup> Aprobados por Resolución 43/173 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1988. El Principio 11 indica que nadie podrá ser mantenido en detención sin tener la posibilidad real de ser oído sin demora, y que “La persona detenida tendrá el derecho de defenderse por sí misma o ser asistida por un abogado según prescriba la ley...”; y el Principio 17: “1. Las personas detenidas tendrán derecho a asistencia de un abogado. La autoridad competente les informará de ese derecho prontamente después de su arresto y les facilitará medios adecuados para ejercerlo. 2. La persona detenida que no disponga de asistencia de un abogado de su elección tendrá derecho a que un juez y otra autoridad le designe un abogado en todos los casos en que el interés de la justicia así lo requiera y sin costo alguno para él si careciere de medios suficientes para pagarlo”.

<sup>30</sup> Adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1955. Aprobadas por el Consejo Económico y Social el 31 de julio de 1957 (Resolución 663C), y el 13 de mayo de 1977 (Resolución 2076). Dice la regla 93: “El acusado estará autorizado a pedir la designación de un defensor de oficio cuando se haya previsto dicha asistencia, y a recibir visitas de su abogado, a propósito de su defensa. Podrá preparar y dar a éste instrucciones confidenciales (...) Durante las entrevistas con su abogado, el acusado podrá ser vigilado visualmente, pero la conversación no deberá ser escuchada por ningún funcionario de la policía o del establecimiento penitenciario”.

<sup>31</sup> Ver su cita en nota 25. Principio 1: “Toda persona está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y de-

muestre sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal”. “Principio 7: Los gobiernos garantizarán además que todas las personas arrestadas, o detenidas, con una acusación penal o no, tengan acceso a un abogado inmediatamente, y en cualquier caso dentro de las 48 horas siguientes al arresto o a la detención” (según el CPP Nación, la declaración indagatoria de un dete-

nido se tomará inmediatamente, o a más tardar en un término de 24 horas. Sólo se podrá prorrogar por otro término igual ante la imposibilidad del magistrado, o cuando lo pidiera expresamente el imputado para designar defensor –art. 294–; Principio 8: “A toda persona arrestada, detenida o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado,

entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación”.

<sup>32</sup> Dice el art. 72, CPP Nación: *Calidad de imputado*. Los derechos que este Código acuerda al imputado podrá hacerlos valer, hasta la terminación del proceso, cualquier persona que sea detenida o indicada de cualquier forma como partícipe de un hecho delictuoso...”.

<sup>33</sup> Maier, *op. cit.*, p. 548.

<sup>34</sup> CIDH, Informe 41/99, caso 11.941, “Menores detenidos en Honduras”, 10/3/99, párrafo 152: “... la Comisión concluye que, conforme al artículo 8, inciso 2, literal e) de la Convención Americana, el Estado hondureño tiene el deber jurídico de proveer de un defensor de oficio a los menores, cuando no tengan defensor particular, en todos los actos procesales, y desde el momento en que se les imputa una infracción”; ver especialmente su comentario en García, *op. cit.*, ps. 483 y 485, nota 112 *bis*.

<sup>35</sup> Ver art. 104, CPP Nación, en nota 5, y art. 107, CPP Nación, en nota 23. Dice el art. 197, CPP Nación: “*Defensor y domicilio*. En la primera oportunidad, inclusive durante la prevención policial pero, en todo caso, antes de la indagatoria, el juez invitará al imputado a elegir defensor; si no lo hiciera o el abogado no aceptare inmediatamente el cargo, procederá conforme al artículo 107. El defensor po-

derechos que la ley le otorga al imputado, puede hacerlos valer a partir del primer acto del procedimiento dirigido en su contra (conf. art. 72, CPP Nación)<sup>32</sup>. Ello porque “todas las garantías constitucionales se ponen en acto desde el momento en que una persona es indicada como autor o partícipe de un hecho punible ante cualquiera de las autoridades competentes para la persecución penal, pues desde ese momento peligra su seguridad individual en relación a la aplicación del poder penal estatal; puede, entonces desde ese momento, ejercer todas las facultades tendientes a posibilitar la resistencia a ese poder penal”<sup>33</sup>. Esta ha sido también la interpretación de la CIDH<sup>34</sup>.

El momento a partir de cuándo tomará intervención el abogado en el proceso dependerá de cómo se ha iniciado éste. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado desde antiguo que la garantía a contar con un abogado en juicio penal se hace operativa desde la primera intervención del imputado en el proceso. La interpretación sistemática de los artículos 73, 104, 107 y 197 del CPP Nación van en igual sentido. Mientras el artículo 104 dispone como regla general que el imputado tendrá derecho a hacerse defender por abogado de la matrícula de su confianza o por el defensor oficial, el artículo 107 establece un deber primario del juez: “en la primera oportunidad, y en todo caso *antes* de la indagatoria”, debe invitar al imputado a designar defensor entre los abogados de la matrícula. Según la misma norma, si el imputado no designara defensor hasta el momento de recibírsele declaración indagatoria, el juez integra la defensa oficiosamente, designando al defensor público. Finalmente, el artículo 197 refuerza la previsión de la garantía al disponer que “En la primera oportunidad, inclusive durante la prevención policial pero, en todo caso, *antes* de la indagatoria el juez invitará al imputado a elegir defensor (...) El defensor podrá entrevistarse con su asistido inmediatamente *antes* de practicarse los actos aludidos en los artículos 184, penúltimo párrafo, y 294, bajo pena de nulidad de los mismos”<sup>35</sup>. También nuestra

drá entrevistarse con su asistido inmediatamente antes de practicarse los actos aludidos en los artículos 184, penúltimo párrafo, y 294, bajo pena de nulidad de los mismos. En el mismo acto, cuando el imputado esté en libertad deberá fijar domicilio. Si estuviere detenido, se informará a la persona que indique su lugar de detención”. La referencia que realiza el art. 197 al art. 184 (luego de la ley 25.434, el penúltimo párrafo pasó a ser el inciso 10), alude al detenido en sede policial, que manifieste razones de urgencia para declarar ante juez. El artículo 294 se refiere a la declaración indagatoria –todos los resalta-

dos me pertenecen-. De igual forma, el artículo 73 prevé la alternativa de presentación espontánea del imputado con su defensor para realizar actos de defensa, cuando todavía no hubiera sido indagado. Dice el artículo 73, CPP Nación: *Derecho del imputado*. La persona a quien se le imputare la comisión de un delito por el que se está instruyendo la causa tiene derecho, aun cuando no hubiere sido indagada, a presentarse al tribunal personalmente con su abogado defensor, aclarando los hechos e indicando las pruebas que, a su juicio, puedan ser útiles”.

<sup>36</sup> Dice el art. 296: “*Libertad de declarar*. El imputado podrá abstenerse de declarar. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad ni se ejercerá contra él coacción o amenaza ni medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad ni se le harán cargos o reconveniones tendientes a obtener su confesión. La inobservancia de este precepto hará nulo el acto, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria que corresponda”. art 298. *Formalidades previas*. Terminado el interrogatorio de identificación, el juez informará detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuye, cuáles son las pruebas existentes en su contra y que puede abstenerse de declarar, sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad...”.

<sup>37</sup> Ver en Carrió, Alejandro, *El derecho a la entrevista previa en el nuevo Código Procesal Penal. Los primeros fallos*, la necesidad de establecer resguardos para asegurar que la renuncia ha sido expresa, en “La Ley”, 1993-D, ps. 369-372.

<sup>38</sup> Es muy interesante la discusión que se generó durante la elaboración del PIDCP con respecto a este artículo, relativa a si no era evidente el derecho del imputado a ser informado de su derecho a tener un defensor de su elección, y acerca de la decisión sobre su inclusión expresa, por la relación con otros derechos involucrados. Ver Bossuyt, Marc. J., *Guide to the “Travaux Préparatoires” of the International Covenant on Civil and*

norma procesal establece que la incomunicación del detenido nunca impedirá que éste se comunique con su defensor inmediatamente *antes* de comenzar su declaración o cualquier acto que requiera su intervención personal (art. 205).

¿Y cómo hacer uso de una prerrogativa que no se conoce? Según se observa, la puesta en conocimiento del imputado de *su* derecho a designar defensor “en la primera oportunidad” constituye una exigencia para el juez, y también para los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad. En efecto en el artículo 184 (hoy inc. 10), CPP Nación, se dispone que éstos últimos no podrán recibir declaración al imputado, y que sólo podrán dirigirles preguntas para constatar su identidad “previa lectura que en ese caso se le dará en alta voz de los derechos y garantías contenidos en los artículos 104 párrafo 1° y último, 197, 295, 296 y 298 de este Código, de aplicación analógica al caso, todo ello bajo pena de nulidad”<sup>36</sup>. Y justamente, el artículo 295 CPP Nación, en tanto señala que a la declaración del imputado podrá asistir su defensor, expresamente indica que el imputado será informado de este derecho antes de que ésta comience. Vale decir, para la norma adjetiva no es admisible tomar una declaración indagatoria sin que esté *constituida* la defensa técnica y que el imputado haya sido informado de los derechos que la ley le acuerda. Ahora, no hace falta realizar un profundo relevamiento en la justicia penal, para constatar la sugestiva cantidad de actas donde consta que el imputado *renuncia* a su derecho a que el defensor técnico esté presente en la indagatoria. Como señala Carrió, “nuestras prácticas tribunalicias reclaman a este respecto urgentes reformas. Es habitual en las audiencias de indagatoria que el funcionario o empleado que las conduce escriba fórmulas cuyo significado no es siempre comprendido por los detenidos” (...) [que] se hallan en una posición difícil para reclamar precisiones acerca del alcance de los derechos”<sup>37</sup>.

El Principio 13 del *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, indica: “Las autoridades responsables del arresto, detención o prisión, deben suministrar a la persona, en el momento del arresto y al comienzo del período de detención o de prisión o poco después, información y una explicación sobre sus derechos, así como sobre la manera de ejercerlos”. Recordemos que el artículo 14.3.d del PIDCP reconoce el derecho del imputado a ser informado de su derecho a tener defensor<sup>38</sup>. En igual sentido, el Centro de Dere-

*Political Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1987, p. 298, citado en el importante trabajo de García, Luis M., *El derecho a la asistencia legal en los*

*instrumentos internacionales de derechos humanos. Una visión americana*, en “Nueva Doctrina Penal”, 2001/B, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002, ps. 447-555.

<sup>39</sup> Centro de Derechos Humanos-Subdivisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, *Derechos humanos y prisión preventiva*, *Manual de normas internacionales en materia de prisión preventiva*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1994, p. 14.

<sup>40</sup> Corte IDH, caso *Bulacio vs. Argentina*, sentencia de 18 de septiembre de 2003. párrs. 128 y 130, con cita de su Opinión Consultiva 16/99 de 1 de octubre de 1999: *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Serie A, N° 16, párr. 106, y caso *Cantoral Benavídez*, sentencia del 18 de agosto de 2000. Serie C N° 69, párrs. 127 y 128, y caso *Castillo Petruzzi y otros*, sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C N° 52, párrs. 139, 141 y 142. Bulacio era un menor de 17 años que iba a asistir a un recital de rock, cuando a partir de una *razzia* policial en las inmediaciones del estadio, fue llevado detenido a una comisaría de la Capital Federal, el 19 de abril de 1991, junto a 80 personas. Por los golpes recibidos murió el 26 de abril de ese año. Nunca se supo el motivo de la detención, ya que no se abrió causa penal contra los detenidos, que fueron liberados de manera sucesiva. El Memorando 40 era una norma que habilitaba a la policía a notificar o no a los jueces de menores respecto de las detenciones practicadas. En el caso de Bulacio, tampoco se notificó a ningún familiar.

chos Humanos de Naciones Unidas ha considerado dentro de las directrices prácticas de su “Informe sobre Derechos Humanos y prisión preventiva”, que el derecho más importante que hay que notificar a la persona detenida, es su derecho a un abogado defensor<sup>39</sup>. La razón de ser de todos estos reaseguros tiene mucho que ver con la necesidad de salvaguardar principios muy sensibles al Estado de Derecho, relacionados no sólo con la protección amplia del derecho de defensa a partir de una imputación penal, sino con el derecho a guardar silencio, la garantía contra la autoincriminación y la protección de la integridad personal del imputado.

En el caso argentino, esta necesidad fue brutalmente expuesta a partir del caso “Bulacio”. Allí la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que, más allá del derecho del detenido a ser informado de los motivos y razones de su detención –lo que garantiza su derecho de defensa–, la notificación sobre el derecho a establecer contacto con un familiar, un abogado y/o información consular, debe ser hecha al momento de privar de libertad al imputado. “En el caso de la notificación a un abogado tiene especial importancia la posibilidad de que el detenido se reúna en privado con aquél”<sup>40</sup>.

Claro que no siempre las previsiones de protección determinan actuaciones esperadas. Cuando esto sucede, deberá estarse al sentido teleológico del derecho a la asistencia jurídica letrada, y así reestablecer la protección en todo su alcance. Porque sino, ¿para qué un abogado, si quienes tienen a su cargo el deber de provisión no instan mecanismos para su real acceso por parte del imputado?

Un fallo señero en este punto fue “Navarrete”, del Tribunal Oral en lo Criminal N° 9 de la Capital Federal; el imputado, detenido, había sido notificado de sus derechos, y manifestó querer ser defendido por el defensor oficial. El juez de instrucción tomó declaración indagatoria sin dar aviso a la defensa oficial de que se encontraba designada en esa causa. El Tribunal hizo lugar al planteo de la defensa oficial y consideró nula la declaración, porque si bien el juez había cumplido con el deber de información al imputado, no adoptó los recaudos –notificación a la defensa técnica– para posibilitar la efectiva intervención del defensor antes y durante el acto de indagatoria. El Tribunal argumentó que si bien la ley no establece que debe notificarse al defensor la realización específica de ese acto, ello deriva de la protección del derecho del indagado. También señaló que la nulidad tenía que ver con la privación del derecho a un consejo legal –cualquiera éste fuera– y con el rol de contralor del abogado; independiente de si en su declaración, el imputado hubiera proporcionado o no elementos de cargo en su contra<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> Tribunal Oral en lo Criminal N° 9, causa “Navarrete, Carlos R.”, resuelta el 20 de abril de 1993, publicada en “La Ley”, t. 1993-D ps. 369-374. Ver nota 40.



De igual forma, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) dijo en la causa “Salgán y otros” que la omisión en notificar al acusado de su derecho a un abogado era cuestión relevante, y que “el acusado que no conoce sus derechos y, en consecuencia, no reclama por ellos, bien puede ser la persona que necesite un abogado”<sup>42</sup>.

Hace ya veinte años la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que durante el período inicial del procedimiento es donde pueden presentarse pruebas decisivas, y que la falta de asesoramiento jurídico durante esa primera fase, podría menoscabar seriamente el derecho a defenderse<sup>43</sup>. La CIDH considera que con el objeto de salvaguardar el derecho a no ser forzado a admitir culpa y a no sufrir actos de tortura, una persona debe ser interrogada sólo en presencia de su abogado y de un juez<sup>44</sup>, y que debe permitirse que el abogado defensor esté presente cuando su defendido formule una declaración, sea interrogado o firme una declaración<sup>45</sup>. En igual sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDHNU) afirmó que los Estados Parte deben “velar porque se forme un número suficiente de abogados, facilitar el acceso de las personas a un abogado y a la asistencia letrada desde el momento de la detención”<sup>46</sup>; ya que “toda persona arrestada debe tener acceso inmediato a la asistencia letrada”<sup>47</sup>.

Comunicar en tiempo útil al defensor que ha sido designado, conlleva el respeto al ejercicio de facultades de control de la legalidad de los actos procesales, pero además, posibilita que el abogado cumpla con su rol de asistente confidencial del defendido, y permite el diseño de estrategias tempranas de defensa. Esa es la inteligencia que es dable asignar a la necesaria “asistencia”, término omnicomprendivo de la actuación e intervención concreta en actos de defensa del imputado.

Las sentencias de la Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP), no obstante partir de enunciados generales respetuosos de la garantía, no suelen mostrar una línea homogénea para su amplia cobertura. Así, en “Costa”, al anular un debate en el cual resultó condenado el acusado –porque uno de los codefensores no tenía título habilitante de abogado, ejercitando actos concretos de defensa en el alegato final compartido con el codefensor–, la Cámara distinguió entre las actividades de “asistencia” en sentido estricto, y “representación” que le corresponde a un defensor penal: “asistencia es consejo (...) la representación se refiere a la actuación del abogado

<sup>42</sup> CSJN, *Fallos* 312:1998, consid. 6°, con cita de la Corte Suprema de Estados Unidos (384 U.S. 436, ps. 470/471). El agravio principal del apelante se fundó en la violación por parte del organismo aduanero, del artículo 1034 de ese código, pues el Fisco no había hecho saber a los procesados el derecho a contar con patrocinio letrado cuando se les dio vista para que efectúen su descargo en sede administrativa.

<sup>43</sup> OEA, Informe anual de la CIDH, 1985-1986 (OEA/Ser.L/V/II.68, doc. 8/Rev.1), p. 159 (El Salvador).

<sup>44</sup> *Informe sobre la situación de los derechos humanos de una parte de la Población Nicaragüense de origen Miskito* (OEA, Ser. L/V/II.62, Doc. 10, Rev. 3, 1983, a 100. La CIDH, en el *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala* del año 1983, también (OEA /Ser. L/V/II.61, doc 47/Rev.1) (1983), p. 99.

<sup>45</sup> CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala del año 1983 (OEA /Ser. L/V/II.61, doc. 47/Rev.1) (1983), p. 99.

<sup>46</sup> CDHNU, Observaciones Finales, Benin, 1/12/2004, párr. 20.

<sup>47</sup> CDHNU, Observaciones finales, Georgia, Doc. ONU CCPR/C/79 /Add.74, 9 de abril de 1997, párr. 28. En el *Manual para Jueces y Fiscales “Luchar contra la Tortura”*, de Conor Foley (Human Rights Centre, Universidad de Essex, 2003), se señalan las garantías mínimas contenidas en el derecho internacional para la protección del acceso a un letrado: “Los detenidos tienen derecho a asistencia

letrada sin demora. Mientras están presos, deben tener la posibilidad de consultar con un/a abogado/a en privado, a la presencia de un letrado durante los interrogatorios y a que les

represente cuando comparezcan ante la justicia. Los abogados deben asesorar y representar a sus clientes, de acuerdo con la ética profesional...”, p. 44.

<sup>48</sup> CNCP, Sala III, causa n° 971, “Costa, Juan C. s/recurso de casación”, reg. n° 222/97, rta. el 2 de junio de 1997; ver su comentario en Tedesco, Ignacio F., *El derecho de defensa en juicio y el abogado defensor. Su lucha por la conquista del proceso penal*, en “Nueva Doctrina Penal”, 1999/A, Editores Del Puerto, Buenos Aires, ps. 209 y ss.

<sup>49</sup> CNCP, Sala III, causa n° 1011, “Guillén, Alejandro s/recurso de casación”, reg. n° 158/97, resuelta el 2 de mayo de 1997.

<sup>50</sup> Tedesco, *op. cit.*, p. 212, con indicación de los antecedentes en igual sentido.

<sup>51</sup> En la citada causa “Salgán”, resuelta en 1989 por la Corte Suprema, la disidencia de los ministros Belluscio y Severo Caballero enfatizó que, de acuerdo a la exigencia de la Corte, “el remedio deducido sobre la base de la violación de la defensa en juicio requiere, para su procedencia, la demostración del perjuicio efectivo a ese derecho (Fallos 302:583 y 1021 y 303:167 y causa Y.2.XIX “Yapuzzetti, Juan Carlos”... en el caso, el apelante no menciona concretamente las defensas de las que se habría visto privado con motivo de la falta de asistencia letrada ante el juez administrativo, ni demuestra que se hubiera visto impedido de ejercerlas en la instancia judicial...”. La mayoría de los jueces, Petracchi, Fayt y Bacqué, dijo: “resulta necesario que se respete la garantía de la inviolabilidad de la

(...) son pretensiones, requerimientos, resistencias y demás actuaciones útiles en procura de un logro a favor del imputado”, y que, entonces, no basta la representación formal, sino que “es necesario también que aquél cuente con una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor”, y que “nuestro Código Procesal asegura la garantía constitucional de defensa en juicio, a partir de la asistencia técnica de letrados en todos aquellos actos procedimentales cuya tramitación pudiere verse obstaculizada por la falta de conocimientos legales del imputado”<sup>48</sup>.

Pero la misma Sala de la Casación, en “Guillén” –donde se postuló por la defensa oficial la nulidad de la sentencia de condena porque el imputado había declarado en indagatoria sin que se hubiera anoticiado al defensor esta última, no realizándose la entrevista previa–, adujo un mes antes, que lo importante era la notificación de los derechos al imputado, y que el uso verbal “podrá” en los artículos 197 y 295 del CPP Nación denota que es una facultad del imputado hacer uso de los derechos acordados, ya que en este acto, “el inculcado ejerce su defensa material personalísima”. De igual forma, y aduciendo la necesidad de interpretación restrictiva de las nulidades, expresó: “Desde el punto de vista formal es manifiesto que nuestra ley no exige que el defensor esté presente durante la indagatoria ni que se le deba notificar previamente”, y que lo importante es que “la policía o el juez antes de la indagatoria deben hacer saber sus derechos y permitir al imputado que así lo requiera, que se entreviste con su defensor”<sup>49</sup>. Entonces, “al reafirmar el carácter formal de la cuestión, se le niega a ésta toda naturaleza constitucional”<sup>50</sup>.

Lo cierto es que suele utilizarse como criterio jurisprudencial la exigencia de un *plus de perjuicio* para nulificar determinados actos que conculquen derechos reconocidos. Por eso, quien alegue la violación del derecho a la asistencia de un abogado, debería entonces demostrar cuáles han sido los perjuicios efectivamente padecidos, qué pruebas se ha visto impedido de aportar o qué argumentos esenciales no pudo someter a conocimiento de la justicia. También, de qué manera iba a llevar a cabo el ejercicio de sus derechos y qué resultado esperaba para su suerte procesal<sup>51</sup>.

En esta cuestión es preciso establecer distingos y ser muy cuidadosos, ya que no podría señalarse como regla que la violación de garantías reconocidas en tratados con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN) no tiene impacto a

defensa en juicio (Fallos 308:191, consid. 6° y su cita), la cual exige –entre otros requisitos– que el Estado provea los medios necesarios para que el juicio a que se refiere el art. 18 de la Constitución Nacional se

desarrolle en paridad de condiciones respecto de quien ejerce la acción pública y quien debe soportar la imputación, mediante la efectiva intervención de la defensa (Fallos 308:1386, consid. 7° y su cita).



<sup>52</sup> El CPP Nación, en su sanción por ley 23.984 estableció la prohibición de que los funcionarios de policía y de las fuerzas de seguridad reciban declaración al imputado. Sólo podrán dirigirle preguntas para constatar su identidad, previa lectura en alta voz de los derechos y garantías constitucionales, todo bajo sanción de nulidad. Mediante la reforma por la ley 25.434, se autorizó a que en los casos de flagrancia, puedan “requerir del sospechoso y en el lugar del hecho noticias e indicaciones sumarias sobre circunstancias relevantes para orientar la inmediata continuación de las investigaciones. Esta información no podrá ser documentada ni tendrá valor alguno en el proceso” (art. 184 inc. 9).

