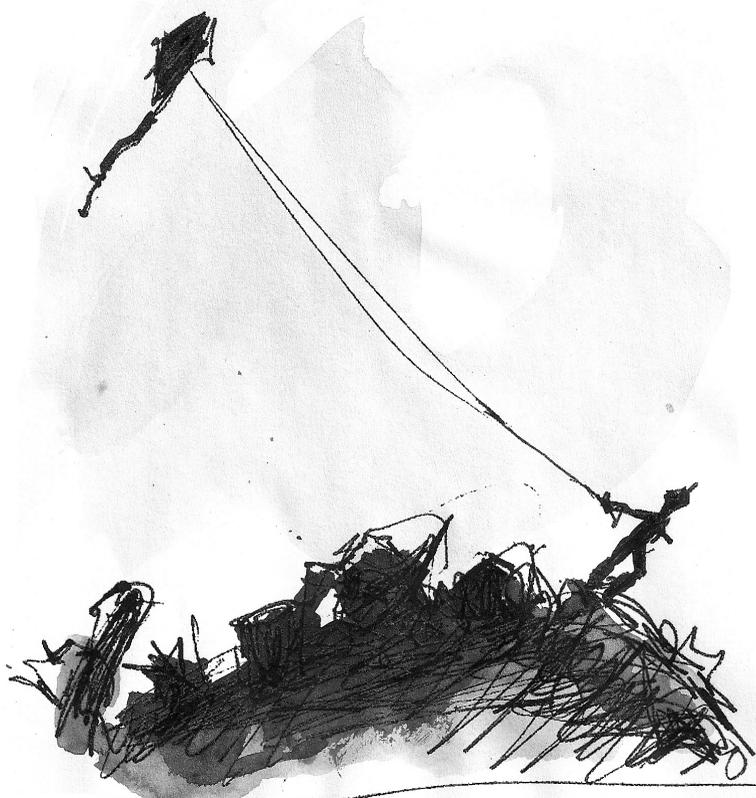


Año 1
NÚMERO 1
MARZO
DE 2011

Buenos Aires
Argentina

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA
DEFENSA PÚBLICA
DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES



Escriben

Dra. Alicia. E. C. Ruiz

Dra. Eleonora Devoto

Dra. Marcela Millán

Dr. Ricardo D. Smolianski

Dra. Liliana B. Costante

Dr. Demián Zayat y Dra. Victoria Ricciardi

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA
DEFENSA PÚBLICA
DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES



“Publicación propiedad del Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. República Argentina. Combate de los Pozos 155 (1079).”

“El contenido y las opiniones vertidas en cada uno de los artículos son de exclusiva responsabilidad de sus autores.”

ISSN 1853-5828

Año 1
NÚMERO 1
MARZO
DE 2011

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PÚBLICA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES


DIRECTOR

Mario Kestelboim

COMITÉ EDITORIAL

Dr. Víctor Abramovich
Dra. Bettina Castorino
Dra. Graciela Christe
Dr. Arístides Corti
Dr. Pedro Galín
Dr. Roberto Guinney
Dr. Mario Landaburu
Dra. Alicia Oliveira
Dr. Alejandro Slokar
Dr. Ricardo Smolianski





ÍNDICE

7 EDITORIAL

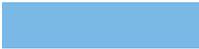
ARTÍCULOS

- 11** Dra. Alicia. E. C. Ruiz. “**Violencia y Vulnerabilidad**”
- 21** Dra. Eleonora Devoto. “**Aportes para un modelo penal consensual**”
- 37** Dra. Marcela Millán. “**Algunas reflexiones sobre la Mediación Penal**”
- 53** Dr. Ricardo D. Smolianski. “**Algunas reflexiones sobre el Ministerio Público Fiscal y el archivo regulado por los artículos 199 a 203 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**”
- 75** Dra. Liliana B. Costante. “**Sobre el Derecho Humano a la vivienda: a propósito del lamentable fallo del Tribunal Superior de Justicia en el caso ‘Alba Quintana’**”
- 103** Dr. Demián Zayat y Dra. Victoria Ricciardi. “**El derecho de defensa en los casos de usurpaciones en la Ciudad de Buenos Aires: un estudio empírico**”

ANEXO DOCUMENTAL

- 139** Presentación del Defensor General ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- 181** Respuesta del Tribunal Superior de Justicia. Expte.Nº 7892 – “Defensor General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por retardo, privación o denegación de justicia.” - 2 de marzo de 2011.

185 AGENDA





EDITORIAL

Mario Kestelboim

Defensor General de la CABA

La *Revista de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, cuyo primer número presentamos hoy, constituye una iniciativa destinada a desarrollar y fortalecer los vínculos del Ministerio Público de la Defensa con la comunidad en su conjunto, con el ámbito judicial, con los otros poderes del Estado de la Ciudad y con los sectores profesionales directa o indirectamente vinculados con sus actividades.

El propósito que anima esta nueva publicación es el de difundir aportes doctrinarios, comentarios, documentos, investigaciones e información sobre eventos y actividades, dentro del más amplio pluralismo de perspectivas teóricas y prácticas, que puedan resultar útiles para reflejar la labor, los debates y problemáticas de la tarea defensorista en la Ciudad de Buenos Aires. Esperamos, en este sentido, que los próximos números se nutran con las contribuciones de quienes compartan esta idea editorial.

Los últimos meses de actividad de la Defensa estuvieron signados por la problemática de la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires. La profundización de esta crisis que afecta a miles de personas, viene repercutiendo en el aumento de los desalojos promovidos por la actividad fiscal, suscitándose así la creciente preocupación por garantizar la plena eficacia de los derechos constitucionales de la población afectada. En este sentido, desde la Defensoría General se ha impulsado la producción de una importante cantidad de documentos, artículos y entrevistas destinados a recabar información y difundir la problemática.

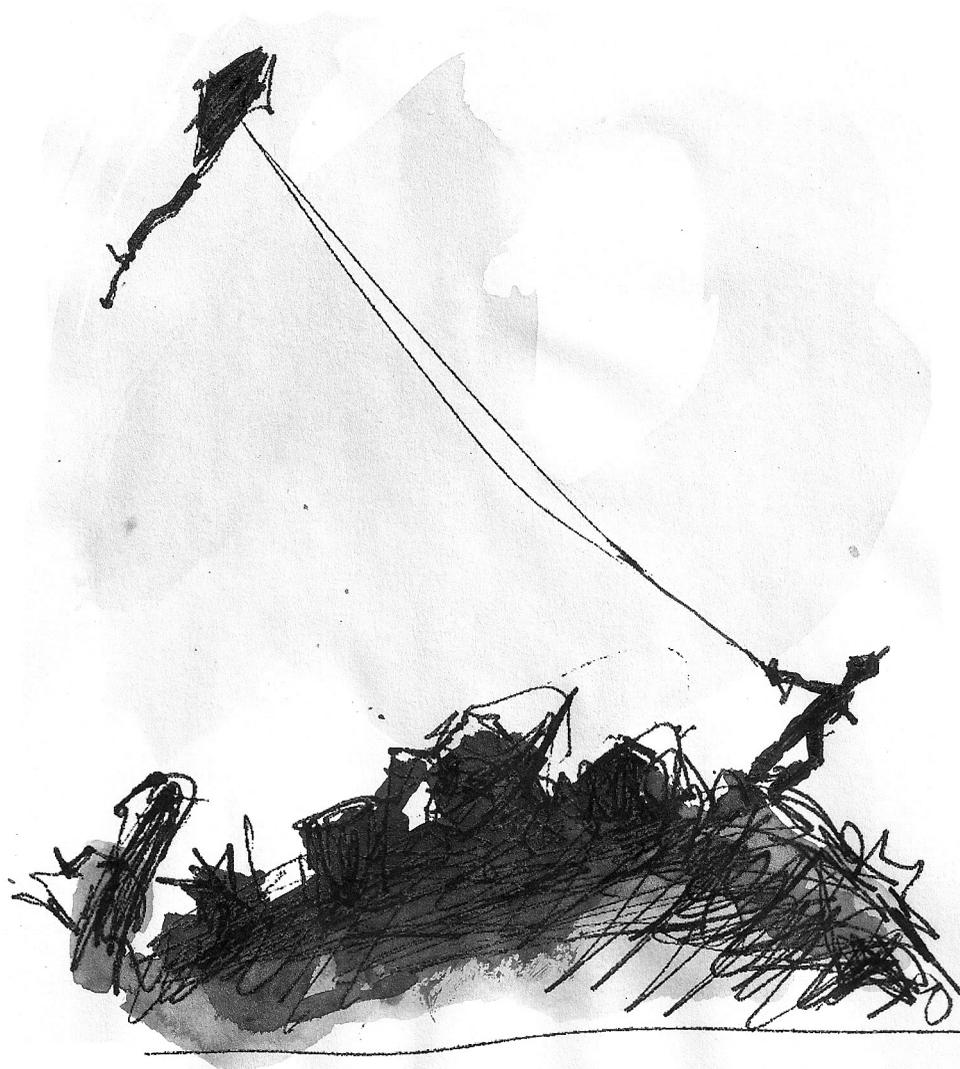
tica ante la dirigencia y la sociedad en su conjunto. Buena parte del material producido puede ser consultado en la página *web* de la Defensoría, formando parte de este primer número de la Revista el estudio titulado “El Derecho de Defensa en los casos de usurpación en la Ciudad de Buenos Aires”, investigación que posibilitara la detección de una severa restricción al derecho a la defensa en los casos de usurpación.

La información obtenida motivó la denuncia por privación de justicia ante el Tribunal Superior de Justicia, que forma parte de la presente publicación como Anexo documental. Del mismo modo y para que puedan sopesarse debidamente argumentos y posiciones, forma parte del mismo Anexo la sentencia por la cual el máximo tribunal de la Ciudad rechazara la petición de la Defensa. Creemos en la necesidad de volver público el debate jurídico sobre una problemática social que afecta a miles de habitantes en nuestra Ciudad.

Agradeciendo la participación de las autoras y autores que han acercado sus artículos, colaborando desinteresadamente con el emprendimiento que aquí presentamos, saludamos a nuestros lectores esperando que el material resulte de utilidad e interés. Serán bienvenidos todos aquellos comentarios y aportes que su lectura suscite.



Artículos



Niño montando barrilete . marzo 2011

Año 1
NÚMERO 1
MARZO
DE 2011

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PÚBLICA

Dra. Alicia E. C. Ruiz

Jueza Tribunal Superior de Justicia . Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Violencia y vulnerabilidad *

Qué violencia/violencias.

La opinión pública y muy especialmente el discurso *massmediático* han convertido a la violencia en un tema inexcusable. Estamos, nos dicen, rodeados, acosados por “los violentos” que escapan de sus rincones, de sus celdas, del brazo de la ley, y cuya amenaza paraliza a los buenos y honestos ciudadanos. Los “otros” (los enemigos) están cada vez más próximos y el Estado es impotente para dar protección. En esta imagen la violencia es sólo una, no hay distinciones, ni tipos ni matices. Un mundo social en blanco y negro: en una presentación apocalíptica el bien y el mal así enfrentados justifican, que ninguna norma jurídica deba ser respetada. Los “daños colaterales” son el mal menor frente a la amenaza de destrucción, y tanto las “garantías” como los “Derechos Humanos” cuestiones que en las actuales circunstancias pueden ser puestas a un costado para cuando lleguen tiempos mejores.