<sup>53</sup> Ver especialmente Carrió, Alejandro, *Garantías Constitucionales en el proceso penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000, ps. 357 y ss.; Hender, Edmundo S., *La declaración del inculpaado y un famoso precedente de los tribunales estadounidenses*, en “Doctrina Penal”, año 11, Depalma, Buenos Aires, 1988, ps. 123 y ss., y Tedesco, Ignacio F., *Las confesiones policiales y la Cámara Nacional de Casación Penal*, en “Nueva Doctrina Penal”, 1997/A, Editores del Puerto, Buenos Aires, ps. 315 y ss.

partir de su violación por las autoridades policiales o judiciales –es decir, avasallar derechos (que por algo y para algo son reconocidos) “sale gratis”– y que pesa sobre el perjudicado la carga de demostrar lo que podría haber hecho que no le dejaron hacer, o lo que podría haber omitido en una declaración, que “le indujeron” a decir, o que en verdad no quería declarar y que fue invitado a hacerlo. Si el derecho constitucional acuerda desde *antes* de la indagatoria el derecho a la asistencia de un abogado, es evidente que su lesión consiste en la propia ausencia de todo consejo legal –por ejemplo para una declaración– y la nula actividad de contralor sobre actos que no son de mero trámite y que tendrán incidencia en el proceso. Además, cómo demostrar qué argumentos podrían haberse sometido a la justicia, si justamente se privó –en un momento determinado– de la intervención de la asistencia técnica, que debe integrar a la defensa material, y que por ser profesional podría haber dado cauce a inquietudes o sugerencias del imputado, pero también podría haber instado actuaciones, que sólo a partir de la existencia de aquella pueden ser evaluadas –y nuevamente, en cada momento determinado– (por ejemplo, ¿sobre la base de qué parámetros decidirá el imputado si “le conviene o no” declarar en virtud de una imputación cuyas circunstancias no aparecen claras, o en la cual es materia compleja determinar su adecuación típica?). En este sentido, establecer esta exigencia se parece bastante a una prueba diabólica, que desconoce que la relación existente entre el imputado y su defensor no es estática, ni se desenvuelve según un orden preestablecido de sugerencias del interesado a su asistente técnico, sino a partir de un interés integrado, donde el defensor atiende inquietudes de su defendido, pero actúa con independencia y autonomía según las reglas de su profesión. Piénsese incluso, cómo se dificulta la cuestión si la carga de demostración del perjuicio recae sobre un defensor distinto del que debió intervenir en el acto, porque el nuevo abogado es un tercero respecto de ese vínculo y respecto de eventuales estrategias que no fueron asequibles por él.

Por otra parte, y más allá del camino zigzagueante establecido por las diversas salas de la Casación y de la propia Corte Suprema, en relación a las exigencias para tener por válidas confesiones “espontáneas” del detenido en sede policial –y no obstante la terminante prohibición de tomarle declaración en ese ámbito (art. 184, inc. 10, CPP Nación)<sup>52</sup>–, lo cierto es que años antes de la sanción del código vigente, se venía forjando cierta jurisprudencia que establecía recaudos para garantizar la voluntariedad y libertad de decisión del imputado en su declaración, y sólo así considerarla eficaz procesalmente; pero diversos pronunciamientos de la década del noventa significaron un retroceso en este sentido<sup>53</sup>. Aquellos reaseguros –legales y jurisprudenciales– partían de la necesidad de que el imputado, advertido del contenido de sus derechos, estuviera en condiciones de ejercerlos. Luego, las

condiciones requeridas para asegurar la espontaneidad de las declaraciones, irían sufriendo cortapisas con el paso de los años, y a partir de una política criminal de tinte más utilitarista, prácticamente llegaron a convertirse en letra muerta.

Una sentencia donde la CNCP se adentró en estas cuestiones fue “Flores”<sup>54</sup>, en la que es preciso detenerse por el valor de sus enunciados paradigmáticos, y porque permite observar la distancia existente entre los principios tenidos en mira por la protección constitucional, y la resolución del caso concreto.

En el marco de una investigación por drogas, el juez ordena el allanamiento del domicilio de Flores. Al entrar a su vivienda, los agentes de seguridad lo reducen, esposándolo y comunicándole la práctica del registro por orden judicial. Paso seguido, comienzan a interrogarlo acerca de los lugares dónde guarda el material estupefaciente, solicitándole que los vaya indicando. La droga se va secuestrando a partir de las indicaciones de Flores, en respuesta a las sucesivas preguntas efectuadas. La lectura de derechos se realiza sólo dos horas después del allanamiento y detención. La defensa oficial había planteado la nulidad del registro domiciliario y secuestro del material estupefaciente, por haberse violentado garantías básicas que hacen al derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, solicitando la aplicación de la regla de exclusión por prueba ilícita (conf. art. 172, CPP Nación), sin existiendo ninguna causal que la habilitara a excepcionar. También, que no podía darse validez a un interrogatorio policial –prohibido por la norma adjetiva– dirigido a un detenido esposado, sin defensor, y sin saber que tiene derecho a guardar silencio y a la asistencia letrada para realizar una declaración, por no haberse cumplimentado la exigencia legal de lectura previa de derechos al momento de la detención.

La Sala I de la CNCP confirma la condena que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 5 de la Ciudad de Buenos Aires le había impuesto –con la disidencia de un juez que considera que debe hacerse lugar a la nulidad planteada–, reiterando el argumento utilizado por el *a quo* de que no obstante las “deficiencias formales” del procedimiento, no existía perjuicio, porque de igual manera el estupefaciente se hubiera hallado.

Así, al considerar el agravio referido a la falta de asistencia letrada durante el interrogatorio no permitido a las fuerzas de seguridad, la Cámara realiza una interpretación bastante particular: analizando la normativa procesal, admite que ya durante la prevención el imputado puede elegir defensor, pero que “no debe obviarse que la obligatoriedad de contar con asistencia técnica surge sólo al momento de citarse al imputado a prestar declaración indagatoria”. En otras palabras, el derecho lo tiene desde el primer momento de la persecución, pero sólo es *obligatorio* previo a la declaración ante el juez.

<sup>54</sup> CNCP, Sala I, “Flores, Roberto Alfonso s/recurso de casación”, causa 5743, reg. 7330, rta. el 23 de diciembre de 2004.

<sup>55</sup> Cfr. Eiroa, Pablo, *El interrogatorio policial en el proceso penal italiano (desde el código para el Reino de las dos Sicilias de 1819 hasta la reciente jurisprudencia de la Casación)*, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, año X, N° 18-19, 2005, Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 2005. Con fecha 7 de marzo de 2006, la Corte Suprema de Justicia declaró inadmisibile el recurso planteado, por aplicación del artículo 280 del CPCyCN que faculta al Tribunal Supremo a desestimar recursos que no reúnan el recaudo de trascendencia (F. 383 XLI “Flores, Roberto Alfonso s/recurso de casación”).

<sup>56</sup> Maier, *op. cit.*, p. 667. Pero desde otro lugar, piénsese un instante en la necesidad de efecto preventivo que suele asignársele a la regla de exclusión de prueba ilícita. Imaginemos los resultados a los que llevaría la jurisprudencia que aquí se ataca, si los agentes de la prevención “toman la costumbre” de someter directamente a interrogatorio a los detenidos policiales –sin lectura de derechos ni asistencia de abogado defensor– con la finalidad de “agilizar” los procedimientos en búsqueda de elementos incriminantes (argumento admitido por los agentes en la causa “Flores” –según la declaración testimonial en el juicio oral, conforme surge del acta del debate–). Los derechos y garantías constitucionales reconocidos no sólo quedarían vacuos, sino que serían groseramente burlados; porque (quizá) “probablemente” los elementos de cargo habrían sido igualmente encontrados, y con respecto a la falta de un defensor, porque “declaración” para la Cámara es la que se brinda ante un juez... y entonces, el interrogatorio al que se somete preventivamente al imputado por parte de la policía (eso sí, prohibido específicamente

El resultado de este razonamiento desemboca en una especie de “paradoja de la prohibición”: si está prohibido el interrogatorio policial, el código de forma no reglamentó la constitución *obligada* en esa sede de la defensa técnica, de manera previa para la declaración policial. Siguiendo esa idea, lo determinante para otorgar validez a una declaración ante la policía, sin defensor, sería que no está expresamente ordenada la *constitución* de la defensa letrada en sede policial. Por cierto, esta curiosa argumentación conlleva a un resultado singular; los interrogatorios deben estar rodeados de todas las garantías para ser realizados en el ámbito judicial, pero no, si son efectivizados en sede policial. O en otras palabras, las formalidades prestablecidas cuentan sólo para los momentos más visibles del proceso, y no para los más ocultos<sup>55</sup>.

Por lo demás, dentro de los derechos cuya lectura estaba *obligada* por las fuerzas de seguridad (y que fuera omitida), se incluía el previsto en el art. 104, CPP Nación, referido al derecho del imputado a la asistencia letrada. La resolución citada no puede explicar cómo puede tenerse un derecho sobre el cual no puede exigirse un deber por parte del Estado. Es decir, si se admite que el derecho a un defensor existe desde el primer momento, ello debería significar que puede ser ejercitado según la voluntad del titular del derecho; ergo, si quisiera ser ejercitado, la obligación de respeto y provisión (contracara del derecho subjetivo) deberá también efectivizarse.

De esta manera puede verse la razón histórica y de protección de altos intereses, para el establecimiento –y bajo sanción de nulidad del mismo código adjetivo– de la obligatoriedad de lectura de derechos por parte de la fuerza policial.

Pero la construcción semántica que realiza la Casación hace girar el eje del agravio, porque la circunstancia no referida por la Cámara, es que lo que está absolutamente vedado, es someter a un imputado a interrogatorio por parte de la prevención, y que la declaración obtenida sólo puede ser valorada judicialmente en tanto esa declaración cuente con “reglas de garantías que la rigen (asistencia técnica, declaración judicial, conocimiento previo de la imputación). Observado el fenómeno desde el punto de vista negativo se debe concluir en que la declaración del imputado prestada sin atender a esas reglas no puede ser utilizada para fundar una decisión que lo perjudique”<sup>56</sup>.

mente por la ley) no tendría nunca (si quiera) las garantías del efectuado en sede jurisdiccional. En un caso del Reino Unido, el *Relator Especial de Naciones Unidas sobre la independencia de Jueces y Abogados*, recomendó que “sería conveniente la presencia de un abogado durante el interrogatorio policial, para garantizar de

forma significativa la protección de los derechos del acusado. La ausencia de asistencia letrada da lugar a un abuso potencial” (Informe sobre la misión del Relator Especial para el Reino Unido, Doc. ONU E/CN.4/1998/39/add.4, párr. 47, 5 de marzo de 1998).

En sendos informes de la CIDH, se señala que los derechos establecidos en los artículos 8.2.d y 8.2.e de la CADH, “se aplican en todas las etapas del procedimiento penal seguido a un acusado, incluido el proceso preliminar, si existe, su emplazamiento a juicio y todas las etapas de este último”<sup>57</sup>.

Por eso, en el marco del proceso y en virtud de las previsiones del derecho internacional e interno, la actuación de la justicia debe propender a brindar asistencia y permitir la intervención útil del defensor técnico, con carácter previo a todo acto que por sus características, pudiera ser valorado en una sentencia<sup>58</sup>, teniendo igualmente el defensor, actuación en toda circunstancia relacionada con la intervención personal de su asistido en el proceso (en ejercicio de su defensa material y control de la prueba de cargo), o cuando se presente para la defensa técnica una posibilidad de solicitud o control en beneficio del imputado. La inobservancia de las reglas que disponen la intervención, asistencia y representación del imputado, aparejan la ineficacia absoluta del acto (conf. art. 167, inc. 3, CPP Nación).

### **III. 1. b. La asistencia jurídica letrada ¿hasta cuándo y de qué manera?**

Si bien la gran mayoría de las normas, principios y disposiciones de derecho internacional citados en el punto anterior se refieren a personas sometidas a proceso y no a condenados cumpliendo pena de prisión efectiva, una interpretación amplia de sus preceptos, debe extender sus consecuencias a diversas contingencias producidas en la etapa de ejecución, que guarden similitud de acuerdo a la problemática planteada. Esa es la interpretación más garantista de acuerdo a la importancia de los derechos involucrados, y que incluso es posible extraer de las normativa interna vigente.

Lo anterior, más allá de las diversas disposiciones de derecho internacional citado que reconocen el derecho a un abogado ante cualquier forma de detención o prisión, y considerando que “toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos” (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XVIII), que “los gobiernos procurarán que se establezcan procedimientos eficientes y mecanismos adecuados para hacer posible el acceso efectivo y en condiciones de igualdad a la asistencia letrada de todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sometidas a su jurisdicción” (*Principios Básicos sobre la Función de los Abogados*; Principio 1), y que el *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión* –que usa el término “persona presa” como sinónimo de condenado–, indica que se le darán a la persona presa los medios adecuados para consultar con su abogado. Por ello, la falta de un abogado de

<sup>57</sup> CIDH, Informe 41/04 Caso 12.417 *Whitley Myrie*, Jamaica, 12 de octubre de 2004, párrafo 61, con cita de los casos *Mc Kenzie y otros c/Jamaica*, Informe Anual de la CIDH 1999, párrafos 304-305, y CDHNU, *Paul Nelly c/Jamaica*, Comunicación N° 253/1987 y 867/1999.

<sup>58</sup> Así establece el artículo 200, CPP Nación: “Derecho de asistencia y facultad judicial. Los defensores de las partes tendrán derecho a asistir a ... [los actos] que por su naturaleza y características se deban considerar definitivos e irreproducibles”. Y en el artículo 201, se exige la notificación previa –salvo para los registros domiciliarios– de todos los actos del artículo anterior, también bajo pena de nulidad.

libre elección, no podría empecer el derecho de defensa contra el ejercicio del poder punitivo del Estado, por lo que el deber de provisión de un defensor se impone de igual forma en este caso.

Muchas son las razones por las cuales el derecho de defensa no *desaparece* con la sentencia que pone fin al proceso. La circunstancia de que la ejecución de la pena o medida de seguridad y corrección, se encuentren sometidas a reglas jurídicas y la trascendencia de que los modos de cumplimiento de éstas incidirán para el otorgamiento de beneficios al interesado, hace ver la necesidad de reconocer, ampliamente, el derecho de defensa y el derecho al recurso en este ámbito<sup>59</sup>. Pero hay una razón aún más fundamental, y es que quien cumple pena de prisión no pierde los atributos inviolables en cuanto persona, y en tanto la etapa de ejecución es una manifestación del poder punitivo del Estado, no se puede desconocer el goce de los derechos y garantías reconocidos a ella, como contrapeso al ejercicio del Estado.

La “judicialización” de la ejecución de la pena, básicamente significó que las garantías constitucionales del proceso penal se extienden a la ejecución de la pena, y ello incluye la presencia activa de un defensor del condenado.

El citado artículo 491 del CPP Nación, al habilitar la intervención de la defensa técnica en esta etapa a través de su participación en los incidentes que tramitan ante los juzgados de ejecución, estatuye un modo de acceso a la justicia de ejecución para las cuestiones inherentes a la ejecución de la condena.

No obstante, no todas las situaciones que tienen incidencia o repercusión en el aspecto cualitativo de la pena se resuelven en sede judicial mediante un incidente de ejecución, ya que decisiones de suma relevancia son decididas por la administración penitenciaria a través de procedimientos que afectan derechos fundamentales, y en los que no se prevé la intervención de la defensa técnica<sup>60</sup>. El Comité contra la tortura de Naciones Unidas, ha considerado que uno de los problemas esenciales del encierro carcelario, es la falta de defensa técnica para el imputado, quien se encuentra inerme e indefenso ante las autoridades administrativas a la hora en que puedan surgir sanciones<sup>61</sup>.

En general, la CNCP ha mantenido una postura muy restrictiva para el acceso a la vía recursiva (instancia fundamental que también hace al derecho de defensa), de toda cuestión penitenciaria que no se relacionara con la libertad condicional y su revocación, cómputo de pena y medidas de seguridad. Entonces, cualquier otra problemática que versara sobre derechos, institutos o materias reguladas en la ley de ejecución 24.660, una vez refrendadas por el juez de ejecución, quedaban sin derecho al contralor por el órgano superior<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> El artículo 491, CPP Nación, al regular el trámite de los incidentes en la etapa de ejecución, señala que éstos podrán ser planteados por el ministerio fiscal, el interesado o su defensor, y que contra las resoluciones del juez de ejecución sólo procederá el recurso de casación.

<sup>60</sup> Entre ellas, la clasificación inicial que efectúa la administración y que determinará la fase o período del régimen progresivo en que se ubicará el interno y el tipo de establecimiento; las sanciones disciplinarias en el ámbito del servicio (que son recurribles por el interesado ante el juez, pero sin efecto suspensivo –salvo disposición expresa del magistrado–, art. 96 ley 24.660); los traslados de establecimiento o los cambios de alojamiento dentro del mismo establecimiento; las calificaciones trimestrales de Conducta y Concepto, y determinadas decisiones sobre retrocesos en las diversas etapas del régimen progresivo.

<sup>61</sup> Comité contra la tortura de la ONU, *Examen de los informes periódicos presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 19 de la Convención, Paraguay*, 13 de septiembre de 2000, párr. 16 b) (CAT/C/49/Add.1).

<sup>62</sup> Así, CNCP, Sala I, “Roldán, Carlos Augusto s/recurso de queja, causa 1358, registro 1709, rta. el 13 de agosto de 1997.



A partir del año 1999 comienza a vislumbrarse un criterio más aperturista en algunas salas<sup>63</sup>, pero es con el trascendente fallo de la Corte Suprema de Justicia “Romero Cacharane”<sup>64</sup> en 2004, donde se determina el sentido amplio del derecho al recurso, y básicamente, el alcance de protección constitucional sobre las personas que cumplen pena de prisión efectiva.

En lo que aquí interesa, la materia traída a la Corte refería a la imposición de una sanción disciplinaria, de quince días de encierro en celda de aislamiento del pabellón de máxima seguridad en una cárcel de la provincia de Mendoza, sin que el condenado haya tenido posibilidad de derecho de defensa. La defensa oficial recurrió la sanción ante el juez de ejecución que la confirmó. La Sala II de la CNCP, invocando la jurisprudencia restrictiva a la apertura casatoria, declaró mal concedido el recurso de casación de la defensa, que insistió con la vía extraordinaria. La Corte Suprema ordenó a la Casación dictar nuevo pronunciamiento; y con invocación extensa de preceptos de derecho internacional de derechos humanos, y de resoluciones de los organismos de protección interamericana, señaló respecto de los condenados a pena de prisión efectiva –con una cita de la CIDH, que a su vez aludía a la Corte IDH– que “la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio de los poderes públicos, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona”<sup>65</sup>.

Si bien las repercusiones generales de esta resolución todavía no pueden ser mensuradas, sí es posible afirmar que para la CSJN, los jueces no pueden inhibirse cuando se trata del cercenamiento de derechos por parte de la administración penitenciaria. Pero ¿quién sino el defensor para acercar a los tribunales los reclamos de sus representados? En este aspecto, la inclusión del defensor como sujeto procesal habilitado a promover un incidente de ejecución contribuye a solucionar las deficiencias que pueden presentar los reclamos de los internos y a posibilitar que los mismos sean canalizados adecuadamente.

Lo anterior, remite nuevamente al análisis de los mecanismos e instrumentos previstos por el Estado, para asegurar la cobertura real de las necesidades de acceso a un abogado en este ámbito.

Es claro que a medida que avanza el procedimiento penal, y en tanto éste supere los límites de un plazo razonable, las posibilidades –económicas y de trato continuado– de contar con abogados particulares, se manifiestan en forma inversamente proporcional. Pero el punto culminante se verifica cuando se arriba a la certeza judicial –agotados todos los recursos– de la sentencia de condena a una pena de efectivo

<sup>63</sup> Ver la evolución de la jurisprudencia de la CNCP en este sentido –siendo la sala IV la única que se inclinó por la apertura del recurso de casación para todos los institutos previstos en la ley 24.660–, en Yomha, Diego García, *El problema de la vía recursiva en el marco de la ley 24.660*, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, N° 17, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, ps. 213-255.

<sup>64</sup> CSJN, RHE, Causa R 230/98, Libro 34, rta. el 9 de marzo de 2004.

<sup>65</sup> *Ibidem*, consid. 11, cita textual del Informe CIDH 38/96, Caso 10.506, Argentina, 15 de octubre de 1996, párr. 61 (el informe se refiere a la observación de las prácticas de las autoridades penitenciarias argentinas, respecto a las mujeres que ingresaban a los establecimientos carcelarios, de llevar a cabo revisiones vaginales).



cumplimiento, que si es de cierta entidad temporal, hace entrar en escena de manera prácticamente excluyente a la defensa oficial.

Al instituirse la justicia de ejecución a partir del nuevo sistema procesal federal, se estableció que un defensor de ejecución actuaría ante ella en la ciudad de Buenos Aires –en el interior del país, esa función la ejercen los defensores federales de juicio oral–. Desde 1993 a la fecha, continúa habiendo un solo defensor ante esa sede, no habilitándose por ley más cantidad de cargos de magistrados defensores ante la justicia de ejecución, según el sistema de designación y selección establecido en la ley 24.946 para el Ministerio Público de la Defensa. ¿Hace falta recordar qué pasó en este último decenio a partir del aumento inaudito de la población carcelaria, y su incidencia en detrimento del trato digno a los internos? ¿parece necesario –todavía– concientizar acerca de las condiciones paupérrimas y de sujeción a la discrecionalidad penitenciaria en las que se cumple el encierro?, ¿puede decirse, entonces, que el legislador ha garantizado en su expresión amplia, el acceso a la justicia de ejecución?

La Defensoría Oficial ante los Juzgados de Ejecución Penal de la Capital Federal, representa a una población penitenciaria cuya variación oscila entre las 3.000 y 3.200 personas. Además, ejercita el contralor de la defensa, en la tramitación de cerca de 20.000 legajos de suspensión de juicio a prueba; en las contingencias de las penas en suspenso y de la aplicación de las medidas de seguridad. También, la representación de las personas que se encuentran en libertad, pero sujetas a los institutos de libertad condicional o libertad asistida. Se calcula que la defensoría tiene un manejo aproximado de 300 legajos diarios (entre notificaciones y traslados) y que recibe más de 150 llamadas telefónicas por día, por las dos líneas habilitadas<sup>66</sup>.

Si a eso se suma la distribución geográfica de los centros penitenciarios, de cara al fundamental significado que revisite el contacto real con el preso en su lugar de alojamiento, es posible ver cómo las disposiciones normativas, y las necesidades de la realidad, hablan en este caso lenguajes muy diferentes<sup>67</sup>.

### **III. 2. La intervención útil y efectiva de la defensa técnica. El derecho a una asistencia jurídica competente y adecuada**

Ya desde antiguo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que se encuentran violentadas reglas fundamentales del procedimiento, y el acusado es condenado sin ser oído –no obstante haber efectuado un descargo en su declaración indagatoria–, si el defensor que tiene asignado no ha realizado ninguna actuación en su favor ni utilizado los mecanismos que el derecho pone a su cargo. Así, en el caso

<sup>66</sup> Véanse los Informes anuales de la Defensoría General de la Nación presentados al Congreso Nacional. En el ámbito del Ministerio Público de la Defensa actúa una Comisión de Cárceles que efectúa un seguimiento y contralor de problemáticas penitenciarias.

<sup>67</sup> Ver en este sentido López Puleio, María Fernanda, *Acceso a la justicia (también) para los detenidos*, en Haydée Birgin y Beatriz Kohen (comps.), *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2005.

<sup>68</sup> CSJN, *Fallos* 189:34.

<sup>69</sup> CSJN, *Fallos* 125:10.

<sup>70</sup> CSJN, *Fallos* 5:459.

<sup>71</sup> CSJN, *Fallos* 5:459; 192:152; 237:158; 255:91 y 311:2502.

<sup>72</sup> La CSJN resolvió el 12 de febrero de 2002, por vía de superintendencia, una situación particular; el Tribunal Federal de Resistencia autorizó al Sr. Cano a autodefenderse en el marco del art. 104, CPP Nación, pero también le asignó al defensor público en carácter de “asesor técnico”. La defensa pública se negaba a intervenir en tal carácter. La Corte, con cita de la doctrina referida, anuló la decisión del tribunal, considerándola incompatible con la norma vigente: “Esta decisión no solo ha dado lugar a este inusitado conflicto en la causa, sino que como mayor gravedad, ha importado un efectivo estado de indefensión, pues la superposición de roles ha provocado un irregular ejercicio de la defensa técnica del imputado, que –de hecho– han imposibilitado llegar al juicio que permite arribar a una decisión que ponga fin a este dilatado proceso, resolviendo en forma definitiva su situación frente a la ley y a la sociedad” (Expte. 3445/2000 “Cano, Antonio Francisco s/supuesta infracción decreto ley 6582/58). El hecho recuerda la figura del defensor-garante del derecho italiano, y toda la discusión de la década del 70 sobre las posibilidades y límites de la auto-defensa, discusión que se renueva periódicamente y que muy lejos está

“Rojas Molina”<sup>68</sup> de 1941, luego de reafirmar esa idea (el imputado alegó un obrar en legítima defensa), la Corte aseguraba que “Ninguna disposición legal autoriza a dar por decaído el derecho de presentar la defensa cuando se ha vencido el término legal sin hacerlo, y la prosecución del juicio sin ese requisito esencial. Por el contrario, toda la estructura del Código de Procedimientos demuestra la necesidad de una defensa efectiva”. Todavía desde tiempo anterior, la CSJN viene diciendo que en materia criminal, la garantía del debido proceso, consiste en la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia<sup>69</sup>. Y ya en 1868 había señalado respecto de quienes eran traídos a proceso que “es de equidad y aún de justicia, apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de su ignorancia de las leyes o del descuido de su defensor”<sup>70</sup>; y “que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal que le asegure la realidad sustancial de la defensa en juicio”<sup>71</sup>. Ello para que el juicio se desarrolle en paridad de condiciones respecto de quien ejerce la acción pública y quien debe soportar la imputación (doctrina de *Fallos* 237:158)<sup>72</sup>. Para la Corte, una transgresión de entidad a la garantía de defensa “debe ser atendida y resuelta con antelación a cualquier otra cuestión que se hubiere planteado”<sup>73</sup>.

De igual forma, la CIDH ha enfatizado en que debe proporcionarse a quienes sean acusados penalmente, un patrocinio letrado competente y efectivo<sup>74</sup>, y que las obligaciones del Estado respecto al deber de garantizar la asistencia letrada, conllevan el brindar posibilidades razonables para permitir el contacto entre el defensor y su asistido<sup>75</sup>.

Entonces, si el derecho a la asistencia jurídica es parte esencial del derecho de defensa del imputado, para la satisfacción de la garantía no basta con que formalmente se haya legitimado a un defensor para actuar en juicio; sino que, en primer lugar se le debe haber dado oportunidad *útil* de hacerlo en la defensa del justiciable, y segundo término, su intervención debe ser competente y adecuada.

Una problemática que se reitera con cierta regularidad, es la situación provocada ante la renuncia –cuando no abandono implícito– o necesidad de revocatoria de mandato de abogados particulares, mientras se encuentran corriendo plazos procesales; o en los períodos inmediatamente anteriores

de haber perdido vigencia. Ver Grevi, Vittorio (a cargo de), *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, en *Giustizia Penale oggi/1*, Zanichelli, Bologna, 1977. Ver también nota 24.

<sup>73</sup> CSJN, *Fallos* 319:192.

<sup>74</sup> CIDH, Informe 41/2004, caso 12.417, *Whitley Myrie*, Jamaica, párrafo 5.

<sup>75</sup> CIDH, Informe 49/2001, Jamaica.

al inicio de una audiencia de juicio oral. Esta situación, más allá de provocar un sobrecarga imposible de prever a los fines de superposición de audiencias de los defensores oficiales –ya que no suele ser común que otro letrado particular asuma el caso en estas condiciones–, redundaría en una evidente limitación para una defensa técnica efectiva. Y los tribunales penales, en su deber de resguardar la asistencia jurídica del imputado –más allá del distingo de situaciones, que deberán ser evaluadas en forma casuística, a fin de discriminar cuándo se verifica un estado de indefensión– no podrían hacer impactar en el imputado una debilidad en sus posibilidades de defensa porque se ha verificado la ausencia (no siempre física) de su defensor técnico.

Es claro que los plazos procesales de las partes se estipulan con criterio de realidad, a fin de que las peticiones que en ellos se invoquen tengan posibilidad cierta de ser ejercitadas. Sin embargo, no siempre los jueces reconocen que la situación planteada, si es convalidada, otorga una desventaja fundamental para las oportunidades de defensa y para las estrategias consensuadas entre defensa material y técnica.

El Tribunal en lo Criminal Federal N° 2 de esta Ciudad, resolvió positivamente en el caso “Efren Canosa” un planteo en este sentido<sup>76</sup>. La culminación de la actuación del anterior defensor de confianza, cuando ya había transcurrido más de la mitad del plazo para ofrecer prueba (art. 354, CPP Nación), significó la asignación de la defensa oficial que conocía por primera vez en la causa. La defensora pública argumentó que a la circunstancia acaecida, absolutamente ajena a la asistente, y cuyas motivaciones y justificantes se desconocían en el ámbito del proceso, no sólo importaba la afectación a un derecho reconocido por el derecho internacional de derechos humanos como parte constitutiva de la defensa del imputado, sino que justamente, por el carácter trascendente que reviste el derecho a ofrecer prueba, considerar sin más garantizada la asistencia adecuada porque se asignó un defensor, importaba desconocer que el principio de igualdad de armas –soporte de un real contradictorio– tenía como base justificante, la igualdad de *posibilidades* de intervención.

Así, refirió que cuando el artículo 14.3.b del PIDCP dice que durante el proceso, toda persona acusada de delito tiene entre sus garantías mínimas la de “disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa”, ello alude también al rol de los abogados<sup>77</sup>, lo que encuentra igualmente sustento en los citados Principios sobre la Función de los Abogados de Naciones Unidas, que ordena a las autoridades velar porque los abogados tengan acceso a la documentación pertinente, “con antelación suficiente para que puedan prestar a sus clientes una asistencia jurídica eficaz”<sup>78</sup>. En este sentido, ha señalado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que “si un acusado cree que el tiempo que se le ha concedido para preparar su defensa

<sup>76</sup> TOF N° 2 de la Ciudad de Buenos Aires, “Canosa, Efren s/inf. arts. 288 inc. 2° y 174 inc. 5° del C.P.”, causa 557, resolución del 27 de junio de 2001.

<sup>77</sup> Cfr. *Fair Trials Manual*; en su traducción castellana, *Juicios justos. Manual de Amnistía Internacional*, EDAI, Madrid, 2000, p. 63, que refiere que la disposición de tiempo y medios adecuados para preparar la defensa “es de aplicación tanto para el acusado como para su abogado en todas las etapas del procedimiento, y también antes del juicio y durante los recursos”.

<sup>78</sup> Así, Principio 21: “Las autoridades competentes tienen la obligación de velar porque los abogados tengan acceso a la información, los archivos y los documentos pertinentes que estén en su poder o bajo su control con antelación suficiente para que puedan prestar a sus clientes una asistencia jurídica eficaz”.

<sup>79</sup> CDHNU, *Douglas, Gentles and Kerry v. Jamaica* (352/1989), 19 de octubre de 1993, Informe del CDHNU, vol II (A/49/49), 1994; y *Sawyers and Mc. Lean v. Jamaica*, (226/1987 y 256/1987), 11 de abril de 1991, Informe del CDHNU (A/46/40), 1991.

<sup>80</sup> CIDH, Informe 41/2004 cit., párrafo 59.

<sup>81</sup> El CDHNU en su Comunicación 867/1999 Guyana, del 19/08/2004, ha señalado que “el hecho de que la mayoría de los testigos de cargo fueran interrogados por primera vez en esa etapa del proceso (previa al juicio) y fueran sometidos a interrogatorio por el hijo de la autora, muestra que, para hacer justicia, habría hecho falta asegurar representación letrada al hijo de la autora mediante asistencia letrada...”. –la aclaración entre paréntesis me corresponde–. La Comisión de Derechos Humanos en su *Resolución 2003/39*, instó a los Estados “a que garanticen que se respete el principio de la igualdad ante los tribunales y ante la ley dentro de sus sistemas judiciales, en particular ofreciendo a las personas sometidas a juicio la posibilidad de interrogar, o que se interroge en su nombre, a los testigos de cargo y de conseguir la comparecencia e interrogatorio de testigos de descargo en las mismas condiciones” (pto. 7).

<sup>82</sup> CNCP, Sala I, “Abasto, Héctor Juan s/rec. de casación”, rta. el 11 de

(incluido el tiempo para hablar con su asesor jurídico y examinar la documentación) ha sido inadecuado, la jurisprudencia establece claramente que el acusado debe solicitar al tribunal que suspenda las diligencias por no haber dispuesto de tiempo suficiente para prepararse”<sup>79</sup>. El Tribunal Federal, a fin de salvaguardar el derecho de defensa, consideró que por las razones invocadas debía reanudarse íntegramente el plazo concedido a la defensa oficial para el ofrecimiento de prueba.

La CIDH, en un caso donde el juez de instrucción permitió que se introdujeran pruebas que podían ser perjudiciales para el imputado, en ausencia del defensor, señaló que debió resultar evidente al juez, que continuar el proceso en esas condiciones, podía limitar su defensa y privarlo de su derecho a un patrocinio efectivo, “incluido el derecho que le reconoce el artículo 8.2.c de la Convención de disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa, y el que le reconoce el artículo 8.2.f de la Convención de interrogar a los testigos presentes en el tribunal, derechos que sólo pueden ejercerse adecuada y efectivamente a través de la presencia del abogado patrocinante”<sup>80</sup>. Disposiciones del Comité de Derechos Humanos, y de la Comisión de Derechos Humanos del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, han ido en igual sentido<sup>81</sup>.

En este último caso, la Sala I de la CNCP fue marcando un camino impregnado por la naturaleza del contradictorio (no definitivamente desandado por los tribunales), al considerar positivamente agravios de la defensa referidos a la imposibilidad de controlar prueba de cargo –ingresada por lectura al debate y valorada en la sentencia– ejerciendo de esta forma su importante rol nomofiláctico. Ese impulso, que se verifica a partir del caso “Abasto” de la sala I<sup>82</sup>, refieren a la necesidad de control “útil y eficaz” de la prueba de cargo por parte de la defensa –material y técnica–, como requisito para su valoración por parte del tribunal.

Es que la defensa *implica* el contradictorio, que es el más importante instrumento de control del método de prueba acusatorio, por lo que se debe admitir el carácter de contradictorio en todo acto probatorio, para que la contienda sea leal<sup>83</sup>.

Desde otro lugar, la necesidad de presencia activa del defensor puede verse también en la doctrina tradicionalmente garantista de la CSJN sobre las presentaciones *in pauperis*

febrero de 1999, registro 2602; en igual sentido “Almada, Sergio Martín s/rec. de inconstitucionalidad”, rta. 2 de marzo de 1999, registro 2627 y “Reyna, Jorge Fernando s/rec. de casación”, rta. el 21 de marzo de 2002,

registro 4918, con invocación de normas y jurisprudencia del derecho internacional de protección de derechos humanos (conf. art. 8.2.f ,CADH, y 14.3.e, PIDCP).

<sup>83</sup> Ferrajoli, *op. cit.*, ps. 613 y 614.

<sup>84</sup> Si bien en alguna oportunidad la Corte Suprema realizó distingos según que el imputado estuviera privado de su libertad o no, en nuestros días ha retomado un tratamiento uniforme, aplicando la doctrina de los recursos *in pauperis forma*, sin atender a la cuestión de la privación de la libertad. Ver, entre otros, Villarroel Rodríguez, Oscar Alejandro (V. 146 XXXIX, rta. El 21/9/2004).

<sup>85</sup> CSJN, Fallos 310.493, entre muchos otros.

<sup>86</sup> CSJN, N. 19 XXXIX, PVA “Núñez, Ricardo Alberto s/sus recursos de queja y casación y extraordinario”, consid. 9. Disidencia de los Ministros Petracchi, Bossert y Boggiano –en un caso de la Provincia de Córdoba: CSJN, P. 99/99 RHE “Pancia, Marcelo Néstor s/p.s.a. robo calificado etc”., rta. el 23 de octubre de 2001, consid. 7, con cita de “Strickland v. Washington, 466 U.S. 668, 1984”-. En esta última sentencia, la Corte por Mayoría declaró la inadmisibilidad del recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la queja ante ella (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), pero la disidencia, señaló la nulidad de lo actuado a partir del recurso de casación por ineffectividad de la defensa técnica. El imputado había presentado un recurso de queja *in pauperis forma* que fue rechazado por extemporáneo. El Tribunal agregó que no le era aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre flexibilización de las exigencias relativas a la temporaneidad de las apelaciones, por no encontrarse el imputado en una situación fáctica que pudiera asimilarse a la de una persona privada de libertad carente de asistencia técnica. El imputado vuelve a realizar una presentación sin firma de letrado, interponiendo recurso extraordinario federal, diciendo en primer lugar que sí se encontraba privado de su libertad, y que su defensa pública no lo asistía en modo alguno –ya que cuando fundó la casación, expresó

*forma*; conformada a partir de la flexibilización de los requisitos formales para la interposición del recurso extraordinario federal por parte de los imputados. Ella alude a la necesidad de otorgar trámite legal a los escritos sin firma de letrado, de modo de inhibir cualquier denegatoria de justicia. Así, por ejemplo, cuando las resoluciones denegatorias de los tribunales inferiores son notificadas al interesado<sup>84</sup>, y éste deja asentada la expresión “apelo” o interpone recurso extraordinario o presenta una nota sin firma de letrado manifestando su rechazo a la denegatoria de que se trate, la Corte Suprema ha establecido que a esos escritos debe otorgársele el alcance de una manifestación de voluntad de ser asistido de manera adecuada para interponer los recursos de ley, nulificando resoluciones de jueces inferiores que rechazan *in limine* estas presentaciones por defectos formales.

En estos casos, la Corte Suprema ha señalado que es deber de los tribunales dar intervención al defensor para fundar la petición<sup>85</sup>, y que si bien “no es obligación de la asistencia técnica del imputado fundar pretensiones de su defendido que no aparezcan, a su entender; mínimamente viables, ello no la releva de realizar un estudio serio de las cuestiones eventualmente aptas para ser canalizadas por las vías procesales pertinentes, máxime porque se trata de una obligación que la sociedad puso a su cargo (Fallos 310:2078), ya que no puede imputarse al procesado la inoperancia –a la que ha sido ajeno– de la institución prevista para asegurar el ejercicio de su derecho constitucional, cuya titularidad ostenta exclusivamente y cuya inobservancia puede acarrear responsabilidad internacional al Estado Argentino (art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental; arts. 1 y 8, párrafo 2, incs. d y e, de la Convención Americana de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1; 14.3.b y d; Fallos: 318:514)”. La cita anterior, que corresponde a una resolución de la Corte Suprema del 16 de noviembre de 2004<sup>86</sup>, refiere a un caso

que lo manifestado por su pupilo no era correcto, conforme a las pruebas de la causa-. El Tribunal decidió nuevamente darle vista a la misma defensora para que lo funde. Ella se inhibe ante el Tribunal (en Córdoba la defensa pública no es autónoma respecto del Tribunal Superior), diciendo que le es imposible defenderlo, y que éste “se esmera en forma sarcástica y reiterada por dejar sentado que el mismo careció de defensa, que esta defensa se negó a asistirlo, que ejerció una asistencia legal aparente...”, y que su defendido “degradó así fal-

samente la función técnica realizada por ella” (consid. 4). Pero el Tribunal rechazó la excusación, consid. que la actuación de la defensora no mereció una evaluación negativa por parte de los jueces. La defensora, entonces, fundó sintéticamente el recurso que no fue concedido por el mismo Tribunal Superior. Nuevamente, el recurrente llega a la Corte Suprema, y su presentación se funda por el defensor ante ella, que invoca la nulidad del trámite recursivo por defensa técnica ineficaz.



<sup>87</sup> CIDH, Informe 24/92, “Costa Rica, Derecho de revisión fallo penal”, Casos 9328 y otros del 2 de octubre de 1992.

<sup>88</sup> Con fecha 30 de junio de 1995, la Corte Suprema de Justicia había cambiado su histórica jurisprudencia en este punto; así, en “Albarenque, Sixto Omar s/delito de favorecimiento de evasión”, señaló que las decisiones que resuelven recursos de naturaleza extraordinaria deben ser notificadas a la defensa técnica, y que la decisión de la Corte según la cual, el plazo para deducir recurso extraordinario se computa a partir de la notificación personal al procesado (*Fallos* 291:572 y 302:1276), se refería a las sentencias condenatorias recaídas en el anterior procedimiento escrito. Nuevamente la Corte, con su nueva composición, resolvió el 21 de septiembre de 2004 que “lo que debe tenerse en cuenta para el cómputo del plazo en la interposición de la queja, es la notificación personal al encauzado de la decisión que acarrea la firmeza de la condena” (“Dubra, David Daniel s/causa 348).

tramitado en la justicia provincial de Córdoba. A partir de la condena que recayera sobre el señor Núñez, quien fue interponiendo sendos recursos *in pauperis*, y al darse intervención a la defensa pública, ésta se limitó a reiterar la presentación del interesado, solicitando se haga lugar al recurso, “en cumplimiento del deber que el cargo impone”, pero dejando a salvo su opinión contraria al mismo. La Corte hizo en esta resolución, una fuerte advertencia a los tribunales inferiores y a los distintos sujetos procesales que intervinieron en la causa, sobre las dimensiones del estado de indefensión al que habían dejado expuesto al recurrente durante toda su tramitación. A los tribunales –que invocaron deficiencias formales para evitar considerar los agravios invocados de manera sencilla y clara por parte de Núñez– porque no resguardaron las deficiencias de la asistencia letrada –a la que tampoco le notificaron con anticipación medidas de prueba–, y no establecieron las circunstancias por las cuales el imputado permaneció más de diez días sin contar con asistencia letrada y sin comparecer ante la autoridad fiscal y/o judicial que había solicitado su detención; al fiscal de instrucción, que dispuso de manera contraria a la ley declarar inadmisibles la oposición *in pauperis* a la prisión preventiva; al abogado particular, que siquiera ofreció prueba y renunció a su mandato a 48 hs. de iniciarse la audiencia de debate; a los defensores públicos, la falta de diligencia en el control de prueba de cargo y la renuencia a fundar técnicamente los diversos recursos. Con invocación de la doctrina de la CIDH, la Corte enfatizó sobre la necesidad de considerar que el derecho de recurrir el fallo a una instancia superior es fundamental para garantizar el derecho de defensa, y que para eso los recursos no pueden regularse, interpretarse ni aplicarse con rigor formalista<sup>87</sup>.

Ahora, una situación que suele generar inconvenientes, es que las resoluciones denegatorias no siempre se notifican al imputado, sino sólo al defensor técnico. En estos casos, como principio, no deberían considerarse extinguidos los plazos procesales para recurrir, porque eso significaría vedar el derecho al recurso –y por consiguiente el derecho de defensa– a quien es el titular de la protección de la garantía<sup>88</sup>.

Para que pueda determinarse si hubo o no asistencia legal adecuada, deben analizarse la totalidad de circunstancias de cada caso en particular, ya que resulta claro que no existe un catálogo prefijado de reglas que permitan concluir *ex ante* si la actuación del defensor estaba encaminada a ser efectiva. En algún pronunciamiento, Ministros del Tribunal han referido, con cita de su similar de Estados Unidos, que en esta materia se debe ser cautos para no “restringir la amplia latitud que debe tener la defensa para tomar decisiones tácticas (pues) el acto u omisión de un defensor que... es impropio en un caso puede ser legítimo e incluso inteligente en



89 CSJN, disidencia de los Ministros Petracchi, Bossert y Boggiano –en un caso de la Provincia de Córdoba: P. 99/99 RHE “Pancia, Marcelo Néstor s/p.s.a. robo calificado etc.”, rta. el 23 de octubre de 2001, consid. 7, con cita de “Strickland v. Washington, 466 U.S. 668, 1984)–. En esta última sentencia, la Corte por Mayoría declaró la inadmisibilidad del recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la queja ante ella (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), pero la disidencia, señaló la nulidad de lo actuado a partir del recurso de casación por ineffectividad de la defensa técnica. El imputado había presentado un recurso de queja *in pauperis forma* que fue rechazado por extemporáneo. El Tribunal agregó que no le era aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre flexibilización de las exigencias relativas a la temporaneidad de las apelaciones, por no encontrarse el imputado en una situación fáctica que pudiera asimilarse a la de una persona privada de libertad carente de asistencia técnica. El imputado vuelve a realizar una presentación sin firma de letrado, interponiendo recurso extraordinario federal, diciendo en primer lugar que sí se encontraba privado de su libertad, y que su defensa pública no lo asistía en modo alguno –ya que cuando fundó la casación, expresó que lo manifestado por su pupilo no era correcto, conforme a las pruebas de la causa-. El Tribunal decidió darle vista nuevamente a la misma defensora para que lo funde. Ella se inhibe ante el Tribunal (en Córdoba la defensa pública no es autónoma respecto del Tribunal Superior), diciendo que le es imposible defenderlo, y que éste “se esmera en forma sarcástica y reiterada por dejar sentado que el mismo careció de defensa, que esta defensa se negó a asistirlo, que ejerció una asisten-

otro”<sup>89</sup>, y que si bien debe prevalecer en esta materia el interés del titular de la garantía –pero no para obligar al defensor a fundar lo *infundable*<sup>90</sup>–, la defensa técnica que no sólo se opone a apelar, sino que se dedica a controvertir y desmenuzar la estrategia utilizada por el imputado, instando al tribunal a confirmar la condena, mina el carácter adversativo del proceso<sup>91</sup>.