En este punto si uno se hace cargo de la gravedad del tema y de sus implicancias, pero no está dispuesto a dejarse llevar por la desesperación o por el pánico y repudia cualquier versión demagógica o maniquea del proceso social, hay que intentar “dar vuelta” la situación, ponerla “patas arriba” y tratar de ver más allá del límite trazado. Como advierte Zizek: “(...) el horror sobrecogedor de los actos violentos y la empatía con las víctimas funcionan sin excepción como un señuelo que nos impide pensar”.¹

“Tenemos muy presente que las constantes señales de violencia son actos de crimen y terror,

* La primera versión de este texto fue presentada en el III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, organizado por la Defensoría General de la Nación, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires los días 11, 12 y 13 de junio de 2008; y publicada en “Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia”; Ministerio Público de la Defensa, Editorial La Ley, 2008; I.S.B.N. 978-987-22522-1-2.

Una segunda versión abreviada fue leída en el “II Encuentro Análisis de las 100 Reglas de Brasilia por las Instituciones del Sistema de Justicia del Brasil, Argentina, Uruguay, Paraguay y Chile: Acceso a Justicia de Personas en Condiciones de Vulnerabilidad”, organizado por ILANUD, Naciones Unidas; Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, La Defensa de las Américas; el Ministerio Público de la Defensa de la República Argentina, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires celebrado los días 18, 19 y 20 de octubre en la Ciudad de Buenos Aires.

disturbios civiles, conflictos internacionales. Pero debemos aprender a distanciarnos, apartarnos del señuelo fascinante de esta violencia 'subjetiva', directamente visible, practicada por un agente al que podemos identificar al instante. Necesitamos percibir los contornos del trasfondo que generan tales arrebatos. Distanciarnos nos permitirá identificar una violencia que sostenga nuestros esfuerzos para luchar contra ella (...)"²

"La violencia subjetiva es la parte más visible de un triunvirato que incluye también dos tipos objetivos de violencia(...)" dice Zizek. A partir de este señalamiento distingue, por una parte, entre la forma más obvia de violencia objetiva que remite a las relaciones de dominación social reproducidas en las formas habituales del discurso y aquella otra "todavía más primaria" que depende del lenguaje y del universo de sentido que éste impone. Luego considera otra manifestación de la violencia objetiva a la que denomina "violencia sistémica" que define como "las consecuencias a menudo catastróficas del funcionamiento homogéneo de nuestros sistemas económico y político."³

Ambos tipos de violencia (subjetiva y objetiva), continúa, no pueden percibirse desde el mismo punto de vista: "(...) la violencia subjetiva se experimenta como tal en contraste con un fondo de nivel cero de violencia. Se ve como una perturbación del estado de cosas 'normal' y pacífico. Sin embargo, la violencia objetiva es precisamente la violencia inherente a este estado de cosas 'normal'. La violencia objetiva es invisible puesto que sostiene la normalidad de nivel cero contra lo que percibimos como subjetivamente violento. La violencia sistémica es por tanto algo como la 'materia oscura' de la física, la contraparte de una (en exceso) visible violencia subjetiva."⁴

La advertencia acerca de la imposibilidad del reconocimiento simultáneo de la violencia obje-

tiva y subjetiva explica por que en la denuncia cotidiana y en el imaginario social, los múltiples casos de violencia subjetiva son mencionados como anormalidades, excesos, despropósitos, horrores que vienen a alterar el "orden social establecido"; como patologías extrañas y ajenas a la forma de vida que "todos" compartimos.

"La oposición a toda forma de violencia - desde la directa y física (asesinato en masa, terror) a la violencia ideológica (racismo, odio, discriminación sexual)- parece ser la principal preocupación de la actitud liberal que predomina hoy. Hay una llamada de socorro que apoya tal discurso y eclipsa los demás puntos de vista: todo lo demás puede y debe esperar. ¿No hay algo sospechoso, sin duda sintomático, en este enfoque único centrado en la violencia subjetiva (la violencia de los agentes sociales, de los individuos malvados, de los aparatos disciplinados de represión o de las multitudes fanáticas? ¿No es un intento a la desesperada de distraer nuestra atención del auténtico problema, tapando otras formas de violencia y, por tanto, participando activamente en ellas?"⁵

Balibar, citado por Zizek, avanza en un camino similar cuando "(...) proporciona un caso ejemplar de esta interdependencia y distingue dos modos opuestos y complementarios de violencia excesiva: la violencia 'ultraobjetiva' o sistémica, inherente a las condiciones sociales del capitalismo global y que implica la creación 'automática' de individuos desechables y excluidos, desde los sin techo a los desempleados, y la violencia 'ultrasubjetiva' de los nuevos y emergentes 'fundamentalismos' éticos o religiosos, o ambos, en definitiva, racistas."⁶

El análisis de Zizek consiste en desplazar el eje de un "humanitario SOS" que clama por acabar con la violencia subjetiva (la más visible de las tres) hacia la compleja interacción entre

los diferentes modos de violencia que ha enumerado. Si el diagnóstico es acertado, las propuestas (algunas con notable éxito a partir de la década del `90) de ampliar sin tregua el campo del derecho penal están destinadas al fracaso. Esa “panpenalización” que no cesa de crear delitos, de hacer más rigurosas las sanciones, de aumentar el número de personas privadas de libertad en condiciones cada vez más terribles (para poner solo unos pocos ejemplos) no detendrá la espiral de violencia “subjetiva”. La destrucción del tejido social y la profundización de modelos autoritarios invisibilizará todavía más las formas de la violencia objetiva y la cesura entre incluidos y excluidos al interior de los Estados y a nivel global.

La búsqueda de otros caminos, que no se agote en un discurso exaltado pero poco eficaz, exige de los actores sociales interesados un compromiso significativo, que para algunos (entre los que me incluyo en mi doble condición de jueza y académica) quizás debería comenzar con una revisión de sus prácticas específicas y de los presupuestos teóricos y epistemológicos que las sustentan.

Mostraré más adelante que entre violencia y discurso jurídico hay un vínculo tan oscuro y complejo, que de “eso (el par Derecho - violencia) no se habla” en el campo de las teorías dominantes. Pese a tanto silencio, una de las caras de esa relación queda al descubierto. Al menos “oficialmente” en el Estado moderno, el Derecho es el discurso social que legitima o deslegitima procedimientos, actos, conductas individuales y/o colectivas implícita o explícitamente violentos, con los tremendos efectos que de esa clasificación se siguen. Para avanzar desde esta perspectiva, abordaré el problema del “acceso a la justicia”.