El 3 de octubre de 2006, la Corte Suprema resolvió la causa “Schenone”<sup>92</sup>. El caso presenta interesantes aristas acerca del trámite del recurso de queja ante la Corte, y constituye un caso paradigmático de la prevalencia de criterios de protección de derechos y garantías por sobre exigencias formales establecidas por la misma Corte. A partir de un recurso *in forma pauperis* presentado por un detenido, la Corte aludió a la falta de sustanciación por parte de su letrado particular, ya que la presentación de ésta “carece absolutamente de fundamentos, en la medida en sólo enumeró los agravios que habrían inspirado el reclamo de su defendido, sin cumplir mínimamente con la labor técnica que le compete, pues si bien es cierto que no se le puede requerir al detenido que ensaye argumentación jurídica, sí debe exigírsele ésta a su defensor, quien lo podrá hacer mejor o peor, con más o menos ingenio, pero que más allá de su calificación, debe hacerlo y en este caso no lo hizo”<sup>93</sup>. Y que “si bien como principio no compete a los jueces subsanar deficiencias técnicas de los abogados en sus presentaciones, las irregularidades

cia legal aparente...”, y que su defendido “degradó así falsamente la función técnica realizada por ella” (considerando 4). Pero el Tribunal rechazó la excusación, considerando que la actuación de la defensora no mereció una evaluación negativa por parte de los jueces. La defensora, entonces, fundó sintéticamente el recurso que no fue concedido por el mismo Tribunal Superior. Nuevamente, el recurrente llega a la Corte Suprema, y su presentación se funda por el defensor ante ella, que invoca la nulidad del trámite recursivo por defensa técnica ineficaz. La disidencia culmina nulificando el proceso desde la interposición del recurso de casación, criticando el ritualismo con el cual el *a quo* resolvió las denuncias referentes a la carencia de asistencia legal oficial efectiva y a la descomposición irreversible del vínculo entre el imputado y la defensora, incompatible con las

normas constitucionales

90 CSJN, *Fallos* 310:2078; 320:854

91 CSJN, “Pancia...”, cit., considerando 8. Especialmente, la disidencia de la Corte adujo la particularidad de que pese al grado de enfrentamiento entre la defensora y su asistido, el tribunal obligó a la letrada a fundar las presentaciones realizadas por el mismo, “incluso aquellas donde el agravio central era el estado de supuesta indefensión en que se encontró por la falta de idoneidad de su defensora. En otras palabras, la defensora debía demostrar que su labor había generado un estado de indefensión a su pupilo” (considerando 9).

92 CSJN “Schenone, Carlos s/causa N° 1423” (S. 62. XL, con disidencia de los Ministros Highton de Nolasco, Fayt y Argibay.

93 CSJN, “Schenone...”, considerando 8.

descriptas precedentemente motivan que este Tribunal tome los recaudos necesarios al respecto a los efectos de salvaguardar, en esta instancia, la integridad del derecho de defensa y la voluntad recursiva del imputado, máxime cuando en el *sub judice* se trata de una condena de doce años de prisión”<sup>94</sup>.

La falta de idoneidad de la letrada es definida por la Corte como una excepcional circunstancia que “obliga a este Tribunal a disponer el apartamiento de aquélla y ordenar poner en conocimiento del imputado su derecho a designar un nuevo defensor o, en su caso, asignarle la asistencia de la defensora oficial ante esta Corte Suprema, para que sea debidamente fundamentada su presentación”<sup>95</sup>.

Posteriormente, con fecha 7 de agosto de 2007, la Corte resolvió la causa “Noriega”<sup>96</sup>. En este caso, se trataba de la falta de fundamentación de un recurso de casación *in forma pauperis* por parte del defensor oficial interviniente. Dijo allí la Corte Suprema: “se advierte con claridad que el defensor oficial, en lugar de dar sustento jurídico al recurso *in forma pauperis* (...) se limitó a transcribir sintéticamente los agravios que había alegado el imputado en dicha presentación, pues no les dio fundamento técnico ni desarrolló una crítica concreta y razonada a los argumentos de la sentencia condenatoria (Fallos: 327:5097, consids. 12 y 13)”. Entonces, “Que la silenciosa aceptación de tal proceder es incompatible con el principio que impone a los jueces en materia criminal extremar los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa”<sup>97</sup>.

Cierto es que no siempre los extremos a considerar respecto a la incompatibilidad de la defensa material y técnica son tan explícitamente antitéticos, pero los tribunales no pueden renunciar a ejercitar su debido contralor en cada caso.

En el caso “Luvelo”<sup>98</sup>, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 9 de la Ciudad de Buenos Aires, resolvió por mayoría declarar la nulidad de las declaraciones indagatorias del imputado –y los actos subsiguientes– porque había sido asistido técnicamente por un abogado que se encontraba indicado en la misma causa como partícipe del delito que se le atribuía, y que la versión expuesta en aquélla, era favorable a la situación del abogado. La defensora oficial había alegado, que no obstante que la elección del letrado había dependido de la voluntad del imputado, la situación reflejada colocaba a ese letrado en una posición absolutamente inadecuada para ejercer una defensa eficaz, y que debió haber sido advertido por el juez instructor que tenía intereses propios acerca de cómo se definiera el hecho imputado y las participaciones y responsabilidades en él. La resolución, con cita de la doctrina de la Corte, refirió que la defensa debe ser ciertamente eficaz, y que no puede provocar menoscabo alguno por acción o por omisión, no siendo libre en su plenitud, el ejercicio de una defensa material que recibe el asesoramiento y presencia de

<sup>94</sup> CSJN, “Schenone...”, consid 10.

<sup>95</sup> CSJN, “Schenone...”, consid. 12.

<sup>96</sup> CSJN, “Noriega, Manuel s/p.s.a. robo-calificado” causa N° 3/03- y L. 416. XL “Lucatti, Marcelo Omar s/p.s.a. robo expte. 3/03”; disidencia de las ministras Highton de Nolasco y Argibay. Refiere a un caso de la provincia de Córdoba.

<sup>97</sup> CSJN “Noriega...”, consids. 3 y 4.

<sup>98</sup> TOC N° 9 de la Ciudad de Buenos Aires, “Luvelo, Alejandro Daniel s/es-tafa”, causa 1488, rta. el 11 de marzo de 2005.

quien puede resultar eventualmente comprometido en la causa, según lo que refiera en sus declaraciones su propio defendido<sup>99</sup>.

La CIDH, si bien ha reconocido que el Estado no puede ser considerado responsable de todas las fallas de desempeño del abogado defensor, por el carácter independiente de la profesión, asegura que “No obstante, el artículo 8.2.c) de la Convención impone a las autoridades nacionales la obligación de intervenir si la omisión del abogado de brindar un patrocinio eficaz es evidente o si la omisión es puesta en su conocimiento con suficiente claridad”<sup>100</sup>. En este sentido se expidió el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas al afirmar que “los conflictos de intereses que recaigan sobre el abogado (contratado o nombrado de oficio), v. gr., por haber defendido a dos coimputados con intereses eventualmente contrapuestos, también serían susceptibles de revisión por el Comité”<sup>101</sup>.

#### IV. Los caminos por recorrer

Hemos visto a lo largo de estas páginas cómo se verifican dentro del sistema general de administración de justicia penal, determinados ámbitos –a los que hemos denominado *sensibles*– donde la exigencia debida para el acceso íntegro a un defensor, ofrece limitaciones singulares.

Esas falencias, sólo en ciertos aspectos, se relacionan con deficiencias legales; antes bien, un entramado complejo de rutinas, concepciones culturales, más cierta dosis de indiferencia, coadyuvan en igual sentido. Como se vio, en algunos casos los tribunales gestionan los expedientes sin atención de la persona de carne y hueso, soslayando a quien es titular del derecho de defensa; en otros, se restringe la sujeción de las agencias policial y penitenciaria al contralor de la justicia penal y su sistema de garantías; y en otros, quienes deben ejercitar el arte de la defensa, traicionan la confianza depositada en ellos, agravando la situación de natural debilidad que conlleva la resistencia al accionar penal estatal.

Pero hemos observado también, resoluciones judiciales que honran el sentido profundo del derecho de defensa y de la asistencia jurídica adecuada; y a defensores aguerridos instándolas.

El problema es la distancia existente entre los comportamientos y formas resolutivas indicados en primer término, y estas últimas decisiones jurisdiccionales; tanto más cuando la reducción de esa brecha depende de factores bastante diversos.

Es que el acceso a un defensor penal se ve necesariamente influido por las distorsiones de funcionamiento general que muestran los sistemas penales. Una de esas distorsiones más severas –y habitualmente la más ejercitada– es la utilización de la prisión preventiva como pena anticipada, que al

<sup>99</sup> La defensa oficial invocó los *Principios Básicos sobre la Función de los Abogados*, que estipulan dentro de sus obligaciones y responsabilidades, que “los abogados, al proteger los derechos de sus clientes y defender la causa de la justicia... en todo momento actuarán con libertad y diligencia, de conformidad con la ley y las reglas éticas reconocidas que rigen su profesión” (Principio 14).

<sup>100</sup> CIDH, Informe 41/04 cit., con referencia a los casos *Leroy Lamey y otros c/Jamaica*, caso 11.826, Informe 49/01, Informe Anual 2000, párrs. 216-217; análogamente Corte Europea de Derechos Humanos, *Kamasinsky c/Austria*, 19 de diciembre de 1989, Serie A, N° 168, párr. 65, CDHNU, *Young c/Jamaica*, Comunicación N° 615/1995 (1997).

<sup>101</sup> CDHNU, Caso de los hermanos *Taylor: P. Taylor, 6. 5, D. Taylor, 7.2 y Werenbeck, 9.8*, cit. en Gialdino, Rolando E., *Los Derechos Civiles y Políticos ante el Comité de Derechos Humanos*, Jurisprudencia 1995/2002, publicado en la Revista de Investigaciones, Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación, N° 1 (2002) p. 211.

convivir con la excesiva duración de los procedimientos, deriva en índices alarmantes de sobrepoblación carcelaria en condiciones infrahumanas de encierro.

Si las obligaciones y responsabilidad del Estado se extreman y son más exigibles cuando el sujeto titular de derechos queda a merced de aquél en una “institución total”, donde todo se regula y supervisa, y no puede por propia iniciativa contrarrestar a quienes los vulneran<sup>102</sup>, ¿qué protección le queda entonces al privado de libertad, ante el desmadre en que está sumido el sistema de encarcelamiento en la Argentina?

Ya el Informe que el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la ONU realizó sobre su visita a la Argentina entre el 22 de septiembre y 2 de octubre de 2003<sup>103</sup>, señalaba la necesidad de realizar urgentes esfuerzos para mejorar la situación del sistema de detención en cárceles y comisarías de policía de nuestro país. El informe alertaba sobre el problema principal consistente en la sobrepoblación de los centros de detención<sup>104</sup>, se mostraba “sorprendido al comprobar que muchas personas son mantenidas en detención preventiva de manera rutinaria, después que la investigación penal ha concluido”<sup>105</sup>, y que gran parte de los detenidos entrevistados no podían siquiera comunicarse con sus abogados defensores por teléfono<sup>106</sup>.

En algunas provincias la situación se encuentra en estado de colapso. Por caso, en la provincia de Buenos Aires, entre 1994 y 2004 la población detenida se triplicó, mostrando índices de sobrepoblación carcelaria inauditos<sup>107</sup>, mientras se sucedían denuncias por torturas y tratos crueles y degradantes en sus centros de detención<sup>108</sup>, y el porcentaje

<sup>102</sup> *Ibidem*, párrafo 15.

<sup>103</sup> Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria (ONU), *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención*, visita a la Argentina (E/CN.4/2004/3/Add.3, 23 de diciembre de 2003).

<sup>104</sup> *Ibidem*, párrafo 35: “En muchos centros visitados el Grupo comprobó que las celdas albergaban a más del doble de detenidos que aquellos que su capacidad física permitía... el Grupo recibió informes que en una provincia se había recurrido a la utilización de contenedores y camiones, sin ventanas ni ventilación, para albergar detenidos. La delegación comprobó también las malas condiciones sanitarias, sin acceso a servicios mínimos de higiene y de desagüe, detenidos enfermos que no recibían medicación; detenidos con sarna y colchones con garrapatas. En varios centros de detención visitados, los detenidos deben defecar sobre bolsas de polietileno”.

<sup>105</sup> *Ibidem*, párrafo 39.

<sup>106</sup> *Ibidem*, párrafo 41.

<sup>107</sup> Puede verse en CELS, *Informe 2004 sobre Derechos Humanos en*

*Argentina* (capítulo VI, La ilusión de las cárceles “sanas y limpias”, elaborado por Gustavo Platt con la colaboración de Cecilia Ales), Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2004, p. 289: “... hace casi diez años el Gobierno provincial decretó la emergencia carcelaria a raíz de que la población penal (9485 internos distribuidos en 28 establecimientos) prácticamente duplicaba las plazas reconocidas por la administración penitenciaria. A ellos se sumaban otras 2.500 que se hallaban encarceladas en dependencias policiales. Casi una década más tarde, el 2 de julio de 2004, se hallaban privadas de libertad en el ámbito bonaerense un total de 29.793 personas. De ellas, 5.441 estaban alojadas en dependencias policiales y 24.352

en establecimientos penitenciarios (...) En otras palabras, en una década, el desborde que llevó la declaración de emergencia casi se triplicó. Los 21.154 cupos denunciados por el Servicio Penitenciario Bonaerense (...) hasta el 30 de diciembre de 2003 suponen un déficit de más de 7000 plazas respecto del total de personas privadas de su libertad a esa fecha en el ámbito de la provincia de Buenos Aires”.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 279: “Las graves violaciones a los derechos humanos, asesinatos y torturas de presos, amenazas a funcionarios judiciales y redes de ilegalidad montadas desde el servicio penitenciario llevaron, en el año 2004, a intervenir el Servicio Penitenciario Bonaerense”.

de presos preventivos en relación a los condenados se establecía en 9 a 1<sup>109</sup>.

La defensa pública en la provincia de Buenos Aires ha tenido una actitud enérgica en la protección de los derechos de los detenidos, documentando casos de tortura, instando los pertinentes hábeas corpus y denunciando a los funcionarios que por acción u omisión violentaron derechos tan básicos. Sin embargo, muchos de esos defensores sufrieron intimidaciones o fueron objeto de procedimientos disciplinarios<sup>110</sup>.

Y si bien es claro que los jueces no pueden inhibirse cuando se trata del cercenamiento de derechos de quienes están sometidos al sistema penal, ¿quién sino el defensor para acercar a los tribunales los reclamos de sus representados? Algo más que piedad se les debe a los que sufren un escarnio innmerecido.

Los defensores deben poder ejercer sus funciones profesionales sin intimidaciones, obstáculos, acosos o interferencias indebidas. Tampoco sufrirán ni estarán expuestos a persecuciones administrativas, económicas o de otra índole, a raíz de cualquier medida que hayan adoptado de conformidad con las obligaciones, y reglas éticas que se reconocen a su profesión. Y cuando la seguridad de los abogados sea amenazada como consecuencia del ejercicio de sus funciones, deben recibir garantías y protección adecuada por parte de las autoridades<sup>111</sup>.

Hoy lo que debemos discutir es cómo hacer frente a las exigencias que presenta la necesidad de cobertura íntegra del derecho de defensa, y su incursión en ámbitos y escenarios no previstos tradicionalmente. Cuando la legislación de nuestro país prevé la asignación de un defensor público para patrocinar y asistir técnicamente a quienes soliciten a la Defensoría General acceder a los organismos internacionales de protección de derechos humanos, e impone la realización de todas las acciones que conducen a la defensa de esos mismos derechos y a facilitar el acceso a la justicia de los sectores discriminados (art. 51, incs. v, d y e, de la ley 24.946), o cuando dispone que los abogados particulares, en la sujeción a las normas de colegiación, deben brindar asistencia a las personas carentes de recursos<sup>112</sup>, está pensando no sólo en

109 *Ibidem*, p. 301. El fallo “Verbitsky” de la Corte Suprema de Justicia significó un antes y un después para la protección de las condiciones dignas de detención de la Provincia de Buenos Aires, con derivaciones amplísimas y de alto impacto para la protección íntegra de los derechos fundamentales; “Verbitsky, Horacio s/habeas corpus”, 3 de mayo de 2005, V. 856 XXXVIII.

110 La cuestión tiene ribetes especiales, porque en la Provincia de Buenos Aires, la Defensoría Pública no es autónoma funcionalmente, dependiendo de la estructura de la Procuración. Es decir, el jefe de los fiscales es quien ordena la tramitación de un sumario de un defensor público, su contraparte procesal. La situación fue analizada por la *Asociación Interamericana de Defensorías Públicas* (AIDEP), que en su reunión en Punta del Este el 13 de marzo de 2005, expresó “su preocupación por las situaciones acaecidas en la Provincia de Buenos Aires, República Argentina, a partir de la presentación por parte de Defensores Públicos, de acciones de *habeas corpus* a favor de personas torturadas en centros de detención. Proclama el absoluto rechazo a la iniciación de procedimientos disciplinarios, por parte de organismos diversos a la Defensa Pública, que signifiquen restricciones a la efectiva defensa de los derechos fundamentales de los detenidos y se solidariza con los defensores públicos que se han visto afectados por este tipo de medidas”.

111 CDHNU, *Comentario General 13*, cit., párr. 9; *Principios Básicos sobre la Función de los Abogados*, principios 16 y 18. La CIDH debió otorgar a una Defensora Pública de la Provin-

cia de Buenos Aires, protección vía cautelar a raíz de lo referenciado. El 11 de julio de 2002 la Comisión renovó las medidas cautelares que habían sido otorgadas el 27 de agosto de 2001 a favor de una defensora pública de la Provincia de Buenos Aires, y a su familia. Los peticionarios alega-

ron amenazas, hostigamiento y llamadas anónimas relacionadas con el desempeño de sus funciones en la defensa de los derechos de los reclusos.

112 Ley 23.187, sancionada el 5 de junio de 1985; artículos 6 b), 55, 56 y 57.



una función social del ejercicio profesional, sino en el desempeño de un papel protagónico en la dinámica general de actuación de la justicia.

Como expresa el voto concurrente razonado del Juez de la Corte IDH Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte IDH en el caso “Tibi vs. Ecuador” del 7 de septiembre de 2004: “Ciertamente, esos estándares internacionales coinciden en muy amplia medida, o acaso totalmente, desde la perspectiva de las normas vigentes, con los propósitos y los mandamientos recogidos por los ordenamientos supremos nacionales, e incluso por gran parte de la legislación secundaria. Es preciso desplegar, por ende, la voluntad política y jurídica de los Estados que suprima de una vez las violaciones más frecuentemente observadas y acredite el ingreso a nuevas etapas en la tutela de los derechos fundamentales. De lo contrario, seguiremos encontrando los mismos hechos violatorios, exponiendo los mismos argumentos y emitiendo las mismas opiniones o resoluciones, sin que esto cale tan profundamente como debiera en la vida de nuestras naciones”<sup>113</sup>.

El defensor representa mucho para quienes reciben todo el peso del poder penal estatal. No debemos olvidar –parafraseando a Calamandrei– que para las personas simples, las razones asumen una fuerza irresistible cuando se imponen por la autoridad o están escritas en papeles con membretes; y que la función de los abogados también será impedir, que en nombre de un sacro terror a los tribunales, los que deban atravesar esa instancia, se dejen sacar hasta la camisa<sup>114</sup>.

<sup>113</sup> Corte IDH, Caso Tibi vs. Ecuador, voto del juez Sergio García Ramírez, párr. 9.

<sup>114</sup> Calamandrei, Piero, *Il processo come gioco*, en “Rivista di Diritto Processuale”, vol. 5, parte I, Cedam, Padua, 1950, ps. 23-51.



## Funda recurso de hecho por denegatoria de extraordinario federal. Amplía fundamentos

### Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación:

**Eduardo Antonio Dromi**, Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (int.), en el Expte. C.S.J.N. Letra “H”, N° 103, Libro XLIII, Año 2007, caratulado: “RECURSO DE HECHO deducido por Gabriel Osvaldo Hernández en los autos Hernández, Gabriel Osvaldo s/ recurso de hecho”, con domicilio legal constituido en Paraguay 1855 1° piso Contrafrente, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ante V.E. me presento y respetuosamente digo:

#### I. Objeto

Que conforme a lo prescripto en los Arts. 282, 283 y 285 CPCCN en función de los Arts. 14 y 15 de la Ley 48, vengo a fundar legal y técnicamente la presentación realizada por Gabriel Osvaldo Hernández contra la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Formosa –de fecha 21 de mayo de 2007– por medio de la cual se declaró formalmente inadmisibles los recursos extraordinarios federales interpuestos (v. Fallo 2760, registrado en el Tomo 2007, en fs. 478/vta.).

#### II. Admisibilidad del Recurso de Hecho

##### II. 1. Requisitos comunes y requisitos formales

Que legitimado activamente en el carácter invocado vengo a fundar la voluntad recursiva de Gabriel Hernández que corre agregada a fs. 1 del expediente del epígrafe, conforme la vista conferida.

De esta forma y toda vez que en la jurisprudencia de V.E. los reclamos articulados por quienes gozan del ejercicio de su libertad ambulatoria deben reputarse como una manifestación de voluntad de interponer los recursos de ley –asimilables a aquellos deducidos por quienes se encuentran privados de su libertad–, incluso a despecho de cualquier deficiencia formal (Fallos, 327:3824), la presentación directa deducida por el procesado debe entenderse como un recurso de queja *in forma pauperis* por recurso extraordinario federal denegado y, por ello, obviarse los requisitos formales referentes a su admisibilidad. La posición contraria –cabe aclararlo– acabaría lesionando el derecho constitucional a ser oído (Fallos, 310:492).

La decisión impugnada proviene de un órgano jurisdic-

cional, se vincula a un juicio criminal e involucra materia justificable que causa a mi parte un gravamen irreparable.

La manifestación de HERNÁNDEZ es temporánea, toda vez que fue notificado de la resolución que dispuso el rechazo del recurso extraordinario el día 24 de mayo de 2007 (fs. 481vta.), mientras que la manifestación de su voluntad impugnativa ingresó a vuestra mesa de entradas el día 12 de junio de dicho año (cf. fs. 1 del Expte CSJN).

A todo evento informo que, una vez recibidas, se pondrán a vuestro conocimiento las constancias documentales que acrediten la tramitación del beneficio de litigar sin gastos. La presente queja se encuentra exceptuada de la previsión del Art. 283 CPCCN, en tanto se eleva a consideración de V.E. conjuntamente con los autos principales que corren por cuerda.

## II. 2. Requisitos propios

La resolución que aquí se cuestiona emana del Tribunal Superior de la causa según el ordenamiento adjetivo vigente, causa un agravio actual e irreparable y versa sobre una sentencia definitiva que, en caso de confirmarse, causará un agravio insusceptible de reparación ulterior.

Por ello, entiendo que la desestimación del recurso extraordinario causa a mi representado un agravio sólo susceptible de ser reparado en los términos del Art. 285 CPCCN.

La violación constitucional que aquí se denuncia guarda relación directa e inmediata con lo decidido en la causa, toda vez que de su tratamiento y resolución depende el mantenimiento de la sentencia que agravia al justiciable.

La trascendencia de las cuestiones federales suscitadas en el *sub lite* se advertirá tan pronto se constate que, entre las materias involucradas, se encuentran los alcances de la libertad de expresión, la garantía de imparcialidad del juzgador y la hermenéutica que cabe formular en punto a la doctrina de la real malicia; aspectos que han sido objeto de tratamiento en numerosos pronunciamientos del Tribunal.

## III. Antecedentes

El Juzgado de Instrucción y Correccional N° 2 de la provincia de Formosa –en el contexto de una querrela iniciada por el gobernador de esa provincia, doctor Gildo Insfran (fs. 5/13)– condenó a Gabriel Osvaldo Hernández a la pena de 1 año y 6 meses de prisión en suspenso con más la imposición de una serie de condiciones establecidas en el artículo 27 *bis* del Código Penal, como autor penalmente responsable del delito de calumnias (art. 109, CP).

Contra dicha sentencia (fs. 389/396vta.), la defensa del nombrado articuló un recurso de casación (fs. 399/409vta.) que fue rechazado por el Superior Tribunal de Justicia de esa provincia (fs. 447/451).

Deducido el respectivo recurso extraordinario (fs.

455/466vta.), el *a quo* lo declaró inadmisible (fs. 478/479), todo lo cual dio origen a esta queja.

### III. 1. La plataforma fáctica. Desarrollo procesal y la ulterior sentencia condenatoria

Las presentes actuaciones se originaron como consecuencia de la querrela criminal promovida por el entonces gobernador de esa provincia, doctor Gildo Insfran, en perjuicio de Gabriel Osvaldo Hernández (ex intendente municipal de la ciudad de Formosa y ex presidente del Comité provincial de la Unión Cívica Radical).

Tal acción reconoció su causa fuente en la solicitada que el querrellado habría publicado en el ejemplar del diario *La Mañana* del 8 de febrero de 2004 (v. fs. 2) y que llevó como título: “El oficialismo necesita presos políticos”.

En dicho contexto, Hernández habría denunciado que “personal de civil de la Policía política del Gobierno (Departamento de informaciones) detuvo en la vía pública al ingeniero Jorge Loza, en un procedimiento absolutamente irregular y arbitrario. El mismo día fueron detenidos dos de sus ex colaboradores. La injusta detención de estas personas, y en particular la de un dirigente destacado como el Ingeniero Loza, miembro del Comité Provincial de la UCR e integrante de una familia de reconocida trayectoria en las filas del Radicalismo formoseño, es un paso más en la escalada de hostigamiento y persecución que viene realizando el oficialismo contra dirigentes y militantes de la oposición. Primero fue la asfixia económica y la sistemática campaña de ataques y mentiras orquestada por Canal 11 y demás medios manejados por el Gobierno, contra nuestra gestión al frente de la Municipalidad. Después, cuando el Partido Justicialista volvió a manejar la Comuna capitalina, echaron a más de 250 empleados municipales, por el único pecado de no comulgar con el oficialismo. Ahora, con la complicidad de jueces y policías adictos al Gildismo, sigue la persecución contra ex empleados y funcionarios municipales, mediante causas judiciales fabricadas para justificar detenciones y procedimientos con amplia repercusión perio-

dística. Llama la atención la rapidez con que se impulsan los sumarios judiciales contra dirigentes y funcionarios de la UCR, por jueces y policías que nada hicieron durante años con las denuncias y los ilícitos que involucran a la cúpula del Gobierno provincial. Estos jueces y policías nunca investigaron los casos denunciados por la UCR” (fs. 2).

En su respectiva presentación, el querrelante consideró que la conducta atribuida a Hernández y, sobre todas las cosas, el contenido de la publicación referenciada, resultaban constitutivas del delito de calumnias, en la medida que el nombrado le imputó falsamente a Insfran la perpetración de delitos de acción pública en calidad de instigador.

En ese contexto, también afirmó que la fraseología utilizada por Hernández violó el derecho al honor del querrelante, todo lo cual resultaba de especial gravedad en el *sub lite*, tanto más si se toma en cuenta que el sujeto pasivo revestía una altísima consideración en función de la posición institucional que ocupaba.

Por otra parte, apuntó: “La conducta querida de producir descrédito no encuentra justificación, tampoco, en la libertad de opinión” (fs. 9vta.). En el sentido apuntado, expresó que la libertad de expresión en forma alguna podía ser entendida en términos absolutos y al amparo de una invocación fragmentaria de los precedentes “New York Times vs. Sullivan” y “Gertz vs. Welch” de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, sostuvo que tales manifestaciones no amparaban a aquellas que fueran realizadas con “real malicia”.

Asimismo, sindicó que “las expresiones del caso se presentan como claramente reprochables: no se trata de la crítica de un acto funcional de mi mandante; no se trata de evaluar su específico desempeño como gobernador de la Provincia de Formosa” (fs. 10vta.).

En este orden de ideas, también sostuvo: “la solicitada no se trata de una noticia, siquiera de una información mínimamente prudente u objetiva. Se trata de una interesada opinión expresada con total despreocupación respecto de su seriedad o certeza” (fs. 11vta.).

En la respectiva contestación de ley, el querrelado afirmó que la solicitada sólo se

concentró en los actos de gobierno y no así en la persona del entonces gobernador. Tras destacar la manipulación que, en el contexto provincial, se operaba en torno de los medios de prensa, aportó elementos que sindicaban que el *sub lite* trasantó una persecución parditista no susceptible de habilitar pena lícita alguna.

En otro orden de ideas, sistematizó una serie de elementos (agregados a los respectivos legajos) que daban cuenta de las enormes irregularidades que se habían producido en los procedimientos policiales y judiciales que condujeron a la detención de miembros del partido a los cuales él pertenecía.

Así pues, y a los efectos de desbaratar la pretendida “real malicia” con la cual habría operado, dio cuenta de una denuncia judicial hecha por sí mismo en la que ponía en conocimiento de las autoridades el hostigamiento del cual estaba siendo víctima, tanto él como sus colaboradores (v. fs. 26 y ss.). A todo evento, indicó en su escrito toda la cohorte de denuncias por intermedio de las cuales se dieron cuenta de la persecución denunciada.

Celebrado el debate y en la etapa de alegatos, la defensa del justiciable sostuvo que del texto *sub lite* “...solo surge que es un enfrentamiento entre partidos mayoritarios, una estrategia de denuncia de ambas partes, es una puja cotidiana de tono político; que en ese sentido las páginas de Internet incorporadas como prueba resultarían injuriantes para los destinatarios; que es una cuestión de ideología de corte político no justiciable, de un discurso contra otro discurso; que en este contexto puede interpretarse el texto publicado como un acto de defensa; que no existen calumnias ni injurias contra Gildo Insfran, no hay delito atribuible...” (fs. 377).

Al momento de resolver y tras desestimar el planteo de caducidad de la acción por inactividad procesal de la parte querellante, el juez de debate (que, a la sazón, había intervenido en la etapa instructoria en contravención con la doctrina de Fallos, 328:1491) condenó a Hernández a la pena mencionada en el exordio.

Para decidir de tal modo, descartó en primer término la defensa introducida por el procesado vinculada con su ajениdad para con la redacción de la solicitada, aún cuando no constaban las notas originales aportadas por el diario. Tras sistematizar la serie de constancias procesales que daban cuenta de las denuncias formuladas por el querellado (que incluían a miembros de la policía local, al jefe de Policía y a un ministro de Gobierno, entre otros, por la perpetración del delito de privación ilegal de la libertad en perjuicio de colaboradores del nombrado) y que sustentaron las imputaciones expuestas en la solicitada, el señor juez redefinió la responsabilidad penal de aquél del siguiente modo.

Así pues, omitiendo toda referencia concreta a la doctrina de la real malicia (invocada, incluso, por el propio querellante en su respectivo escrito) y restando cualquier importancia a las denuncias formalizadas por el encartado (“La

imputación, por su parte, es absolutamente falsa, en el más clásico sentido dado a esa exigencia típica, de conocimiento que el imputado no se corresponde con la realidad, o sea, cuando es una mentira (Núñez), porque el autor sabe que no es verdad y esta falsedad surge de las pruebas rendidas incorporadas al debate” –fs. 395vta.–), reafirmó de manera dogmática el propio aspecto subjetivo del hecho, y mensuró la pena apelando a pretendidos agravantes tales como “...el medio de prensa empleado para cometer el delito” (fs. 395vta.).

### III. 2. El recurso de casación. Su rechazo

En su respectivo recurso de casación, la asistencia técnica volvió a agravarse por el desistimiento tácito por inactividad procesal del querellante opuesto en la etapa de juicio y destacó que la decisión se había construido sobre la base de un informe parcial por medio del cual no se pudo advertir la autoría de la solicitada bajo examen.

En el sentido expuesto, denunció una ostensible falta de motivación y una violación al principio de congruencia derivada de la falta de tratamiento de ciertos planteos de nulidad.

Por otra parte, entendió que al estar al tenor de la solicitada, el calumniado, en último término, debió haber sido el pueblo formoseño y no el gobernador.

Asimismo, sostuvo que la conducta del encartado resultaba atípica de este delito tras lo cual censuró las reglas de conducta impuestas en el *sub judice* al amparo del artículo 27 bis del CP.

El Tribunal Superior de provincia rechazó el recurso sobre la base de las siguientes consideraciones.

Así pues y tras ahondar en las cuestiones vinculadas con el desistimiento tácito de la acción privada invocada por el recurrente, la afectación a la imparcialidad derivada de la actuación oficiosa del juez, la lesión al principio de congruencia y la violación al principio *in dubio pro reo*, la sentencia ingresó al análisis de consideraciones medulares acerca de los límites y fundamentos de la pretendida responsabilidad del querellado.

En lo que aquí interesa, se expresó que Hernández le imputó al querellante –directa

o indirectamente– toda una serie de maniobras ilícitas que éste habría condicionado en calidad de instigador.

En términos textuales: “Así tras desgranarse una serie de conductas de policías y jueces, y actividades de funcionarios del gobierno provincial constitutivas de enriquecimiento ilícito (poseían bienes en proporción desmedida a sus sueldos) señala la actividad equívoca del gobierno de perseguir a los funcionarios de su Gobierno Municipal (causas judiciales para justificar detenciones y otros procedimientos publicitados), para decir: ‘Sr. Insfrán (fuera de toda duda el titular del ejecutivo) no crea que en estas actividades fascistas usted va a silenciar al radicalismo’. Es decir que pone en cabeza del ahora querellante toda la serie de conductas que describió anteriormente como reñidas con la legalidad. Incluso concretamente cita enriquecimiento ilícito del gobernador argumentando la venta de combustibles al gobierno por una empresa de su esposa. Hay toda una atribución de conductas que se estiman ilegales (penadas como delitos). En lo que respecta a la segunda cuestión se advierte que se atribuyen conductas, específicamente determinadas constitutivas de actividades referidas a algún tipo de ilícito penal. También se señala que ahora estos jueces y policías, ‘siguiendo expresas instrucciones’ persiguen a sus colaboradores, y quién otro que el titular del Ejecutivo como instigador del caso en virtud de lo que se denomina actitud fascista aparece como el máximo responsable de todo (en principio instigador en los términos del art. 45 del Cód. Penal)” (fs. 449vta.).

A renglón seguido, el tribunal apelado descartó la aplicación de la *doctrina de la real malicia*, en el entendimiento de que no se proyectaba a supuestos en los cuales un particular se valiera de la prensa para emitir opiniones –críticas o pretendidamente injuriosas–.

Así pues y en relación al *sub lite* expresó que: “La esbozada argumentación sobre la necesidad de ahondar en la malicia de la crítica por lo que en el mundo anglosajón se llama el ‘privilegio’ de la prensa, no me parece colacionable. No ya porque no es una crítica periodística (es una actividad de un particular que publica en un diario) sino porque aún alcan-

*zado ese extremo excede notoriamente el afán crítico para caer en lo injurioso. Y en esto creo que el parámetro es para todos igual, sea periodístico o particular debe meritarse la cuestión desde la óptica republicana del derecho del ciudadano (y derivadamente del periodismo) a la crítica del acto gubernamental, con lo que el escrutinio debe ser en todos los caso más profundo” (fs. 450, énfasis agregado).*

### **III. 3. El Recurso extraordinario federal articulado por la defensa. Su declaración de inadmisibilidad**

En su respectiva presentación federal, la asistencia técnica invocó violaciones al derecho de defensa, doble instancia, debido proceso legal y a la garantía de imparcialidad del juzgador.

A renglón seguido y de la mano de un extenso desarrollo argumental, volvió a syndicar que la decisión apelada no había permitido probar correctamente (es decir, fuera de toda duda) que haya sido Hernández quien redactó y ordenó publicar la solicitada.

Por otra parte y como agravio de peso, invocó el precedente “Llerena” de Fallos, 328:1491 a los efectos de censurar que haya sido el mismo juez quien intervino en la instrucción y en el juicio, todo ello desde la perspectiva del temor de parcialidad como causal de apartamiento no escrita.

Asimismo, reeditó el planteo vinculado con la caducidad de instancia.

Al momento de resolver, el tribunal apelado declaró inadmisibile el recurso sobre la base de la siguiente línea de argumentación.

En efecto y para llegar a tal conclusión, entendió que si bien la asistencia técnica había satisfecho los requisitos formales y temporales del recurso, no podía afirmarse que sus planteos hayan tenido la virtualidad necesaria como para habilitar la competencia de esa Corte, en la medida en que se reducían a una mera invocación de garantías constitucionales y a una mera discrepancia con lo resuelto.

En el sentido expuesto, también apuntó que el tribunal de casación había ejercitado correctamente su competencia en los términos de Fallos, 328:3399 –agotamiento de la capacidad de revisión– y que las lesiones constitucionales invocadas por el apelante no guardaban nexo directo e inmediato con la materia del proceso.

### **IV. Crítica a la sentencia que denegó el recurso extraordinario federal. La gravedad institucional suscitada en el presente. El derecho a la crítica política como derecho preferente. La libertad de expresión y su incidencia en el sistema democrático. La doctrina de la real malicia. La garantía de imparcialidad del juzgador. Doctrina de fallos, 328:1491**

Contra lo afirmado por parte del tribunal apelado, entiendo que el recurso extraordinario debió tener favorable acogida.



Más allá de que –en una primera lectura– muchas de las cuestiones trasuntadas por el *sub lite* podrían remitir al análisis de temas de hecho, prueba y derecho común insusceptibles de revisión por la vía del artículo 14 de la ley 48, lo cierto es que todas ellas guardan una relación estrecha con el derecho a la libertad de expresión de factura constitucional y convencional.

En efecto y pese a lo pretendido por el *a quo*, la sustancia del presente gira en torno a los alcances, contenido y límites con que la libertad de expresión puede ejercerse en el contexto de una democracia constitucional y, especialmente, si el ejercicio de la crítica política puede ser sometida a algún tipo de respuesta institucional punitiva.

Así pues y al estar al desarrollo de los actuados, podrá advertirse que más allá de las cuestiones de procedimiento y fácticas aquí suscitadas, explícitamente se encuentran en discusión los alcances y contornos de un derecho federal al que, en la jurisprudencia ancestral de esa Corte, se le ha otorgado una primacía axiológica de ineludible consideración (v., por todos, Fallos, 321:2558 y sus múltiples citas).

Es por ello que los planteos sobre los cuales se asienta el *sub judice* suscitan cuestión federal bastante para su abordaje por esta vía, en la medida en que se encuentran en tela de juicio las cláusulas constitucionales que tutelan la libertad de expresión y aquellas otras que regulan las llamadas responsabilidades ulteriores (por caso, el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos) y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa ha resuelto en forma contraria a los derechos que el apelante fundó en ellas (artículo 14 inciso 3 de la ley 48).

Por otra parte y al estar al tenor de las apreciaciones formuladas por el *a quo* en el marco de la decisión apelada, también aquí se suscita una clara cuestión federal en tanto y en cuanto se encuentran en discusión los alcances y la propia aplicación de la llamada doctrina de la “real malicia”, aspecto normativo al que V.E. le ha asignado la capacidad suficiente como para enervar su competencia apelada extraordinaria en numerosas oportunidades (v. Fallos, 314:1517, considerando 11; 315:823; 318:1114; 319:2741; 319:3085;

319:3428; 320:1272; 321:667; 321:2137; 321:2848; 326:3596; 326:4136; 327:789; 327:943; S. 1858. XL, “Sciamarro, Liliana” del 28/8/2007, entre otros).

Asimismo, no puede dejar de referenciarse que la recurrente –en su presentación federal– invocó el precedente de esa Corte recaído en el caso “Llerena” (Fallos, 328:1491) a los efectos de censurar el hecho de que en el *sub lite* haya intervenido un mismo juez en calidad de instructor y juzgador (juicio correccional). Semejante planteo no ameritó respuesta jurídica alguna por parte del tribunal apelado en el marco de la resolución denegatoria, todo lo cual la descalifica como acto judicial en los términos de la doctrina de la arbitrariedad (v. Fallos, 315:1580; 321:799, entre otros).

Por lo demás, cabe aclarar –a los efectos de satisfacer la manda del artículo 15 de la ley 48– que las cuestiones planteadas guardan nexo directo e inmediato con aquello que fue materia de debate en el proceso, razón por la cual, la delimitación de los alcances del derecho federal resulta de ineludible tratamiento para meritar la eventual manutención de la decisión objeto de agravio.

#### **IV. A. Cuestión preliminar. Nulidad de la sentencia condenatoria por haber sido dictada por el mismo juez que instruyó. Doctrina de fallos, 328:1491: “quien instruye no debe juzgar”. Juicio correccional**

Si bien el planteo del que se dará cuenta seguidamente fue recién introducido en el recurso extraordinario federal, la importancia que concita el respeto irrestricto a la garantía de imparcialidad debiera conducir a esa Corte a morigerar ese ápice procesal y, en consecuencia, a sortear el requisito de introducción oportuna de la cuestión federal, tanto más si se toman en cuenta las particularidades del presente caso y su incidencia en la propia dinámica democrática.

Por lo demás y más allá de que su introducción tardía al proceso se encuentra apriorísticamente vedada, soy de la opinión que al tratarse de una problemática que no necesita mayor debate, su abordaje concreto por esta vía no debiera cercenarse (M. 77. XLI, “Mercado, Elvio Rodolfo” del 11/9/2007).

Así las cosas y sentado ello, no puede dejar de señalarse que, al estar a la lectura de los obrados, se advierte que en el marco del proceso en el cual resultó condenado Hernández intervino un único magistrado (el señor juez Acosta) tanto en la etapa preliminar cuanto en la del propio debate oral.

Semejante circunstancia se opone claramente a la férrea posición que, sobre el punto en concreto, sostuviera esa Corte en el señero precedente “Llerena” de Fallos, 328:1491.

En dicha sentencia, ese Tribunal descalificó constitucionalmente (al amparo de la garantía de imparcialidad del juzgador) la posibilidad de que sea un mismo juez el que instruya y el que juzgue (*vid.*, asimismo, Fallos, 329:909; 3034 y R. 1109. XL, “Recalde, Carlos s/ homicidio” del 10/4/2007, entre otros).

Toda vez que en el *sub lite* se observa la existencia de una identidad subjetiva entre ambos magistrados (el que instruyó y el que juzgó) y en tanto y en cuanto tal circunstancia hace nacer un concreto temor de parcialidad (alegada por la impugnante en su recurso extraordinario), entiendo que adquiere total vocación aplicativa la doctrina sentada en el fallo mencionado, motivo por el cual debiera hacerse lugar a la queja y dejarse sin efecto el pronunciamiento apelado a este respecto.

**IV. B. Fundamentos de esta queja. El derecho a la crítica política. Libertad de expresión. La Convención Americana de Derechos Humanos y el concepto de responsabilidades ulteriores. Doctrina de esa Corte en la materia involucrada. El tribunal apelado, al amparo de una aparente fundamentación, inaplicó la doctrina de la real malicia como estandarte para valorar la eventual responsabilidad del encartado**

1. Más allá de que algunas de las cuestiones traducidas como agravios a lo largo de todo el proceso remitan a problemas regidos por el derecho procesal o común –y que de conformidad con la doctrina de Fallos, 327:5095 aquí se mantienen para satisfacer el derecho de defensa material del justiciable–, lo cierto es que el agravio primordial que suscita la decisión apelada versa sobre un tópico que claramente involucra la delimitación de los alcances del ejercicio de la libertad de expresión, el concepto de las responsabilidades ulteriores derivada de esos actos y la propia virtualidad de la doctrina de la real malicia en punto a resolver este tipo de entuertos (Fallos, 314:1517, considerando 4).

En efecto y al repasar la exégesis del fallo apelado, podrá advertirse que uno de los argumentos de derecho federal que lo sustentaron (y que, a mi juicio, es el trascendental para resolver la cuestión) versaba sobre la aplicación que en el *sub lite* cabía formular de los estandartes *de real malicia* redefinidos por V.E. en numerosos pronunciamientos.

2. Para comenzar el análisis y tratando de ser lo más breve y escueto posible, cabe recordar que la doctrina de la

real malicia –a nivel jurisprudencial– reconoce su génesis en la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos recaída en el precedente “New York Times vs. Sullivan”.

Omitiendo aquí cualquier especificidad histórica y teórica en punto a su adopción concreta, puede afirmarse que el mencionado cartabón surge como criterio hermenéutico diferenciador a los efectos de ser aplicado en supuestos que importen una clara colisión de bienes entre la libertad de expresión y el derecho al honor.

En lo sustancial y frente a una ley del estado de Alabama que establecía la responsabilidad objetiva por la mera difusión de noticias inexactas, la Corte Suprema de los Estados Unidos –en el mencionado precedente– subjetivizó el criterio atributivo y estableció como regla general que “Las garantías constitucionales requieren una regla federal que prohíba a un funcionario público el reclamo de daños por una falsedad difamatoria relativa a su conducta oficial a menos que pruebe que la declaración ha sido realizada con actual malice, esto es, con conocimiento de que era falsa o con temerario desinterés (reckless disregard) acerca de si era falsa o no” (citado en Bianchi, Enrique Tomás, *Los criterios de ‘New York Times v. Sullivan’ y su repercusión en la doctrina de la Corte Suprema*, JA-III-1992, p. 908).

Así las cosas, la *doctrina de la real malicia* “Se resume en la exculpación de los periodistas acusados criminalmente o procesados civilmente por daños y perjuicios causados por informaciones falsas, poniendo a cargo de los querellantes o demandantes la prueba de que las informaciones falsas lo fueron ‘con conocimiento de que eran falsas o con imprudente y notoria despreocupación sobre si eran o no falsas’. *El punto de partida está en el valor absoluto que debe tener la noticia en sí, esto es su relación directa con el interés público y su trascendencia para la vida social, política o institucional.* Se suma la misión de la prensa, su deber de informar a la opinión pública proporcionando el conocimiento de qué y cómo actúan sus representantes y administradores; si han cometido hechos que deben ser investigados o incurrir en abusos, desviaciones o excesos y si en esos hechos han intervenido funcionarios o figuras públicas, incluso parti-

*culares –que han adquirido notoriedad suficiente para encontrarse involucrados voluntariamente en la cuestión pública de que trata la información –su situación los obliga a demostrar la falsedad de la noticia, el dolo o la inexcusable negligencia de la prensa.* En consecuencia, el derecho de prensa no ampara los agravios, la injuria, la calumnia, la difamación. No protege la falsedad ni la mentira, ni la inexactitud cuando es fruto de la total y absoluta despreocupación por verificar la realidad de la información. Ampara, sí, a la prensa cuando la información se refiere a cuestiones públicas, a funcionarios, figuras públicas o particulares involucrados en ella, aun si la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas...” (Fallos, 314:1517, considerando 11, énfasis agregado).

Cabe recordar –tal como se puso de manifiesto en el apartado de crítica a la resolución denegatoria– que esa Corte ha ido perfeccionando con el correr del tiempo los requisitos de esa doctrina y su decisiva incidencia para abordar colisiones de derechos como las que se produjeron en autos. A los efectos de no incurrir en reiteraciones innecesarias, considero que ese desarrollo histórico ha sido profundamente abordado por el señor Procurador General de la Nación en su dictamen obrante en P. 2297. XL, “Patito, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros” del 11/4/2007 como así también por esa Corte en los considerandos 11 y 12 del señero precedente registrado en Fallos, 314:1517 –ya citado– (“Vago v. Ediciones de La Urraca”), a los cuales me remito en honor a la brevedad.