Asumir la vulnerabilidad.

El acceso a la justicia o “el agujero negro del sistema judicial” es un espacio por el que navegan muchas buenas conciencias como barcos a la deriva procurando llenar un vacío insondable en el que suelen naufragar los discursos garantistas.

El principio de igualdad consagrado unánimemente en las constituciones modernas y en los tratados internacionales implica en uno de sus sentidos posibles, que “todos” están bajo el paraguas salvador del Poder Judicial que debería protegerlos frente a la afectación de sus derechos, de cualquier derecho en cualquier circunstancia.

Ahora bien ¿quiénes son esos “todos”? En verdad, nada es como parece estar escrito en los textos referidos (las constituciones y los tratados). Son muchos, muchísimos los que esperan vanamente “ante las puertas de la ley” que su reclamo sea oído...y aún peor: los hay que ni siquiera saben adonde ir en busca de tutela, o que no tienen ninguna.

Entre los “todos” no están los pobres, ni los inmigrantes, ni los desocupados, ni aquellos a los que por su color de piel, por sus creencias religiosas, por su opción sexual, por su ideología política, por su adicción, por estar acusados de un delito o por haber sido condenados, por estar en prisión o por haber salido de ella, por estar enfermos sin atención o por haber sido aislados en una institución médica, por ser un niño o un adolescente con “problemas de conducta” o “en situación de calle”, o por... La lista sería interminable, en ella están los “desechables” (según Balibar), los excluidos, los negados, los perseguidos a los que justamente el Derecho debería amparar.

El horizonte luminoso de la igualdad es apenas perceptible. Una ilusión que sostiene malamente el imaginario de la modernidad frente a un mundo oscuro y opaco, habitado por individuos sin identidad ni reconocimiento, a los que se procura invisibilizar, desconocer y olvidar. Seres vulnerables de “vulnerabilidad extrema” hacia los cuales solo se dirigen, casi siempre y en el mejor de los casos, miradas indiferentes (encubiertas a veces de un manto de piedad definitivamente hipócrita) o disfrazadas bajo alguna forma de “asistencialismo”.

El acceso a la justicia es una vía que podría ampliar el campo de los incluidos pero, insisto la cuestión es compleja y paradójica. El acceso a la justicia involucra pero no se agota en el sistema judicial. Es un punto de fuerte entrelazamiento entre el Derecho y la democracia, que reclama una perspectiva crítica del Derecho y una concepción necesariamente distinta de la democracia, si se quiere superar el nivel de las reflexiones más habituales.

Dicho de otra manera, otro enfoque epistemológico respecto del acceso a la justicia es también una apuesta política por un futuro en el cual expresiones como “democracia” y “Derecho” adquieran sentidos distintos y más abarcadores que los que están en uso.

Algunos subrayados acerca de la democracia.

La democracia se distingue por la posibilidad del cuestionamiento ilimitado de su organización y de sus valores. Allí reside por un lado, la extrema e insalvable vulnerabilidad del sistema democrático y por otro, el vínculo indisoluble entre Derecho y democracia. El discurso del Derecho es el proveedor de seguridad y previsibilidad en un contexto que se organiza en torno a la incerteza y a la indeterminación, y satisface

ese papel efectiva pero “ilusoriamente”. Volveré sobre el Derecho en el próximo apartado.

La democracia supone incertidumbre y certidumbre. En cada momento, hay incertidumbre en cuanto al contenido de la voluntad popular, pero hay certidumbre en cuanto a que la democracia necesita de libertad e igualdad para afirmarse como tal, y para operar como regla de formación de esa misma voluntad popular.

La democracia coloca a los hombres y a sus instituciones ante lo que Lefort llama una indeterminación radical. Sin embargo, no hay sociedad democrática sin referencia al poder, a la ley, a alguna singular forma de organización de sus divisiones y a un orden de lo simbólico que gira en torno a la previsión y a la estabilidad de las relaciones sociales consagradas.

La democracia da legitimidad a lo provisorio, a lo cambiante, a lo imprevisible. Somete permanentemente la autoridad al juicio de todos. Exhibe la precariedad y los límites que la caracterizan y al mismo tiempo sorprendentemente afirma un plexo de valores como absolutos y de garantías y libertades como inviolables, articulando una serie de ilusiones que soportan la incerteza y la angustia provocadas por la carencia de un referente último.

La democracia es una forma histórica de organización política, cuyas notas más características han sido el estado de derecho, las garantías individuales, la soberanía popular, el derecho al disenso y a la desobediencia. Ella instaura un tipo de sociedad exige redefinir de manera permanente los lazos de solidaridad, en tanto se autoproclama como el espacio de expansión ilimitada, en un doble sentido, de la creatividad humana: más creatividad para más individuos.

Claro que esta afirmación se sitúa en el campo de la utopía, en el horizonte de los ideales democráticos, quiero decir en la imagen que la demo-

cracia tiene de sí misma y no en su efectiva realización. Porque es preciso señalar que, en los actuales límites de nuestra formación histórica y social, las condiciones necesarias -libertad e igualdad-, para la subsistencia, reproducción y radicalización del modelo democrático, están en crisis.