3. Dicho lo expuesto e ingresando ahora a las particularidades trasuntadas por el *sub judice*, me permito recordar que en la sentencia apelada, el Superior Tribunal de Justicia de Formosa afirmó que “La esbozada argumentación sobre la necesidad de ahondar en la malicia de la crítica por lo que en el mundo anglosajón se llama el ‘privilegio’ de la prensa, no me parece colacionable. No ya porque no es una crítica periodística (es una actividad de un particular que publica en un diario) sino porque aún alcanzado ese extremo excede notoriamente el afán crítico para caer en lo injurioso. Y en esto creo que el parámetro es para todos igual, sea periodístico o particular

debe meritarse la cuestión desde la óptica republicana del derecho del ciudadano (y derivadamente del periodismo) a la crítica gubernamental, con lo que el escrutinio debe ser en todos los casos más profundos” (fs. 450, énfasis agregado).

Sentado ello y, a mi modo de ver, el pronunciamiento impugnado se sustenta en una interpretación inaceptable del contenido de las reglas de responsabilidad presupuestas por la *real malicia* que lo conducen a su inaplicación concreta.

En efecto, los problemas sobre los cuales debemos detenernos para demostrar una tal desacierto (elemental, pues, para modificar en forma sustancial el resultado del pleito) son los siguientes:

a) Si –como aduce el fallo apelado– la doctrina de la *real malicia* sólo resulta aplicable cuando quien propale una determinada información pertenezca a los medios de prensa.

b) Si el exceso en el afán crítico (“*para caer en lo injurioso*”) constituye un argumento aceptable para afirmar la responsabilidad penal desde la perspectiva de las reglas de la doctrina de mención.

c) Si la aplicación adecuada de la *real malicia* en el contexto de este caso en particular, hubiera condicionado una sensible transformación en la situación procesal del encartado.

a’) En lo que al primer punto respecta –esto es, a la pretendida disquisición formulada por el *a quo* en punto a quiénes comprende la doctrina de la *real malicia*–, la decisión impugnada incurre en vicios de fundamentación que claramente la descalifican como acto judicial en la medida en que prescindió de la jurisprudencia de esa Corte sin brindar fundamento alguno para hacerlo (Fallos, 311:1644; 313:1638; 326:1138; 327: 2842, entre muchos otros).

Ello es así, pues en el precedente de Fallos, 320:1272 –en el cual se discutió acerca de las consecuencias punitivas derivadas de un reportaje publicado por un diario en el que el entrevistado (político y periodista) había proferido una serie de afirmaciones supuestamente injuriosas–, ese máximo Tribunal sostuvo explícitamente que “...ninguna gravitación tiene para una adecuada solución de la litis la disquisición hecha por el *a quo* acerca de la calidad de periodista o político del querellado al momento de hacer las declaraciones que dieron lugar a la controversia. Esto resulta evidente, si se advierte que lo esencial para evaluar el grado de tutela constitucional en materia de libertad de expresión a la luz de la reseñada doctrina [real malicia], radica en precisar las condiciones que rodean a quien es objeto de la noticia y no al sujeto que la propala” (considerando 11 del voto de los jueces Fayt y Boggiano y 8 del de los jueces Petracchi y Bossert, énfasis agregado).

Es a la luz de tales afirmaciones de V.E. que se advierten las notorias insuficiencias que, en orden a este punto, contiene el pronunciamiento apelado pues, en el caso, se inaplicaron los parámetros de la *real malicia* echando mano del argumento según el cual aquella sólo ampara a periodistas y no a otros sujetos en particular.

En el *sub lite*, uno de los sujetos involucrados en las expresiones de la solicitada obrante a fs. 2 era el entonces gobernador de Formosa (actor político de la máxima trascendencia en ese ámbito territorial) y el contenido de aquella versaba sobre un asunto de notorio interés público vinculado con el supuesto funcionamiento defectuoso de las instituciones de la provincia. Asimismo, quien fue sindicado como autor de la nota no era otro que el entonces presidente de la Unión Cívica Radical y, además, intendente de la ciudad capital al que, al amparo de un medio de prensa, se le atribuyó la publicación de una solicitada con el contenido antes indicado.

Pues entonces y al estar a la ya invocada doctrina de Fallos, 320:1272, la distinción formulada por el *a quo* en punto al autor de las expresiones objeto de agravio pierden todo sustento, en la medida en que lo que resulta determinante a esos efectos no es el sujeto que propala la información, sino antes bien, aquel que resulta objeto de ella (en el caso, el señor gobernador de la provincia).

b') En orden al interrogante identificado por la letra b), entiendo que el tribunal apelado vuelve a incurrir en vicios de fundamentación que descalifican a la sentencia como acto judicial.

Pienso que ello es así, pues precisamente lo que la *doctrina de la real malicia* tiende a tutelar son ciertas informaciones atributivas de hechos o de calidades que, desde la faz objetiva, puedan resultar adversas al honor de quienes son pasibles de ellas.

Por el contrario y si bien el criterio de mención establece determinados parámetros en punto a qué tipo de información abarca (v. gr., interés público, etc.), lo cierto es que su mayor particularidad no atiende tanto a la faz objetiva de ella, sino antes bien, a la conexión subjetiva que entre esa información –falsa o verdadera, eso no importa de momento– se puede establecer entre el autor que la propala y la información misma.

Así las cosas y desde la perspectiva de esos cartabones, para que pueda haber responsabilidad, el autor de la información debe haber actuado a sabiendas de la “falsedad de la noticia y [obrado] con real malicia con el propósito de injuriar o calumniar” (Fallos,

314:1517, considerando 11, *in fine*).

Como puede advertirse, lo decisivo aquí es el factor atributivo de carácter subjetivo y no las meras circunstancias objetivas vinculadas con la información: “...la regla contempla la existencia de casos en los que, a pesar de que se ha formulado una afirmación de hecho falsa y lesiva del honor, no surge –en contra de lo que las reglas generales sobre el derecho de daños parecerían indicar– una obligación de reparar” (punto VII del dictamen del señor Procurador General obrante en el ya citado caso “Patito, José Ángel”).

c') Sentadas esas premisas fundamentales, resta en lo que sigue abordar si su aplicación en el presente caso hubiera condicionado un resultado diferente.

Para ello, me permito recordar que, de acuerdo a la plataforma fáctica sentada tanto en la decisión apelada como en la del juez correccional, el querellado habría publicado una solicitada en el diario *La Mañana* con el objeto de denunciar los persistentes hostigamientos de los que tanto el nombrado como colaboradores municipales y partidarios, estaban siendo víctimas por parte de funcionarios provinciales. En ese marco, se sostuvo que el aquí querellante habría instigado a jueces y policías para que ello sucediese y, en particular, para que se detuviera arbitrariamente a determinados sujetos que se detallaron a tal fin y que, según puede leerse, pertenecían al partido político opositor al gobierno.

Como puede advertirse a simple vista, la solicitada abordaba una problemática de trascendente interés público en tanto y en cuanto señalaba enormes deficiencias en las instituciones locales que, de llegar a ser ciertas, hubieran producido efectos devastadores en la propia dinámica del juego democrático y del estado de derecho. Asimismo, involucraba a funcionarios de alto rango de las instituciones provinciales que, según allí se destaca, habrían incurrido en ciertas desviaciones en el ejercicio de su función. Por lo expuesto, los requisitos de “interés público” y del sujeto que es objeto (valga la redundancia) de la información (de acuerdo a las ya invocadas decisiones de Fallos, 314:1517 y 320:1272) se encuentran plenamente satisfechos.

Así las cosas y dando por cierta la hipóte-



sis más gravosa, esto es, que las afirmaciones –verdaderas o falsas– que habría formulado el querellado no son opiniones sino atribución de hechos –pues, de otro modo, la impunidad es la solución que se impone de acuerdo a la doctrina de Fallos, 321:2637 que, *mutatis mutandi*, cabría aplicar al presente–, resta ahora indagar si ellas fueron realizadas o no, mediando real malicia.

De acuerdo a lo reseñado en el apartado de antecedentes, existe un elemento de primordial importancia que, en el caso, permite descartar por completo la existencia de real malicia y, por ello, la atribución de responsabilidad al querellado.

En efecto, si se toma en cuenta que en el espacio temporal dentro del cual se publicó la solicitada, el querellado formuló denuncias judiciales atribuyendo a ciertas autoridades locales la perpetración de, vgr., delitos de privación ilegítima de la libertad, mal puede sostenerse que haya actuado a sabiendas de la supuesta falsedad de aquello que propalaba o con notorio desprecio por ese carácter. Ello es así, pues si la despreocupación o la malicia hubieran existido, no se comprendería el motivo por el cual Hernández acudiría al ámbito judicial para poner en conocimiento estos hechos e instar su persecución. A no ser que pretendamos que actuó bajo los “efectos” de un dolo de falsa denuncia, lo cierto es que ese temperamento constituye una pauta central para pensar totalmente lo contrario.

Todo lo anteriormente expuesto debe entenderse en el contexto de la máxima según la cual “...la protección del honor de los funcionarios públicos es débil en relación al de los particulares puesto que aquéllos se han expuesto voluntariamente a un mayor riesgo de sufrir perjuicio por noticias difamatorias...” (Fallos, 321:2558, considerando 11 *in fine*) y de aquella otra que indica que “...la prensa [o quienes se valgan de ella] debe tener espacio para mostrar o decir incluso aquello que no queremos ver u oír. Esta circunstancia ha llevado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a decir que ‘la libertad del periodismo cubre incluso posibles utilidades de la exageración o incluso la provocación...’ (F. 1295. XL, “Franco, Julio César c/Diario *La Mañana*” del 30/10/2007, voto en disidencia de la jueza Argibay, considerando 5).

No por nada esa Corte, en fecha reciente, resguardó en forma vehemente la libertad de expresión y el derecho a la crítica política, a través de la descalificación de medios lesivos indirectos por vía del arbitrario reparto de la publicidad oficial (E. 1. XXXIX, “Editorial Río Negro S.A. c/Neuquén, Provincia del s/ acción de amparo”, del 5/9/2007).

4. En resumidas cuentas y al haber prescindido de aplicar el *test* de la “real malicia” a los efectos de analizar si resultaba plausible imputarle responsabilidad a Hernández, el fallo apelado incurrió en severos déficit de fundamentación que lo descalifican como acto judicial y, a la par de ello, coronó una ostensible –e inadmisibile– violación a la libertad de expresión constitucional y convencionalmente tuteladas.

Por lo demás y tal como se apuntó anteriormente, resul-



ta claro que si se hubiera aplicado en toda su extensión la doctrina de referencia, la atribución de responsabilidad al querellado en modo alguno hubiese podido ser sustentada.

En cuanto al planteo vinculado con las deficiencias probatorias, la violación al *in dubio pro reo*, la caducidad por inactividad procesal de la parte y la autoría del libelo y toda vez que el recurso extraordinario los ha abordado con amplitud, aquí los mantengo y me remito a su texto en honor a la brevedad.

Por ello, entiendo que esa Corte debe hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto el pronunciamiento apelado para que, por intermedio de quien corresponda, se dicte uno nuevo conforme a derecho.

#### **V. Petitorio**

Por las consideraciones expuestas, solicito:

1. Se tenga por debidamente motivado en legal tiempo y forma este Recurso de Queja por Denegatoria del Recurso Extraor-

dinario Federal interpuesto *in forma pauperis* por Gabriel Osvaldo Hernández.

2. Se tenga presente que se ha dado cumplimiento a las Acordadas Nros. 13/90 y 35/90, inc. "c"; que se informará sobre la tramitación del beneficio de litigar sin gastos y que se respeta 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 declare la nulidad de la sentencia del tribunal de debate por haber sido dictada por el mismo juez que previno, todo ello de conformidad con la doctrina de Fallos, 328:1491.

4. Si ello no se compartiese, se haga lugar a la queja, se declare procedente el recurso extraordinario y se deje sin efecto el pronunciamiento apelado.

**Proveer de conformidad,  
Será Justicia**

## Interpone recurso de Queja

### **Excma. Cámara Nacional de Casación Penal**

**Cecilia L. Mage**, Defensora Pública Oficial, titular de la Defensoría en lo Correccional n° 4, con domicilio legal en Lavalle 1171, piso 3°, en la causa seguida contra CLAUDIO OHANESSIAN respetuosamente me presento y digo:

#### **I. Exhordio**

Que en legal tiempo y debida forma conforme lo autorizan los artículos 476 y concos. del CPP, vengo a interponer recurso de queja contra la resolución de fs. 98/vta, de fecha 15 de febrero de 2007 dictada por la Sala VII de la Excma. Cámara Criminal y Correccional, que resuelve rechazar el recurso de casación oportunamente presentado por esta defensa oficial contra el decisorio de fecha 15 de diciembre de 2006, por el cual se declara “erróneamente concedido el recurso de apelación deducido a fs. 177/178 vta. (art. 444 del CPPN)”. Cabe mencionar que el recurso de apelación rechazado fue una derivación del decisorio de la Sra. Magistrada Correccional que se opuso a la solicitud de suspensión de juicio a prueba a favor de mi asistido Claudio Ohanessian, detenido a disposición del Tribunal Oral en lo Criminal y Federal n° 2.

El recurso de casación interpuesto por esta defensa luce a fs. 190/194. El 9 de marzo de 2007, me notifiqué de la resolución de fs. 198 vta., por la cual se rechaza el recurso, encontrándome habilitada ya sea por los motivos de procedencia como en la forma y plazo (arts. 476 y 477, CPP).

El planteo casatorio constituye la crítica toda vez que la resolución es impugnada en función de lo dispuesto en el artículo 457 del CPP toda vez que es equiparable a sentencia definitiva ya que impidió a mi asistido la eventual extinción de la acción penal por la vía de acceso que le habría abierto la solicitud de suspensión de juicio a prueba presentada oportunamente. En tales condiciones la resolución que impugnamos es comparable. El presente recurso se funda en el artículo 456, inciso 2, del CPP.

#### **II. El decisorio que motiva la queja**

La Sala VII señaló en su decisorio de fs. 198 “Sin perjuicio de los argumentos que exhibe el escrito del recurso de

Ref.: causa 31.076 Cám. Crim. y Correccional, Sala VII.

casación, en la intervención que compete a este Tribunal y dentro del marco de análisis a que debe ajustarse la admisibilidad de este tipo de presentaciones extraordinarias, es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que la Cámara Nacional de Casación Penal ha sido creada, para conocer, por vía de los recursos de casación e inconstitucionalidad –y aún de revisión– de las sentencias que dicten los tribunales orales en lo criminal, como los juzgados en lo correccional (Fallos: 318:514”).

“Así, la habilitación jurisdiccional del *ad quem* para revisar las decisiones de los jueces correccionales, surge de la equiparación de estos con los magistrados del debate, como consecuencia de las reglas que establece el artículo 405 del Código Procesal Penal de la Nación, porque juzgan en instancia única y asumen el rol de esos jueces de juicio, investidos de sus atribuciones, por lo que la impugnación de sus resoluciones –y como ocurre en el *sub lite*–, no pueden ser examinadas por esta Cámara al no revestir la condición de tribunal superior de la causa durante este etapa del proceso”.

“Ello, porque como tiene dicho el Tribunal *ad quem* en supuestos como el de autos, el recurso procesal idóneo para impugnar las resoluciones de los jueces correccionales cuando superaron la etapa de instrucción, es la casacional, ya que sólo recursos de carácter extraordinario son procesalmente compatibles con el principio de que el juez correccional tiene las atribuciones propias del tribunal de juicio y que, como tal, juzgará en única instancia de acuerdo con las normas del juicio común (Sala I, causa 76, caratulada “Jajan, Emilio”, del 4 de febrero de 1994, CNCP), vía recursiva que, en su caso, debió haber sido utilizada tempestivamente y contra la resolución que no hizo lugar a la suspensión del juicio a prueba a favor de Ohnessian”.

Finalmente concluyó: “radicada la causa ante el tribunal correccional encargado de celebrar el debate, los agravios que le irroguen sus resoluciones –como ocurre en el *sub examine*– deben ser embestidas en el momento procesal oportuno y en esa sede, mediante la interposición del recurso de casación por

resultar el tribunal superior de la causa; razón por la cual, el recurso ahora presentado por la asistente oficial en contra del auto de esta Sala, fue mal deducido porque debió ser interpuesto contra la resolución de fs. 171 y por lo tanto resulta improcedente”.

### **III. Procedencia del recurso de casación denegado y motivo del agravio**

A) El recurso es procedente al pretender impugnar el decisorio en cuestión por considerar que los señores jueces de la Sala VII de la Cámara de Apelaciones han incurrido en una errónea aplicación de la ley formal en violación a las garantías constitucionales *inobservando concretamente el precepto del art. 8 apartado 2 inc. h) de la Convención Americana de Derechos Humanos que tutela expresamente el derecho al recurso y por ende a la jurisdicción, quebrantando el derecho de defensa en juicio (arts. 18, 75 inc. 22 de la CN)*. Consecuentemente queda esta parte habilitada para interponer el presente de conformidad con lo dispuesto en las citadas normas y los artículos 168 y 456, inciso 2, del Código Procesal Penal.

B) Asimismo, la resolución que impugnamos en el presente ocasiona a esta parte un gravamen no susceptible de reparación ulterior toda vez que la interpretación que formula el tribunal del artículo 24 del Código Procesal Penal veda la posibilidad de acceder a la concesión del beneficio de la suspensión del juicio a prueba al rechazar la vía recursiva mediante la apelación. En tales condiciones la resolución que impugnamos es equiparable a una sentencia definitiva (cf. Fallos: 300:642), ya que mediante la interpretación que realiza *torna inadmisibile la posibilidad de reexaminar el planteo rechazado en la instancia anterior sobre la suspensión de juicio a prueba solicitado*. A partir de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa M. 305XXXII “Menna, Luis s/recurso de queja” del 25/9/1997, y en el caso “Padula, Osvaldo y otros” del 11/11/1997, el presente recurso es procedente.

Más recientemente y sobre la cuestión de fondo que se pretende reexaminar la Corte Federal ha mantenido el criterio en “Fiscal c/Zingaretti, Trubiano y otros s/defraudada-

ción”. F. 472 XXXIX del 01/11/2005 y en “Fiscal c/Vega, Adrián Raúl s/retención indebida” F. 316 XXXIX del 20/12/2005. En este último sostuvo que “No obstante, el a quo omitió considerar de manera razonada esos fundamentos, que podían resultar conducentes para la solución a adoptarse, y rechazó la vía recursiva mediante la invocación de una fórmula dogmática al expresar que la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba no reviste el carácter de definitivo, sin otro sustento que un pronunciamiento de este tribunal en el que tampoco se analizaron los motivos aquí expuestos por la parte para demostrar la equiparación del fallo recurrido a sentencia definitiva. Por esa razón, al haber sido soslayados argumentos relevantes para la solución del caso, entendiéndose que la sentencia carece de sustento suficiente para ser considerada como un acto jurisdiccional válido, y merece ser descalificada en los términos de la doctrina de la arbitrariedad (Fallos 314:737; 320:2451, 2622 y sus citas; 324:3839; entre muchos otros). Frente a tal circunstancia, deviene insustancial el tratamiento de los restantes agravios (Fallos 317:1455; 322:904; 326:601)” (del voto del Procurador General). Más reciente aún resulta el fallo del mismo Tribunal dictado en “Recurso de hecho deducido por José Luis Rojas Machado en la causa “R M, J. L s/causa 3202” del 31 de octubre de 2006.

#### IV. Antecedentes de la causa

Se inicia la presente causa el 3 de febrero de 2004 cuando supuestamente Héctor Javier Martínez y Claudio Fabián Ohanessian habrían agredido a Teófilo Escalera Dalence en las inmediaciones de Godoy Cruz y Santa Fe. Asimismo se les imputó que en esa oportunidad habrían ejercido resistencia al policía que intentó detenerlos.

Habiendo prestado declaración indagatoria el 22 de abril de ese año, se dictó su procesamiento en orden a los delitos de lesiones leves y resistencia a la autoridad (arts. 55, 89 y 239, CP).

Requerida la elevación a juicio (fs. 110/112) en orden a los delitos indicados, se dispuso la clausura de la instrucción (art. 353, CPPN) a fs. 121 y esta parte solicitó la suspensión de juicio a prueba. El día 1 de noviembre de 2006 se celebró la audiencia que prescribe el artículo 293 del CPPN con la presencia de mi pupilo, oportunidad en que brindamos los argumentos que habilitaban sin duda la suspensión del juicio.

No obstante, mediante el interlocutorio de fs. 171/172 de fecha 13 de noviembre de 2006, el tribunal no hizo lugar a la suspensión petitionada. Esencialmente el rechazo tuvo eje en la negativa del fiscal a prestar su conformidad sobre la base de que mi pupilo se encuentra alojado en una unidad penitenciaria. Tal negativa –evaluada en función de la interpretación que formula la sra. Magistrada correccional del fallo plenario

de la Cámara Nacional de Casación “Kosuta”–, importó el rechazo al beneficio solicitado por esta parte.

A fs. 177/178 se interpuso en debido tiempo y forma el *recurso de apelación* con tal decisión que nos agravia en donde expusimos generosamente tanto los argumentos que habilitaban el recurso como los aspectos de fondo materia del mismo.

Para una mejor ilustración del caso, *transcribimos a continuación los contenidos esenciales del recurso* que son las siguientes:

“(…) vengo a interponer en debido tiempo y forma recurso de apelación contra el decisorio de fs. 171/2 por el cual se rechazó la solicitud de juicio a prueba respecto de mi asistido CLAUDIO FABIAN OHANESSIAN; todo ello en función de la negativa formulada por el ser. Agente fiscal y en apoyo del fallo plenario de la Cámara Nacional de Casación Penal denominado “Kosuta”.

En primer lugar me encuentro habilitada impugnar por la vía indicada tal decisión en función de la naturaleza del auto interlocutorio que, conforme lo dispuesto en el artículo 449 del CPP, contempla expresamente dicha posibilidad.

Asimismo, a tenor del estado actual del legajo, no habiéndose dispuesto la citación a juicio de las partes, en función de lo dispuesto por el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, corresponde que la presente impugnación sea tratada por la Cámara Nacional de Apelaciones.

Motiva el presente, el rechazo que hace del tribunal del beneficio solicitado a favor de mi asistido –actualmente detenido en el Complejo Penitenciario n° 1 del SPF y a disposición del TOF n° 2 de esta ciudad–, en base a la opinión del Ministerio fiscal sobre la improcedencia del mismo toda vez que, por encontrarse detenido no podrá cumplir con las pautas de conducta requeridas por el artículo 76 bis del Código Penal. Asimismo citando jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal, sostuvo que la suspensión del proceso a prueba tiene por objetivo principal reintegrar a la sociedad a aquellos imputados que cumplan con determinados requisitos orientando y controlando su cum-

plimiento en libertad durante el tiempo y bajo las condiciones estipuladas en cada caso. Por último sostuvo que teniendo en cuenta lo resuelto en el fallo “Kosuta” viene a reafirmar su oposición.

La sra. Jueza correccional, atento ello entendió aplicable el fallo plenario de la CNCP “Kosuta” y consecuentemente rechazó la petición de mi asistido. En ese sentido sostuvo: “así las cosas en atención a la doctrina emanada del plenario “Kosuta” de la Cámara Nacional de Casación Penal, en relación al carácter vinculante del dictamen fiscal en la suspensión del juicio a prueba, adelanto que el beneficio impetrado no habrá de prosperar... En atención a ello, sin perjuicio de que la suscripta no comparte los argumentos esgrimidos por el señor Representante del Ministerio Público Fiscal, a fin de evitar un inútil dispendio jurisdiccional, es que habré de rechazar la solicitud de suspensión del juicio a prueba promovida a favor de Claudio Fabián Ohanessian”.