Un aspecto que siempre complica la caracterización del sistema democrático es cómo el poder opera en su interior, sin excesos ni privilegios (otra vez reaparece la imagen que la democracia desea ver de sí misma). Foucault señala que el poder "(...) no es una cosa, ni una institución ni una estructura de la que algunos estarían dotados. Es el nombre que se presta a una situación estratégica, en una sociedad dada (...)".⁷ Y Luhmann, sostiene que el poder "no es una esfera perfectamente autárquica, sino que depende de otros factores en todo lo que se refiere a las condiciones en que aquel puede realizarse, así como a las necesidades y pretensiones a que está unido"⁸, que el poder no es una sustancia concentrada en uno o más lugares topológicos determinados, sino un medio de comunicación dotado de un código simbólico específico que circula ampliamente por todos los subsistemas. No interesa, aquí, establecer ningún paralelismo entre Foucault y Luhmann, tarea más bien ardua como advierte Marramao⁹. Importa, en cambio, advertir que concepciones bien diferentes de lo social aunque igualmente distanciadas de los modos tradicionales de reflexionar sobre este tema, habilitan la construcción de nuevas teorías de la democracia y del Derecho.

Complejidad, fragmentación y violencia (en todas sus formas) caracterizan la sociedad de nuestros días y ninguna explicación lineal alcanza a dar cuenta de ellas. La miseria, el desempleo, las hambrunas, los migrantes que buscan refugio para sobrevivir en algún lugar del planeta, la crisis de la representación política,

la corrupción, los horrores y las amenazas de guerras no convencionales, los conflictos nacionales, étnicos y religiosos se expanden al mismo tiempo que aumentan las posibilidades de nuevas experiencias, de la diversificación del consumo y de la incontenible incorporación de tecnología que facilita la vinculación con el mundo y el acceso a la información.

Puntos de partida de una teoría crítica del discurso jurídico.

"Una teoría crítica del derecho es una lectura que cuestiona los fundamentos de lo que es el derecho y de lo que es una teoría acerca del derecho. Es una lectura que es al mismo tiempo una decisión.

Una lectura crítica no es, por definición, un ejemplo de lectura ingenua, no es una lectura a través de la cual se conoce lo que es como es. Esto de que haya algo que 'es lo que es', resulta inaceptable para un jurista crítico. En términos más clásicos, la afirmación de que las cosas son lo que son, de que es factible acceder a su esencia es incompatible con un pensamiento crítico."¹⁰

El Derecho es discurso y práctica social y no pura normatividad. No hay un mundo de valores inmutables, eternos y universales que definen cuándo una norma es jurídica ni una relación de derivación de una norma a otra que asegure su validez. La legitimidad no es idéntica a la validez, pero tampoco es la realización inevitable de un modelo axiológico ajeno al mundo social y político en el que se presenta. El discurso jurídico se construye en un entretendido de discursos sociales diversos, aludidos y eludidos en cada tramo de esa construcción, y no por azar. El Derecho no deviene ni de la pura razón, ni de dios. Forma parte de una cultura,

es contingente, cambiante y opaco. Las ficciones lo atraviesan y su trama es la de un relato peculiar que constituye realidades, relaciones, sujetos, que legitima o deslegitima pedazos del mundo, que “naturaliza” y declara verdaderos sólo aquellos que incluye en su texto de determinada manera. El Derecho tiene un vínculo con el poder y con la violencia (sobre todo con esta última) inescindible y necesariamente oculto. Por fin hay historia en el Derecho, y por eso el Derecho moderno que lleva las marcas del tiempo en que surgió, también metaboliza, modificándolas, las herencias recibidas, con lo cual desmiente toda lectura instrumentalista de su estructura.

La organización del discurso jurídico depende de un principio de control ubicado en otros discursos, en formaciones no discursivas, en instituciones, acontecimientos políticos, formas de distribución del poder social, pero su estructura impide advertir esta interrelación. El discurso jurídico encubre, desplaza y distorsiona el lugar del conflicto social, se instala como legitimador del poder, al que disfraza y torna neutral. Es un discurso que aparece como ordenado, coherente y racional, cuya regla básica de formación es aquella que determina quiénes “están autorizados” para imprimir sentido jurídico a sus actos o palabras. Esa “autorización” se plantea en términos de doble ficción: como si siempre fuera explícita y proviniera del propio discurso y como si su efecto significativo fuera únicamente producir normas. Doble ficción que ocupa el lugar de la verdad y genera desplazamiento.

Un “dibujo” de la matriz teórica del discurso jurídico permitiría distinguir entre un nivel en el cual se agruparían todas las operaciones discursivas y/o prácticas que producen normas, otro nivel de prácticas teóricas y profesionales y un tercer nivel que aloja la porción más negada, más oculta y cuya significación se

revela en los intercambios, articulaciones, intervenciones de unas operaciones discursivas respecto de otras. Allí descubrimos las creencias, los mitos, las ficciones en acción, allí está el imaginario social. “(...) el derecho... construye toda una ilusión, un mundo donde la realidad está desplazada y en su lugar se presenta otra imagen {como} real. Tan real que sólo cabe pensar, juzgar, actuar en consecuencia. Actuar como si... fuéramos libres e iguales; como si... contratáramos en cada oportunidad en paridad de condiciones con el otro; como si... conociéramos las normas que debemos conocer; como si... nunca incurriéramos en ‘error de derecho’. Juzgar como si... nuestra sentencia tuviera garantía de justicia y el fundamento de la verdad; como si... la realidad fuera lo que el discurso del derecho dice que es. Y lo más sorprendente de esta ilusión es otra ilusión que la acompaña; en la mayor parte de los casos no es a través de la exhibición, la amenaza o la efectivización de la violencia que el derecho produce tales efectos. Es que el derecho reprime muchas veces haciéndonos creer que estamos de acuerdo con ser reprimidos y censurados.”¹¹

Claro que el Derecho (la Ley) esconde su origen, no dice de dónde viene, “se ofrece rehusándose” y este silencio y esta discontinuidad constituyen el fenómeno de la ley. Hay que hacer como que la ley no tiene historia para que, el “debes” o el “no debes” imponga toda su fuerza. Cuando indagamos más el Derecho pierde algo de la magia que le es propio. O mejor, queda al desnudo y como un rey sin ropas la majestad que se le atribuye tambalea. Se trata de un discurso que paradójicamente, no solo legitima las relaciones de poder hegemónicas sino que puede contribuir a su transformación. De un discurso cargado de historicidad y de ideología, pero que no reproduce en forma mecánica la

estructura de la sociedad. De un discurso que deposita en el imaginario colectivo, las ficciones y los mitos que dan sentido a los actos reales de los hombres. De un discurso que remite para su comprensión al poder y, vuelvo a repetirlo, en última instancia, a la violencia. De un discurso que incluye a la ciencia que pretende explicarlo. De un discurso que es en sí mismo dispositivo de poder y que reserva su saber a unos pocos.

La estructura del discurso jurídico encubre, desplaza y distorsiona el lugar del conflicto social y permite al Derecho instalarse como legitimador del poder, al que disfraza y torna neutral. Parafraseando a Foucault, el poder es tolerable sólo con la condición de enmascarar una parte importante de sí mismo y el secreto no pertenece al orden del abuso sino que es indispensable para su funcionamiento.

El discurso del Derecho es ordenado y coherente. Desde ese orden y esa coherencia genera seguridad y confianza en aquellos a quienes su mensaje orienta. Es un discurso peculiar, que aparece como autosuficiente y autorregulado en su producción, y crea la impresión de que su origen y su organización sólo requieren de la Razón para ser aprehendidos, y que su modo de creación y aplicación depende exclusivamente de su forma. Es un discurso que, en una formidable construcción metonímica, exhibe uno de sus aspectos como si éste fuera la totalidad. Lo visible es la norma y, por ende, el Derecho es la "ley". Esta equívoca identificación del Derecho con la ley necesita ser asumida en toda su magnitud. No es por error, ignorancia o perversidad que el sentido común y la teoría jurídica han coincidido tantas veces en la historia de la ciencia y de la sociedad, en esa identificación del Derecho con la posibilidad de pensarlo separado de lo social y de lo ideológico.

Los críticos cuestionan a la tradición teórico-

jurídica que enfatizó los aspectos formales del Derecho, olvidando sus aspectos finalistas; que desconoció el fenómeno de su historicidad, de su articulación con los niveles de la ideología y del poder; y que negó toda científicidad a un análisis de la relación entre Derecho y Política. Sin embargo, no dejan de advertir que es la propia estructura del discurso jurídico la que enmascara y disimula al poder, y habilita las interpretaciones que garantizan ese ocultamiento y que contribuye a la preservación de la relación entre Derecho y poder.

El Derecho significa más que las palabras de ley. Organiza un conjunto complejo de mitos, ficciones, rituales y ceremonias, que tienden a fortalecer las creencias que él mismo inculca y fundamenta racionalmente, y que se vuelven condición necesaria de su efectividad. También la teoría deberá hacerse cargo de explicar esta curiosa combinación de la razón y del mito que es propia del Derecho moderno, que es, por otra parte, el horizonte histórico sobre el que estas notas se recortan.

El Derecho es un saber social diferenciado que atribuye a los juristas, los abogados, los jueces, los legisladores "(...) la tarea de pensar y actuar las formas de administración institucionalizadas, los procedimientos de control y regulación de las conductas. Ellos son los depositarios de un conocimiento técnico que es correlativo al desconocimiento de los legos sobre quienes recaen las consecuencias jurídicas del uso de tales instrumentos. El poder asentado en el conocimiento del modo de operar del derecho se ejerce, parcialmente, a través del desconocimiento generalizado de esos modos de operar y la preservación de ese poder está emparentada con la reproducción del efecto de desconocimiento (...) la opacidad del derecho es, pues, una demanda objetiva de la estructura del sistema y

tiende a escamotear el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos, con la finalidad de reproducir los mecanismos de la dominación social”.¹²

La teoría crítica ha priorizado el análisis de la paradojalidad de las ficciones sin las cuales el Derecho no se constituye como un discurso social específico que puede ser reconocido como distinto de la pura violencia, y de la que se distancia, para cumplir con su papel. En situaciones límite queda al descubierto cuánto hay de ilusorio en la justicia y en el orden que el discurso del Derecho promete. En esas circunstancias, la actuación judicial es significativa para la efectivización de los principios y las garantías consagrados en la ley. Esta es la clave que da sentido a lo que sino resultaría inexplicable: que pese a todo los ciudadanos reclamen a los jueces la tutela de sus derechos y que los tribunales puedan convertirse en obstáculos para la perpetuación de su violación. Claro que para esto los ciudadanos tienen, al menos, que poder acceder a la justicia.

Los vulnerables.

Quiero retomar ahora y en el marco de las precisiones introducidas en los apartados anteriores, el problema del “acceso a la justicia”.

Por un lado, para colocar en primer plano el papel simbólico del Derecho y la enorme responsabilidad de quienes disponen de este saber peculiar. Por otro, para analizar el “acceso a la justicia” como parte de una política pública antidiscriminatoria, cuya ejecución compromete al Estado y a cada uno de sus órganos y que no sea visualizada únicamente como un problema de los jueces.

Cuando el discurso jurídico instala la categoría de “vulnerable” o “en condiciones de vulnerabilidad” quiebra la igualdad formal de

los “todos” y amplía y transforma el campo de los sujetos de Derecho. Nombrar desde la “ley” -apelo a la metonimia como recurso retórico- las marcas estigmatizantes que operan desconociendo y negando identidad, es ir más allá de la denuncia. Nombrar desde la “ley” es poner en escena lo diferente, lo silenciado, lo negado y habilitar la participación de otros actores sociales, porque los sujetos son producidos mediante prácticas excluyentes y legitimadoras que se invisibilizan como tales, y entre las cuales las jurídicas son altamente eficaces en ese proceso de “naturalización”.

El Derecho moderno ha hecho suyo el problema de la igualdad. Y una vez que la igualdad entra en la historia, aunque como ficción, difícilmente sale de ella. De ahí que los temas de la ciudadanía y de los derechos se convierten en representaciones complejas de nuevas formas de sociabilidad, en las que cambia la semántica y donde los “espacios de experiencia” se transforman en “horizontes de expectativa”¹³

En sociedades donde las diferencias se acumulan como “reclamos de reconocimiento” y como “síntomas” de discriminación, el sentido de la igualdad no puede limitarse a la “igualdad ante la ley”. Sin embargo, el discurso jurídico por su carácter social y performativo es determinante aunque insuficiente, para constituir subjetividades y ampliar los espacios de “igualdad”.