En este aspecto, la Cámara Nacional de Casación Penal sostuvo: Es que la oposición del Ministerio Público Fiscal a la solicitud efectuada por la defensa se fundó, exclusivamente, en que en nuestra legislación no se encuentra incluida la posibilidad de cumplir con las tareas comunitarias correspondientes fuera del país (...) Es que la conformidad del Fiscal está sujeta a control de logicidad por el Tribunal y su oposición fundada exclusivamente en la disconformidad con las reglas propuestas por la defensa no resulta suficiente para fundar el rechazo in limine de la solicitud de suspensión del juicio a prueba, cuya concesión no aparece como manifiestamente improcedente. *Los representantes del Ministerio Público Fiscal tienen el deber de motivar específicamente sus requerimientos y el control de tal motivación está en manos de los jueces que deben ejercerlo procurando atender la eventual afectación de derechos de las demás partes.* También es al tribunal a quien le corresponde decidir acerca de las reglas de conducta que en definitiva deberá cumplir el imputado (art. 76 *ter*, CP). Las consideraciones expuestas precedentemente me persuaden de que corresponde hacer lugar al recur-

so de casación, sin costas, y anular la resolución de fs. 7/7 vta., en virtud de la cual el Tribunal resolvió el rechazo *in limine* de la solicitud del beneficio de la suspensión del juicio a prueba, debiéndose remitir la causa al Tribunal de origen para que, previo la realización de la audiencia que prevé el artículo 293 del C.P.P.N., resuelva la solicitud reclamada” (Sala IV, causa “Poma Mendoza”, del 17 de noviembre de 2003, CNCP, el subrayado no es del texto).

Sin duda existe una seria afectación de garantías como lo sostiene el fallo, en la medida que la fundamentación a la que alude el señor Agente fiscal es sólo aparente, dado que suponer ello, no significa ni más ni menos que el quebrantamiento de la regla de igualdad. Mi asistido no registra antecedente condenatorio alguno que le impida extinguir –por esta vía– la acción penal y, la circunstancia de encontrarse preventivamente detenido no es óbice para alcanzar tal beneficio.

Asimismo, el decisorio del tribunal a quo tampoco satisface los requisitos de fundamentación que regla el artículo 123 del CPP, derivación de la Constitución Nacional (arts. 1, 14, 18, 33 y 75, inc. 22), ya que la remisión a la opción del señor Fiscal en apoyo del fallo plenario consignado no constituye apoyo suficiente y autónomo para rechazar la propuesta.

En muy reciente fallo nuestro más alto Tribunal remitiéndose a la opinión del Procurador General sostuvo: “En tales condiciones debe repararse que al haber sido ignorados fundamentos conducentes íntimamente vinculados con la resolución del caso que guardan nexo directo e inmediato con las garantías de defensa en juicio y debido proceso, la sentencia carece de sustento suficiente y, por lo tanto, resulta descalificable como acto jurisdiccional válido en los términos de la doctrina de la arbitrariedad (Fallos 314:737; 320:2451; 2662; 324:3889)” (“Recurso de hecho 1734 XL, deducido por José Luís Rojas Machado en la causa R. M., J. L. s/causa 3202”, del 31 de octubre de 2006). Consecuentemente la Corte Federal habilitó el recurso extraordinario contra la resolución de la CNCP, sala II que lo rechazara; ello en el marco de un proceso en el que el Tribunal Oral de Menores N° 1 –por mayoría– no hizo lugar al pedido de suspensión de juicio a prueba de acuerdo con el criterio adoptado en el plenario de la Cámara Nacional de Casación Penal del 17 de agosto de 1999 en la causa “Kosuta, Teresa s/recurso de casación”.

Al respecto sostiene Vitale: “En los casos en los que se requiere consentimiento fiscal, su disconformidad debe encontrarse debidamente fundada (y, en particular, fundada en la falta de un presupuesto legal de admisibilidad), pues de lo contrario, deberá entenderse que ha mediado consentimiento. De este modo, una disconformidad fiscal infundada (o no fundada en la inexistencia de un presupuesto legal de procedencia), no puede, en ningún caso impedir la suspensión del proceso a prueba” (cfr. Vitale, Gustavo L., “Suspensión del proceso penal



a prueba”, p. 190, con cita de Edgardo Donna y María Cecilia Maiza).

A fs. 186 *la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional* dijo: “que habiéndose alcanzado la etapa de juicio mediante el decreto de fs. 121, a partir de la cual el juez correccional se halla investido de las facultades del tribunal oral, esta sala ha dejado de ser tribunal de alzada de las decisiones adoptadas en el proceso (art. 24, CPP). Por tal motivo, corresponde declarar erróneamente concedido el recurso de apelación deducido a fs. 177/178 vta. (art. 444, CPP) y devolver el expediente a la anterior instancia”. Este decisorio es el que en lo esencial constituye la base del presente recurso y cuyos motivos y fundamentos veremos en adelante.

#### V. Agravios (Fundamentos del recurso de casación denegado)

Como se adelantara esencialmente el motivo del presente tiene su eje fundamental en el rechazo por parte de la “Cámara de Apelaciones de la vía recursiva seleccionada, vedando toda posibilidad de ejercer el derecho al recurso y por ende la vía de revisión del decisorio”.

En efecto, oportunamente y al fundar la admisibilidad del recurso de apelación sostuvimos la procedencia de esa vía toda vez que no se había alcanzado la etapa de citación a juicio, esto es la convocatoria a las partes a ofrecer prueba en los términos del artículo 354 del Código de rito; ello en base al contenido del *artículo 24 del CPP* que expresamente así lo contempla al decir que: “La Cámara de Apelación conocerá: 1) De los recursos interpuestos contra las resoluciones de los jueces de instrucción, correccional, de menores y de ejecución, cuando corresponda, en los casos de suspensión del proceso a prueba”.

Y es que, *no habiendo alcanzado la etapa de juicio* mediante el dictado del decreto que así lo ordena (art. 354, CPP), resulta procedente la intervención de la Cámara de Apelaciones como “*órgano jurisdiccional jerárquicamente más elevado*”; ello independientemente de que sea la Cámara Nacional de Casación

Penal el superior tribunal de la causa como instancia revisora de aquella (cfr. CSJN “Di Nunzio, Beatriz s/excarcelación”, D. 199 XXXIX del 3 de mayo de 2005).

Lo dicho tiene holgados fundamentos en el derecho que las partes tienen a las vías recursivas no sólo en el caso de existir condena (art. 14, ap. 5, PIDCYP), sino de hacerlo *durante el proceso* (cfr. art. 8, ap. 2, inc. h, CADH), *ante juez o tribunal superior*. De ahí que, como distinguiera en el fallo apuntado (aunque de otra especie o materia del que aquí se trata), la Corte Federal marcó esta diferencia aclarando que en ese caso la identidad ya existía toda vez que ya había intervenido previamente la Cámara de Apelación.

En el caso de autos, en cambio limitar la intervención al tribunal superior (Cámara Nacional de Casación) previo al ingreso del proceso a la etapa de juicio (Libro III, CPPN) “conlleva un excesivo formalismo del que podría resultar un serio menoscabo de los derechos constitucionales en que se funda el recurso” (cfr. consid. 12, párr. 3 del fallo apuntado).

La base o fundamento de ello “se encuentra en juego la interpretación de una norma procesal, es aplicable el principio con arreglo al cual las leyes deben interpretarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que la informan, de la manera que mejor se compadezcan y armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías constitucionales, en tanto con ello no se fuerce indebidamente la letra o el espíritu del precepto que rige el caso (Fallos: 256:24; 261:36; 307:843; 310:933 y sus citas)... incluso, que en casos no expresamente contemplados, ha de preferirse la inteligencia que favorece y no la que dificulte aquella armonía y los fines perseguidos por las reglas (Fallos: 303:1007, 1118 y 1403, entre otros)” (cfr. dictamen del señor Procurador General en Fallos: 319:585) (cfr. fallo “Di Nunzio”, consid. 12, párr. 4).

Para delimitar las cuestiones que se suscitan en el ámbito de la competencia de los tribunales y más precisamente en lo que respecta la competencia correccional me remito al precedente de la Corte Suprema “López, Esteban Emilio”, Fallos 316:1528.

A modo de ejemplo puede advertirse que, así como reiteradamente la Corte Federal ha sostenido que para cumplir con una verdadera revisión no debe atenderse a una distinción meramente formal en el nomen juris de las cuestiones expresadas en los agravios (cfr. CSJN, Recurso de hecho deducido por Ernesto Martínez Areco, del 25/10/2005, consid. 28), también ha dado pautas de la manera en que los recursos deben regularse o interpretarse, evitando su aplicación con rigor formalista. Si bien se trataba en otro tipo de vía impugnativa –la casación–, tales contenidos no están ajenos a la cuestión que aquí se trata (cfr. consid. 33 del fallo Martínez Areco citas que allí se hace de los informes 24/92 y 17/94 de la CIDH, entre otros).

Acorde con lo dicho (aunque en un tema diferente) la Cámara Nacional de Casación Penal en lo que a la materia de competencia se refiere ha resuelto que: “Siendo que en el caso de autos la causa no ha ingresado a la referida etapa plenaria, es la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, superior del juez que previno, quien debe resolver la cuestión negativa de competencia suscitada entre dos juzgados correccionales” (cfr. Sala III, “Schejter, Arnaldo s/comp.”, causa 5730 del 25/2/2005, en Boletín de Jurisp. 2005, primer trimestre).

En tal sentido, a fin de no vulnerar el derecho de esta parte corresponde se remita la causa a la Cámara de Apelaciones a fin de ejercer el derecho de defensa y expresar los agravios del caso.

Al respecto y volviendo al precedente ya consignado vale resaltar lo dicho en el sentido que “corresponde entonces, a los efectos de no contrariar el criterio explicitado, ni tampoco vulnerar los derechos del recurrente, remitir nuevamente las actuaciones a la instancia de origen, para que la defensa –a quien ya se le ha garantizado el derecho al recurso en la instancia de apelación– pueda ejercer sus derechos y agravios federales involucrados mediante el recurso correspondiente ante el tribunal intermedio; habilitándose a tal efecto los plazos pertinentes a partir de la notificación de la radicación de los autos en la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional...” (cfr. fallo Di Nunzio, consid. 16).

## VII. Fundamentos de la queja

Corresponde a este momento expositivo realizar la crítica a la resolución de fs. 198, por la cual la Sala VII de la Cámara Criminal y Correccional no hizo lugar al recurso de casación.

Como se señaló anteriormente, el recurso fue articulado en debido tiempo y forma sin que pueda ser en modo alguno atacado o rebatido en cuanto a su procedencia formal.

Cabe recordar entonces que la crítica ordenada de la resolución del *a quo* permite extraer las diversas conclusiones

partiendo que al rechazarse el recurso se utiliza un fundamento que escapa a su análisis por constituir un resorte exclusivo del Tribunal que deberá reexaminar el caso ya que la procedencia del recurso se sustenta en los motivos que contempla el artículo 456 del CPP. Con razón se afirma que “el examen debe limitarse a la procedencia o improcedencia de la casación desde el punto de vista puramente formal... con la sentencia se agota la potestad cognoscitiva de la Cámara de Juicio, y le está vedado un examen del fondo del asunto que constituye el objeto... no debe inmiscuirse en la exactitud del motivo aducido” (cfr. De La Rúa, *El Recurso de Casación*, Zavalía, p. 191).

Se trata –la casación– de una vía impugnativa para reparar un error jurídico de la sentencia o controlar su exactitud jurídica (cfr. D’Álora, Francisco, *Código Procesal Penal de la Nación. Comentado*, Abeledo Perrot, 1993, p. 465).

De ahí es que el rechazo del recurso en orden al argumento expuesto resulta por demás erróneo y ausente de fundamentos, ya que, existiendo un motivo normativamente contemplado por la ley procesal, bajo el pretexto de la interpretación que realiza la Cámara se impide el examen en la instancia. Esto no es más ni menos que privar al imputado de las vías recursivas expresamente consideradas y que garantizan no sólo el ejercicio de la doble instancia sino también el de defensa en juicio.

Si bien el Tribunal de mérito tiene la facultad de efectuar una primera revisión del recurso a fin de examinar si en su interposición se han observado las condiciones formales de tiempo y forma que la ley prevé, ello no implica que se convierta en juez de su propio fallo, sino que sólo participa en la habilitación de la instancia superior en la medida que el propio Código establece (cfr. Sala II, causa 38 “Guillén Varela”, CNCP, rta. del 23/9/1993).

Entendemos que la Excm. Cámara no logra refutar nuestros argumentos que, con génesis y fundamento constitucional expusimos al deducir el recurso.

No se discute en modo alguno que la vía de revisión de los jueces correccionales equiparados con los magistrados del debate es la Cámara de Casación justamente a partir de la etapa de citación a juicio, circunstancia diferente a la que aquí hemos propuesto. Precisamente no puede dejar de considerarse que el fallo citado por la Cámara (Sala I, causa 76, “Jajan, Emilio”, CNCP, rta. 4/2/1994) alude a la “citación a juicio” (art. 428, CPPN en delitos de acción privada) como límite de la vía recursiva casacional. Consecuentemente y trasladado al caso de autos, sin haber superado en autos a la citación a juicio la vía recursiva resulta ser en primer lugar la Cámara de Apelaciones como “órgano jurisdiccional jerárquicamente más elevado”, ello independientemente que sea la Cámara Nacional de Casación Penal el *superior tribunal de la causa* como instancia revisora de aquélla (CSJN, “Di Nunzio, Beatriz s/excarcelación”, citado).

Consecuentemente la interpretación a la cual razonablemente debe ajustarse el caso de autos es el tratamiento por parte de la Cámara de Apelaciones, toda vez que siguiendo lo aquí dicho y el artículo 24 del CPPN corresponde sea esa la Cámara que deberá intervenir en el presente recurso.

Tampoco, entendemos contestando la queja que formulamos, que la radicación de la causa ante un tribunal correccional encargado de celebrar el debate y no habiendo superado la citación a juicio no puede modificar el ámbito de competencia en materia recursiva. Lo contrario importaría neutralizar prácticamente luego del encarcelamiento preventivo o procesamiento toda otra intervención del órgano jurisdiccional “jerárquicamente más elevado”, es decir la Cámara de Apelaciones.

Es en este aspecto esencial que la declaración de inadmisibilidad debe estar precedida de sólidos argumentos con estricto apego a la norma del artículo 123 del Código Procesal Penal ya que de lo contrario el acceso a la instancia se convertiría en una ficción y un obstáculo formal para lograr que VV.EE. se avoquen al conocimiento del caso. La exigencia apuntada “estriba en el cabal funciona-

miento del estado de derecho y constituye una de las más preciadas garantías republicanas” (cfr. D’Álhora, *Código Procesal Penal de la Nación. Comentado*, cit., p. 135, comentario al art. 123).

Más allá de lo expuesto, vale mencionar también que “el doble examen del caso bajo juicio es el valor garantizado por la doble instancia de jurisdicción, doble instancia que es, al mismo tiempo, una garantía de legalidad y de responsabilidad contra la arbitrariedad” (cfr. Ferrajoli, Luigi, “Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia”, en *Crimen y Castigo*, año 1, n° 1, Cuaderno del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho, UBA, Depalma, agosto de 2001, p. 38).

El *acceso a la doble instancia reconoce base constitucional* al afirmar la Convención Americana sobre Derechos Humanos que: “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:... Derecho a recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior” (art. 8.2.h, CADH). De ahí que es fácilmente deducible que –a diferencia de otros tratados, la Convención hace referencia ampliamente al derecho al recurso más allá del carácter definitivo o no de la sentencia cuando indiscutiblemente alude al “proceso”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo: “el derecho previsto en el art. 8.2.h) requiere la disponibilidad de un recurso que al menos permita la revisión legal, por un tribunal superior, del fallo y de todos los autos procesales importantes” (cfr. Informe n° 55/97, caso 11.137 “Abella, Juan Carlos”, argentina, párr. 259 y 262, citado en *Revista de Derecho Penal*, Edgardo A. Donna (dir.), “Garantías constitucionales y nulidades procesales”, año 2001-1, Rubinzal Culzoni, p. 345).

Como lo consignamos anteriormente expresamos que los fallos “Fiscal c/Zingaretti, Trubiano y otros s/defraudación” F. 472. XXXIX del 01/11/2005 y en “Fiscal c/Vega, Adrián Raúl s/retención indebida”, F. 316.XXXIX del 20/12/2005 recientemente dictados, coinciden en la naturaleza del decisorio –como es el caso del aquí rechazado–, equiparable dado su repercusión, a una sentencia definitiva.

Por ello, procuro que VV.EE. declaren mal denegado el recurso y que, para mejor proveer, se ordene la remisión del expediente en forma inmediata (arts. 476 y 477, CPP).

### VIII. Petitorio

Por todo lo expuesto y de conformidad con los artículos 470, 471, 476, 477 y 478 del CPP, a VV.EE. respetuosamente solicito:

1) Se tenga por presentada esta queja en debido tiempo y legal forma contra la resolución que no hace lugar al recurso de casación de fecha 6 de febrero de 2007 en la causa

11.663 del Juzgado en lo Correccional n° 2, seguida contra CLAUDIO OHANESSIAN.

2) Se abra la queja respecto de los motivos rechazados y analizados en el *apartado VI* y, consecuentemente, se haga lugar al recurso de casación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 456, inciso 1 y 2 del CPP.

3) Hago expresa reserva del caso federal

por afectar garantías expresamente contempladas en la Constitución Nacional y en las normas de protección internacional de los derechos humanos contenidas en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

**Proveer de conformidad.**

**Será Justo.**

# Interpone recurso de casación

## **Sr. Juez de Ejecución:**

**Cristian Barranta**, Defensor Público Oficial ante ese Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 5 de San Martín, en el incidente de salidas transitorias formado en la causa 1418 seguida contra ROBERTO CARLOS SITKO, constituyendo domicilio en el despacho del señor Defensor Público Oficial ante la Excm. Cámara Nacional de Casación Penal, ante V. V. E. E. me presento y respetuosamente digo:

### **I. Objeto**

Que en legal tiempo y forma, de conformidad con lo normado por el artículo 463 y cc. del CPPN, vengo por el presente a interponer recurso de casación contra la resolución dictada por el Sr. Juez de Ejecución, notificada a esta defensa el 3/5/07, por la cual se dispuso: “///Martín, 25 de abril de 2007... 2°.- En cuanto a las solicitudes formuladas por el encausado para ampliar la duración de las salidas transitorias que le fueran otorgadas (*v. fs. 112 y 116/7*), *NO HA LUGAR*” (conf. fs. 122).

### **II. Procedencia formal del recurso**

El remedio procesal que se articula resulta formalmente procedente (art. 438 del CPPN), en tanto se interpone...

### **III. Finalidad del recurso**

La interposición de la presente vía recursiva aspira a demostrar frente a la Excm. Cámara Nacional de Casación Penal, que la citada resolución ha incurrido en la causal habilitante del presente remedio procesal, en referencia al motivo previsto en el artículo 456, inciso 2, del CPPN, y por ende debe ser descalificada como acto jurisdiccional válido, en tanto posee una motivación meramente fragmentaria y parcial que equivale a una privación de la debida fundamentación, que bajo pena de nulidad, exige el artículo 123 del CPPN, requisito que, a su vez, deviene propio de los actos de los órganos que integran los poderes de un Estado de Derecho (art. 1, CN), así como también condición ineludible de las garantías de debido proceso y defensa en juicio.



#### IV. Motivos de la impugnación

Como se anticipara, en los términos del artículo 456, inciso 2, del código de forma, la vía impugnativa se deduce por la inobservancia de las normas que el código adjetivo establece bajo pena de nulidad (art. 123), al considerarse que el decisorio puesto en crisis debe ser descalificado como acto jurisdiccional válido en tanto exhibe una motivación sólo fragmentaria puesto que ha omitido el tratamiento de la totalidad de los elementos y normativa involucrados en la recta solución de la encuesta planteada, lo que trae aparejada una privación de su fundamentación.

Lo expuesto, desde luego, sin desmedro de la alta consideración y respecto que guardo por el Sr. Juez de Ejecución.

#### V. Desarrollo de los motivos

Desde esta perspectiva, se impone recordar que mi ahijado procesal se encuentra actualmente detenido en la Unidad 25 del SPF ubicada en General Pico, provincia de La Pampa, gozando de su derecho a salidas transitorias de 24 horas (fs. 68). Mas como su familia se halla residiendo en la localidad de Río Cuarto, provincia de Córdoba, Sitko solicitó que a dichas salidas se les adunara el lapso que le insume el viaje desde su lugar de detención al domicilio de su familia y el del retorno a la Unidad (fs. 112, 116/7 y 130).

A fin de dar sustento a su solicitud mi asistido explicó que la ciudad de Río Cuarto se encuentra a una distancia de aproximadamente 360 km y que a su vez la terminal del ómnibus que utiliza para su traslado se halla bastante alejada de la Unidad 25.

Además, en respaldo de lo peticionado se adjuntaron al legajo distintos *informes de diferentes autoridades de la Institución del Servicio Penitenciario Federal* en la cual mi ahijado procesal cumple la pena que le fuera impuesta, *los cuales no sólo ratificaron los dichos de mi asistido, sino que aconsejaron se otorgara el plus de horas de viaje solicitado, destacando a tal efecto las excelentes calificaciones que exhibe Sitko, su permanente apego a las reglas impuestas y, obviamente, las condiciones reales en que sus salidas deben verificarse en el medio descripto* (fs. 107/108, 109, 110, 113, 114, 115, 118/119, 120, 131 y 132).

Sobre esta última cuestión explicaron que entre la ciudad de General Pico y la de Río Cuarto *sólo hay dos empresas que cubren el trayecto*. Por un lado, la empresa DUMAS CAT con frecuencia diaria de 23.30 hs y 23.55 hs, la cual en realidad tiene destino a la ciudad de Córdoba dejando al interno en la Ruta Nacional N° 8 a la altura de la rotonda de ingreso a Río Cuarto. Por otra parte, la empresa TUS que sale de General Pico los días lunes, miércoles, jueves y domingo a las 23 horas (fs. 107/8 y 113). *Por lo que el traslado entre los destinos involucrados y el correspondiente al que importa la dis-*

tancia entre el instituto y la terminal, insumirían a Sitko un total de 12 horas entre la ida y la vuelta (fs. 107/8, 113, 114 y 118). Al que, agrego, corresponde adunar el que demanda el trayecto entre la rotonda de entrada a Río Cuarto sobre la Ruta Nacional N° 8 y el domicilio de su familia.

Lamentablemente, la resolución atacada a los efectos de denegar el plus de viaje solicitado omitió toda consideración de las cuestiones apuntadas y se limitó a sostener escuetamente que no existían motivos que “autorizaran a apartarse de los límites impuestos por el art. 28, inciso I, apartado ‘b’, del decreto 396/99 en lo concerniente a la duración de cada egreso” (v. fs. 122).

Evidentemente, ante el detallado y fundado cuadro de situación *ut supra* explicado, lo afirmado por el Sr. Juez de ejecución aparece como una mera afirmación dogmática contrapuesta con la realidad de los sucesos verificados en la causa, omitiendo la ponderación sin dar razón alguna del examen de hechos pertinentes y determinantes para la recta solución del *thema decidendi* de autos, así como también de la aplicación de normativa de máxima jerarquía.