Un texto sintomático: Las 100 Reglas de Brasilia.

La Cumbre Judicial Iberoamericana con la participación de las principales redes iberoamericanas de operadores y servidores del sistema judicial aprobó “Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad”. Alguien podría pensar

a esta altura: ¿qué puede un texto más frente a una realidad tan acuciante?.

Las Reglas imponen a los integrantes de los Poderes Judiciales de América Latina el deber insoslayable de “hacerse cargo” de que la edad, el sexo, el estado físico o mental, la discapacidad, la pertenencia a minorías o a comunidades indígenas, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, la privación de libertad, las condiciones socioeconómicas hacen vulnerables a millones de personas más allá de que el Derecho los declare iguales. Al mismo tiempo recomiendan la elaboración de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de quienes estén en situación de vulnerabilidad.

Esas 100 Reglas instauran nuevas formas de subjetividad y lo hacen a partir de poner en primer plano la discriminación, la fragmentación y la marginalidad. Es tanto como dar vuelta la noción de igualdad que la modernidad consagró para superar las diferencias más terribles que atraviesan el mundo social.

En los Capítulos II y III de las 100 Reglas están reunidos, de manera prolija y exhaustiva, mecanismos institucionales y procedimentales que pueden garantizar justicia para los más vulnerables. La serie de principios, criterios y especificaciones allí contenidos no aportan de masiadas novedades. Sin embargo, como el Derecho no es solo texto sino práctica social de dimensiones múltiples y muy diversos efectos, su enunciación en el marco de la Cumbre se torna relevante.

El documento aprobado, mirado desde otro ángulo, se resignifica notablemente y hasta permite albergar esperanzas en cuanto al compromiso y la comprensión de algunos operadores jurídicos.

Quienes promovieron y aprobaron las 100 Reglas parecen advertir el poder del que disponen como intérpretes privilegiados del De-

recho y están dispuestos a correr el riesgo que supone darse cuenta de que intervienen en la construcción del mundo social en el que viven, en la constitución de los más débiles como sujetos, en la definición (denuncia) de las discriminaciones que ellos padecen y en el diseño, desde su ámbito específico, de los caminos a recorrer para superarlas. Están dispuestos a abandonar una visión mecanicista del derecho, a ir más allá de la percepción y del lugar en el que habitualmente quedan colocados cuando, por ignorancia o por desidia, declaran lo que no hacen y obstan a la realización de los mismos principios que repiten. Son concientes de que solos no pueden llevar adelante esa tarea, y de que el discurso jurídico es condición necesaria pero no suficiente para que “la justicia” incluya a los vulnerables.

Asumir y superar la vulnerabilidad que niega a tantos el ingreso al rango de sujetos de derecho requiere la apertura a nuevos paradigmas epistemológicos para el discurso jurídico, conjuntamente con una radical profundización de las prácticas democráticas en los espacios públicos y privados (que debe abarcar a la justicia como órgano estatal), una participación activa y permanente del Estado a través de la formulación y ejecución políticas públicas inclusivas y de un Poder Judicial que no renuncie, bajo ninguna circunstancia, a su responsabilidad de controlar que las garantías no sean solo palabras.

En estos términos y como operador jurídico privilegiado (que eso somos los jueces) asumir la vulnerabilidad de “los más” es al mismo tiempo, enfrentar la violencia más invisibilizada, aquella que sostiene un mundo disgregado, que resguarda apenas las subjetividades de unos pocos y que promueve las formas más desesperadas de la violencia subjetiva, para volver a la distinción de Žižek con que inicié esta presentación.

Notas

¹ Zizek, Slavoj: *Sobre la violencia*, Buenos Aires, Paidós, 2009, p. 12.

² Ob. Cit; p. 10.

³ Ob. Cit; p. 11.

⁴ Ob. Cit; p. 10.

⁵ Ob. Cit; p. 21.

⁶ Ob. Cit; p. 25.

⁷ Foucault, Michel: *Historia de la sexualidad*, Tomo I, México, Siglo XXI, 1977.

⁸ Luhmann, Niklas: *Teoría de la sociedad*, México, Universidad de Guadalajara, 1993.

⁹ Marramao, Giacomo: "Las paradojas del universalismo", Buenos Aires, en *Sociedad* N° 4, 1994.

¹⁰ Ruiz, Alicia E. C.: "Miradas, Lecturas, Teorías", ponencia presentada en las *XXI Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social*, organizado por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho; Ciudad de Buenos Aires, Octubre de 2007

¹¹ Ruiz, Alicia E. C.: "La ilusión de lo jurídico" en *Aspectos ideológicos del discurso jurídico en Materiales para una teoría crítica del Derecho*, Parte II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.

¹² Cárcova, Carlos María: "La opacidad del derecho", en *Derecho, Política y Magistratura*, Buenos Aires, Biblos, 1996.

¹³ Resta, Eligio: "El derecho fraterno. Igualdad y diferencia en el sistema del derecho", en *Anales*, Cátedra Francisco Suárez, Granada, 1994.(s.e)

Dra. Eleonora Devoto

Defensora Pública Oficial ante la Cámara Nacional de Casación Penal Nº 1.

Aportes para un modelo penal consensual

A. Derecho penal alternativo y justicia restaurativa.

Hace ya mucho tiempo que me he abocado a analizar las posibilidades de delinear un modelo de Derecho penal distinto, que atenúe las carencias, injusticias y contradicciones del sistema que nos rige. Una de las objeciones más certeras dirigidas por los movimientos críticos al sistema penal es la de su carácter de expropiador de conflictos y, nadie podría dudar que en el largo tránsito existente entre la vigencia de la venganza privada y la pena estatal, el Estado sustrajo a los particulares su conflicto.