En efecto, la resolución recurrida –tal como se desprende de su mera lectura– ha omitido un análisis crítico, razonado y circunstanciado de las constancias del proceso. Así, pues en ningún momento se explicó ¿por qué? las razones alegadas por Sitko y respaldadas en un todo por las autoridades del SPF no autorizaban a conceder el plus de viaje solicitado ni de qué forma mantener dicho temperamento no obstaculizaba el normal tránsito de su tratamiento penitenciario de acuerdo con la finalidad de la pena (arts. 1 y 75, inc. 22, CN y 10.3, PIDCyP, así como también art. 1, ley 24.660).

Es que puede advertirse con meridiana claridad que el pronunciamiento cuestionado se ha limitado a un análisis meramente formal, en el que además de no cotejar el juego armónico de la normativa involucrada tampoco se expresa ni demuestra la ligazón racional de lo decidido con las razones objetivas y probadas dadas como basamento del planteo introducido.

Así las cosas, lo resuelto en el auto en crisis devino en su invalidez por incumplir con la manda de motivación impuesta por los artículos 123 del Código Procesal Penal de la Nación, impidiendo al justiciable y su defensa conocer las razones de tal aserto y, en consecuencia, formular las cuestiones que considere pertinentes, menoscabando de tal manera el debido proceso legal y el derecho de defensa en juicio.

En ese sentido, se impone sostener que es imposible pensar en una reinserción social si se agravaban las condiciones de detención del condenado al alejarlo de su familia o como sucede en autos tornando prácticamente en ilusorio su derecho a gozar de salidas transitorias por un lapso que efectivamente pueda resultar útil a los efectos de lograr el cometido prescripto por el artículo 16 de la ley 24.660, debiendo regir

el principio de humanidad, sin que sirva de pretexto un mero recurso ritual para desoír una realidad que indica sin lugar a discusiones que más del 50% del tiempo otorgado resulta destinado o consumido en el viaje de ida y vuelta entre los destinos involucrados.

Sobre ese piso de marcha, se impone destacar que lo hasta aquí expuesto no resulta una mera afirmación de parte o un intento defensivo por mejorar la situación de su asistido, sino que deviene un hecho acreditado y no discutido (en realidad siquiera tratado) en el auto en crisis.

En esa dirección, resulta menester indicar que todo lo aquí expuesto fue ratificado por el Servicio Penitenciario Federal, el cual no sólo da fe de las circunstancias apuntadas por Sitko, sino que previo análisis de sus respectivas instancias aconseja proveer favorablemente la solicitud de plus de horas de viaje reclamadas por el interno.

Así, la División Seguridad Interna manifestó que el interno desde su ingreso a este Establecimiento, se está adaptando al régimen imperante en esta unidad, respetando las normas y reglamentaciones vigentes... *Actualmente se encuentra usufructuando de los beneficios de las Salidas Transitorias de 24 horas otorgadas por el Juzgado actuante, sin horas de viaje, siendo que estas serían necesarias en virtud de la distancia que separa ambas ciudades General Pico a Río Cuarto (Provincia de Córdoba).* Respecto a lo solicitado por el interno causante esta instancia considera que el interno podría acceder al beneficio de las Salidas de 48 horas *más las horas de viaje*, siempre a consideración de las opiniones vertidas por las demás dependencias.

Según la División Educación y Formación Profesional expresó que *el interno causante posee estudios primarios completos. Actualmente se encuentra asistiendo al Curso de Computación y colabora con el taller de Braille ambos se dictan en esta sección. Esta instancia considera favorable el otorgamiento de la salidas solicitadas al igual que las horas de viaje para el usufructo de ellas.*

La División de Trabajo señaló que el interno se encuentra desempeñando tareas de mantenimiento en este establecimiento, cumpliendo con los horarios estipulados

como así también con las normas propias de la actividad que realiza. *Esta dependencia comparte la opinión vertida por la División Seguridad Interna.*

A su vez, la Sección de Asistencia Social fue contundente al indicar que el interno proviene de un hogar conformado legalmente, desintegrada por el fallecimiento de su progenitor. *Conforma grupo familiar propio con descendencia, su esposa, hijos, al igual que su familia de origen se encuentran domiciliados en la ciudad de Río Cuarto provincia de Córdoba donde el interno se está trasladando en sus Salidas Transitorias sito en Edmundo D'Amici Casa N° 17 Barrio Santa Teodora Río Cuarto.* Con respecto a lo solicitado por el interno *esta Instancia considera que podría ser beneficiado en sus Salidas Transitorias de 24 y 48 horas más las horas por viaje que cubra el trayecto entre General Pico y la ciudad de Río Cuarto de 250 km aproximadamente que le insumirían 12 horas entre ida y vuelta, destacándose que desde esta ciudad hay dos empresas que efectúan el recorrido General Pico-Córdoba, la Empresa Tus, sale de esta ciudad: lunes, miércoles, jueves y domingo a las 23 horas y Empresa Dumas todos los días a las 23:30 y 23:55 horas, Empresa que no entra a la ciudad de Río Cuarto, sólo para en la ruta.*

Por último la Dirección de Asistencia Médica y la Dirección hacen eco de las opiniones vertidas por las demás dependencias.

Así las cosas, en reiteradas ocasiones las autoridades del Consejo Correccional del Instituto Correccional Abierto de General Pico (U 25) por Unanimidad se expidieron en forma positiva en cuanto al beneficio solicitado por el interno condenado **ROBERTO CARLOS SITKO ESCUDERO** (conf. fs. 114 y 118).

Sentado lo expuesto, no puede soslayarse que el compromiso de la reinserción social, para que la pena sirva a la persona y no la persona a la pena, requiere que ésta tienda a reencontrar al hombre con su dignidad, lo que incluye necesariamente el contacto con la sociedad y, fundamentalmente, con sus familiares y seres queridos (cfr. Adler, Daniel, *Sobrepoblación carcelaria (bases ideológicas y propuestas de superpoblación)*, en AA.VV., CD y JP, n° 17, año IX, Buenos Aires, 2004, p. 424).

Dentro de este contexto, mantener el régimen otorgado sin disponer el plus de viaje solicitado provoca serias afectaciones a los derechos y garantías del interno, restringiendo o tornando meramente formal su contacto con su núcleo básico (esposa e hijos), familiares o allegados, lo que afecta la dignidad de la persona pues las relaciones con el exterior son una necesidad esencial de todo ser humano.

Es que la finalidad resocializadora de la ejecución de la pena tiene como una de sus principales aspiraciones la atenuación de la privación de la libertad, lo que se traduce en sentido positivo en la potenciación de los contactos exteriores.

Por el contrario, su reducción en la práctica, como sucede en el *sub examine*, incrementa gravemente los efectos desocializadores.

Además, en el supuesto de autos se ha vulnerado claramente el principio de *intrascendencia de la pena* previsto en el artículo 5.3 de la CADH que establece que aquella *no puede trascender de la persona del delincuente*, así como también el principio de igualdad ante la ley, pues se ha privado a la familia del interno a poder afianzar y mejorar sus lazos con éste en igualdad de condiciones con aquellos que tienen la posibilidad de tener a sus familiares detenidos en Unidades próximas a sus domicilio o con mayor oportunidades de medios de transporte; siendo del caso destacar que tal situación no resulta obviamente imputable al interno o su familia, sino que es el sistema penitenciario quien carece de unidades que puedan permitir superar la cuestión aquí suscitada sin merma para los derechos del condenado.

En definitiva, el plus de viaje deviene procedente para no tornar abstracta la finalidad de afianzamiento familiar que exhiben por ley las salidas transitorias a las que mi asistido, por su excelente comportamiento y cumplimiento de las reglas, se ha hecho acreedor; siendo que por las particularidades que se presentan en el caso de autos en virtud de la importante distancia entre el Instituto de detención y el domicilio de su familia, así como las precarias posibilidades de transporte de que dispone, todas estas cuestiones repito ajenas al condenado, lo decidido en el auto recurrido sin mediar análisis alguno de dichos extremos aparece claramente arbitrario y contrario al fin resocializador de la pena privativa de libertad consagrado por artículos 1 y 75, inciso 22, de la CN y 10.3 del PIDCyP, esto es normativa de jerarquía innegablemente superior a la que se citó como aparente fundamento de la denegatoria de lo solicitado.

Así, el decisorio puesto en crisis, debe ser descalificado como acto jurisdiccional válido, en tanto se encuentra privado de la fundamentación que exige, bajo pena de nulidad, el artículo 123 del CPPN y de esta forma conculcó las garantías defensa en juicio y debido proceso legal (art. 18 y 75 inc. 22, CN; art. 26, DADyDH; art. 10 y 11, inc. 1; art. 8, DUDH y PSJCR), toda vez que dicho pronunciamiento no constituyó

una fundada y razonada derivación del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas en la causa.

#### **VI. Aplicación pretendida**

En cumplimiento de la manda del artículo 463 del digesto ritual, vengo a expresar concretamente cual es la aplicación que se pretende.

En base al análisis precedente, pretendo que la Cámara Nacional de Casación Penal declare la nulidad (por aplicación de los arts. 123, 456 inciso 2do. y 457, todos del CPPN) del auto que no hace lugar al otorgamiento del plus de horas de viaje solicitado por Carlos Alberto Sitko, procediendo de conformidad con lo legislado por el artículo 471 del código de forma.

#### **VII. Reserva caso federal**

Habida cuenta que a lo largo de este escrito han sido puestas en cuestión garantí-

as de orden constitucional que hacen a debido proceso y a la defensa en juicio, así como también a la finalidad de la pena privativa de libertad hago expresa reserva del caso federal (art. 14, ley 48) para el supuesto de que la decisión que se adopte sea contraria a la pretendida por esta parte.

#### **VIII. Petitorio**

1. Se tenga por interpuesto el presente recurso de casación en tiempo y forma –conf. 463, CPPN–.

2. Lo declare, en el término de ley, concedido otorgándosele el trámite que regula los artículos 464 y siguientes del CPPN.

3. Se tenga presente la reserva indicada en el punto VII de esta articulación.

4. Se haga lugar al pedido de plus de horas de viaje solicitado.

**Proveer de conformidad,  
Será Justicia.**

## Programas de expansión del servicio y acceso a la justicia

---

### **Creación del Programa piloto para la asistencia jurídica a mujeres privadas de libertad**

Frente a la necesidad de reforzar la protección de los derechos de las mujeres privadas de su libertad, en particular en lo relacionado con la preservación de los vínculos con sus hijos, se propuso la instauración de un programa piloto que intente garantizar el acceso a la justicia de este grupo especialmente vulnerable. En esa orientación, por Resolución DGN N° 1966/07 del 20 de diciembre de 2007 se dispuso la creación, en el ámbito de la Secretaría General de Política Institucional, del *Programa piloto para la asistencia jurídica a mujeres privadas de libertad*, con la misión de brindar asesoramiento y asistencia jurídica en materia extrapenal a las mujeres detenidas, en coordinación permanente con los defensores públicos oficiales de la institución. El programa comenzó a funcionar en las Unidades N° 3 y N° 31 del Servicio Penitenciario Federal, y en virtud de los resultados que se obtengan, podrá extender su cobertura al resto de las Unidades.

### **Creación de la Coordinación de los Programas y Comisiones de la Defensoría General**

Teniendo en consideración la intensa labor de los Programas y Comisiones de protección de los sectores especialmente vulnerables de la Defensoría General de la Nación, se evidenció la conveniencia de asumir una coordinación continua de la actividad desarrollada, que procure contactos permanentes propiciando acciones conjuntas, a fin de unificar el análisis de cuestiones y su eventual comunicación institucional. Todo ello, no sólo a fin de evitar la superposición en las tareas emprendidas, sino a los efectos de contribuir a optimizar los recursos con los que este Ministerio Público de la Defensa debe afrontar sus funciones. Por tales motivos, por Resolución DGN N° 2069/07 se dispuso que se ejerza una coordinación general, continua, desde la Secretaría General de Política Institucional, con respecto a la actividad desarrollada por las Comisiones y Programas de la Defensoría General puestos en marcha a modo de concreción de políticas y mecanismos para efectivizar los derechos de los sectores más vulnerables de la población y favorecer el acceso a la justicia.

Se designó como coordinadora general a la Sra. Defensora Pública Oficial, Dra. María Fernanda López Puleio; integrando la coordinación las Dras. Florencia Plazas y María Florencia Andrada.

Los programas y comisiones a que hemos hecho referen-



cia son: *Comisión de cárceles; Comisión de seguimiento del tratamiento institucional de niñas, niños y adolescentes; Programa de atención a las problemáticas sociales y relaciones con la comunidad; Comisión para la asistencia integral y protección al migrante, refugiado y peticionante de refugio; Comisión de seguimiento del tratamiento institucional neuropsiquiátrico; Comisión sobre temáticas de género; Programa Piloto para la asistencia jurídica a mujeres privadas de libertad.*

Contacto: Tel: 4814-8486/8456; fandrada@mpd.gov.ar

## Recomendaciones generales

Con el objetivo de promover la labor de los defensores de manera coordinada y orientada a garantizar de manera efectiva los derechos de los asistidos de la defensa pública, se dictaron las siguientes recomendaciones generales.

### **Lineamientos generales orientados a la adopción de medidas de reaseguro para la preservación del derecho a la libertad de los asistidos**

Frente a la necesidad puesta de manifiesto por los defensores públicos oficiales de este Ministerio de realizar planteos novedosos y coordinados entre los magistrados de las distintas instancias tendentes a la preservación del derecho a la libertad inferido del estado de inocencia, dejando de lado la condición de “inexcarcelables” de ciertos delitos, mediante Resolución DGN N° 491/08 se establecieron lineamientos generales para la actuación de los defensores públicos orientada a la adopción de medidas de reaseguro del derecho citado.

Entre las consideraciones expuestas, se destacó la premisa que establece que la pena sólo puede ser aplicada después de un debido proceso legal y que, entonces, con anterioridad a la sentencia firme de condena debe imperar el estado de inocencia. Además, se enfatizó el carácter excepcional de toda medida que implique el encierro preventivo, conforme ha sido aceptado por la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional dominante.

Por su parte, se tuvo en cuenta el deber de este Ministerio Público de la Defensa de velar para que la tensión existente entre intereses estatales e individuales sea resuelta considerando la misión propia de los principios *pro libertate* y *pro homine*, en orden a asegurar la mayor eficacia a fin de proteger los derechos y libertades fundamentales con criterios de razonabilidad.

En tal virtud, mediante la resolución citada se dispuso recomendar a los defensores del fuero penal que arbitren los medios para efectuar, en sus respectivos ámbitos de compe-

tencia, planteos destinados a la preservación del derecho a la libertad inferido del estado de inocencia. Asimismo, se señaló la necesidad de: “1) impulsar la reducción de la aplicación del instituto de la prisión preventiva a su mínima expresión, 2) considerar como opción de carácter intermedio la aplicación amplia del arresto domiciliario, 3) promover la aplicación del instituto del habeas corpus, 4) incentivar la aplicación de sistemas institucionales de semi detención o de prisión discontinua, 5) enfatizar, especialmente en relación con las cuestiones atinentes a la libertad, la misión de la Defensa Pública Oficial en la utilización de mecanismos para obtener pronunciamientos judiciales en su debida temporalidad”. Por último, se indicó a los defensores que, con igual sentido y alcance, atiendan la situación de extrema vulnerabilidad que presentan los distintos colectivos de la población carcelaria y al plexo normativo vigente específico para cada uno de ellos (“menores de edad”; “mujeres”, “mujeres madres”; “extranjeras”). También, que se procure la comunicación de sus asistidos extranjeros con los respectivos consulados (Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; Opiniones Consultivas 16/99 y 18/2003 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Todo ello sin perjuicio de las diferentes aristas que frente al supuesto individual justifiquen la decisión del defensor interviniente basada en intereses particulares de sus asistidos en los supuestos concretos de asistencia técnica.

#### **Reaseguros de la voluntad recursiva de los defendidos en el ordenamiento interno con proyección a la protección internacional de sus derechos**

En el ámbito de la Defensoría General de la Nación, y en virtud de la actuación del *Programa para la Aplicación de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en el ámbito interno*, se trató la preocupación de los magistrados del Organismo con respecto a que cierta actividad o criterio de los defensores que actúan en otras instancias podrían suscitar perjuicio en el derecho a la defensa en juicio en ocasión de agotar los mecanismos para defenderse de resoluciones desfavorables. Ello dio lugar a la recomendación general contenida en la Resolución DGN N° 1219/07 orientada a la preservación de la voluntad recursiva de los defendidos frente a eventuales transgresiones a sus derechos fundamentales y a la evitación de la frustración de posibles denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación con el requisito formal de admisibilidad de agotamiento de los recursos internos.

### **Lineamientos generales respecto del ejercicio de la función de Defensor Especial en los términos del artículo 482 del Código Civil en las internaciones de los menores**

En los casos de internación de enfermos mentales no hay proceso de incapacidad, ni de inhabilitación, sino simplemente intento de mejorar la salud a través de una internación hospitalaria que debe ser controlada para que no se extienda más de lo necesario. Se trata de resolver legalmente la tensión que puede suscitarse entre el derecho a la salud mental y el derecho a la libertad ambulatoria del paciente afectado. La ley pone ese control a cargo de la figura de un Defensor Especial. En el tratamiento de la cuestión se consideró que tal figura es asimilable a la noción de curador, porque se pone a su cargo la defensa de los derechos de una persona que, al encontrarse privada de su libertad ambulatoria a causa de una enfermedad mental que requiere tratamiento con internación, tiene disminuido o alterado su discernimiento e interrumpida su comunicación normal con el mundo exterior; lo cual impide valerse por sí mismo en condiciones de cierta seguridad y eficacia. La función del defensor especial recae en el Curador Público y nada tiene que ver –por su especificidad con las inherentes a la patria potestad o a la tutela, institutos por los que se regula el régimen de representación de los menores, padezcan o no una internación psiquiátrica. El mentado funcionario deberá procurar que la internación no se extienda más de lo necesario, protegiendo los derechos fundamentales a la libertad ambulatoria y a la salud, y en caso de que verifique una violación a sus derechos, deberá brindarle la asistencia jurídica correspondiente. En el marco de estos fundamentos se dictó la Resolución DGN N° 1431/07 que determinó que “..de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico y los ‘Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental’, adoptados por la ONU en su resolución 46/119 del 17/12/1991, no corresponde distinguir entre adultos y niños, puesto que la finalidad del Defensor Especial no se condice con el ejercicio de la patria potestad, debiendo recaer sobre una persona idónea que no se halle afectada por las características de vínculo, como en el caso de los padres, y que pueda ejercer con objetividad las funciones que le competen al Defensor Especial, como lo es la representación del Curador Público”.

En virtud de ello, la Defensora General dispuso que los curadores públicos deberán intervenir en los casos que fueran designados por autoridad judicial, para ejercer la defensa especial prevista en el artículo 482 del Código Civil, en las internaciones psiquiátricas de los menores.

## Nuevos Convenios de cooperación suscritos por el Ministerio Público de la Defensa

---

### **Convenio entre la Defensoría General de la Nación y el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal**

El 17 de abril de 2008, la Sra. Defensora General de la Nación y el representante del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, frente a la necesidad de facilitar y garantizar el acceso igualitario a la justicia de los sectores especialmente vulnerables de la población, firmaron un acuerdo de colaboración con el objeto de establecer un mecanismo para la atención y derivación de casos de las personas que soliciten constituirse en parte querellante en los procesos penales y que no cuenten con recursos económicos suficientes para ello.

### **Convenio de Cooperación y Asistencia entre la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico de la Presidencia de la Nación y la Defensoría General de la Nación, suscripto el 11 de marzo de 2008**

El acuerdo tiene como objetivo el establecimiento de un marco de cooperación a los efectos de brindar atención terapéutica a personas drogodependientes mayores de 18 años de edad, refugiadas o solicitantes de refugio que cuenten con la asistencia de la *Comisión para la asistencia integral y protección al migrante, refugiado y peticionante de refugio* dependiente de la Defensoría General de la Nación, que cumplan con los siguientes requisitos: 1. Bajos recursos económicos del beneficiario o del grupo familiar, que no permitan afrontar los gastos de un tratamiento, en las condiciones dispuestas por la Resolución N° 885/01, con la excepción de contar con el Documento Nacional de Identidad. 2. Carecer de cobertura de Obra Social y/o Servicio Médico Privado.

## Nuevas actividades de intercambio de experiencias y proyectos aprobados en el marco del Programa Regional para la Cohesión Social, Proyecto EUROsociAL JUSTICIA

---

### **Inicio de la actividad de intercambio “El tratamiento de la infancia y la adolescencia por la Justicia”**

En el mes de febrero de 2008 se dio inicio a la actividad de intercambio de experiencias sobre “*El tratamiento de la infancia y la adolescencia por la Justicia*”, prevista en el marco del proyecto EUROsociAL JUSTICIA, en la que participan

como instituciones receptoras las defensorías públicas de las provincias de Entre Ríos, Córdoba, La Rioja, Salta, Santa Cruz y la Defensoría General de la Nación. Con ese fin, se llevó a cabo en el ámbito de la Defensoría General una reunión de trabajo en la que intervinieron la Dra. Sonia Chirinos, en representación del Ministerio de Justicia de España (como Institución ejecutora del proyecto), junto con magistrados y funcionarios de este Ministerio Público de la Defensa. La reunión se orientó a brindar un diagnóstico de situación con el objetivo de identificar las problemáticas específicas vinculadas con la protección jurídica de los niños, niñas y adolescentes y programar las futuras actividades. Con ese mismo sentido se llevaron a cabo diferentes talleres de trabajo en las provincias receptoras.

El proyecto de intercambio es financiado por el Programa Regional para la Cohesión Social, Proyecto EUROsociAL JUSTICIA, y tiene entre sus objetivos contribuir a la mejora de las actuaciones de los diferentes integrantes de los sistemas policiales, administrativos y judiciales con respecto a los niños, niñas y adolescentes en el marco de las normas nacionales e internacionales aprobadas en la materia.

#### **Participación del Ministerio Público de la Defensa en el Encuentro “Acercar la Justicia a los Ciudadanos: Por una Comunicación en Justicia Generadora de Cohesión Social”**

El encuentro se llevó a cabo en la ciudad de Lima, Perú, durante los días 21 al 23 de abril de 2008 y participaron representantes de las instituciones de los sistemas de justicia de Alemania, Argentina (entre las cuales se encontraba el Ministerio Público de la Defensa), Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, Guatemala, México, Nicaragua, Perú y Portugal. Entre las conclusiones alcanzadas en los talleres de trabajo, se acordó la necesidad de elaborar un documento que contenga una declaración de principios sobre políticas de comunicación orientadas a generar cohesión social y la creación de una red de comunicadores del sistema de justicia de los países latinoamericanos y europeos.

#### **Nueva actividad de intercambio aprobada sobre “Asistencia integral a las mujeres afectadas por la violencia de género”**

Teniendo en cuenta la importancia de incorporar nuevas herramientas para la protección de los derechos de las mujeres víctimas de violencia se solicitó a la Coordinación General de EUROsociAL JUSTICIA la aprobación de una actividad de intercambio de experiencias sobre Asistencia Integral a las mujeres afectadas por la violencia de género. Se propuso como instituciones executoras al Ministerio de Justicia y al Consejo General del Poder Judicial de España (observatorio

contra la violencia doméstica y de género); y como instituciones beneficiarias, además de la Defensoría General de la Nación, al Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Oficina de violencia); Ministerios de Justicia, Defensorías Generales y Poder Judicial de las Provincias del Chubut y de Salta.

Con fecha 16 de abril del corriente año desde la Unidad de Coordinación ejecutiva de EUROsociAL informaron a la Defensoría General de la Nación que la propuesta de intercambio formulada había sido seleccionada. Se espera dar inicio a las actividades en el mes de junio de 2008.