Es ostensible que en la mayor parte de hechos definidos como delitos subyace un diferendo entre el agresor y su víctima, el que a la hora de ingresar a la maquinaria policial-judicial se transforma en acciones típicas, sujetos pasivos y activos y, en fin, en requisitos de aplicación de pena que si bien pueden servir a la racionalidad en su imposición, lejos están de resolver el problema creado entre las partes. En tal dirección he encontrado que institutos en su momento novedosos, como la suspensión del juicio a prueba, podían ser funcionales a tal defecto expropiador de conflictos de la pena estatal.¹

Esta forma de abordar la criminalidad ha sido denominada por algunos autores y operadores “justicia restaurativa”, porque enfrenta el desarrollo y regulación del proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado, participan conjuntamente y de forma activa en

la resolución de cuestiones derivadas del delito, en busca de un resultado de composición, con o sin la participación de un facilitador.²

El resultado del proceso restaurativo sería un acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad, en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la sociedad.

Estos procesos “restaurativos” y resarcitorios, en general, exigen algunas características muy similares a las que en nuestro medio se asignan a la mediación en hipótesis delictivas, como por ejemplo el consentimiento libre y voluntario de la víctima y el imputado, acusado o sentenciado, de someter el conflicto a un proceso restaurativo. *Tanto la víctima como el imputado, acusado o sentenciado, podrán retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación.*

Por otro lado, se enfatiza en que los acuerdos que se alcancen deben contener condiciones razonables y, básicamente, proporcionadas al daño causado; ello se garantiza, habitualmente, a partir de la exigencia de que el imputado cuente siempre con un Defensor técnico, que lo asista en su “consentimiento informado”. Se agregan, por otro lado, garantías de tipo judicial, como, por ejemplo, las que aseguran que las admisiones de participación o culpabilidad vertidas en los encuentros no serán reconocidas en juicios posteriores, cuando no haya tenido éxito el proceso conciliatorio. Es decir, se afirma la confidencialidad de los procesos restaurativos y ello se traduce también en que el incumplimiento de las condiciones de un acuerdo nunca será utilizado para imponer o agravar una pena en un proceso jurisdiccional tradicional.

En estos casos, los operadores de la conciliación se suelen llamar facilitadores o mediadores

y corresponde a ellos y a los letrados intervinientes el deber de brindar información detallada acerca de las características y condiciones de los procesos restaurativos.

La justicia restaurativa tiene su origen en las comunidades indígenas, especialmente de Norte América y Nueva Zelanda. Las enseñanzas y tradiciones tribales sintetizan las prácticas que procuran la armonía en la sociedad. Se parte de la base de que, cuando se comete un hecho “inadecuado”, ese orden se rompe y necesita ser restaurado, no sólo por el infractor sino por la comunidad y sus víctimas.

En el Congreso Mundial sobre Mediación celebrado en octubre de este año 2010, sin embargo, se destacó que, en los últimos tiempos, se había producido una suerte de retirada de la justicia restaurativa. La Dra. Mylene Jaccoud, de Canadá, por la Universidad de Montreal, aportó un enfoque muy interesante respecto de la justicia restaurativa, a la que en principio, cuestionó como “nuevo” paradigma. También enfatizó en que a su ver ese modelo no representaba una ruptura con el paradigma tradicional. Básicamente, puede sintetizarse su aporte con esta conclusión: la justicia restaurativa, si bien implica una contribución innovadora, en los últimos tiempos ha debilitado su efecto superador.

La disertante reseñó las etapas principales de desarrollo del pensamiento criminológico y señaló como los efectos más interesantes de la llamada justicia restaurativa su aporte a la crítica de las instituciones represoras y al rechazo del objetivo retributivo. Estimó, también que la justicia restaurativa se nutre de movimientos ideológicos diversos, lo que conlleva a su dispersión. Esos movimientos guardan una diferente noción de crimen y, además, asignan a la justicia restaurativa distintos objetivos, definiciones y funciones en relación al sistema penal, por lo

que el modelo restaurativo se dispone de forma maximalista (supliendo al derecho penal), como su complemento o su alternativa, para contribuir a la descriminalización o la desjudicialización.

En definitiva, la Dra. Jaccoud introdujo una visión sólo relativamente esperanzadora del modelo restaurativo, básicamente por las dificultades para su avance en la aplicación al sistema penal.

El modelo que se propone comparte numerosas ideas con la justicia restaurativa, pero la conciliación entre las partes *es un resultado secundario- aunque valioso- de la adopción del sistema penal alternativo. Esto es: en la concepción del sistema que se aborda el valor principal constituye la morigeración de la irracionalidad de la pena estatal y la reducción de sus aspectos retributivo y preventivo general.* Ciertamente, el modelo afronta, además, las consecuencias secundarias y deseadas, relativas a la incorporación de la víctima, y la posible conciliación entre las partes del conflicto. Pero se destaca que, este reconocimiento de la víctima no se extiende a la aceptación de un rol acusatorio, en el sentido de que el damnificado tenga asignada, necesariamente, ni siquiera convenientemente, una pretensión punitiva.

B. Los presupuestos teóricos del modelo alternativo.

La temática que se expone refiere a la construcción de un modelo de derecho penal alternativo, que desde el punto de vista ideológico, puede definirse como “reduccionista- humanista”.

Tal calificación refiere a la adhesión a una concepción de derecho penal mínimo, subsidiario, de *ultima ratio*, y, básicamente, inspirada en la tradición humanista, de cuño iluminista, ratificada en la decisión nacional (de la Convención Constituyente del '94), de incorporar a la Cons-

titución los Pactos de Derechos Humanos suscriptos en el orden americano e internacional.

Cuando se hace referencia al modelo penal alternativo se está fijando, implícitamente, una posición legitimante del derecho penal. Se podría cuestionar, entonces, la calificación del paradigma como alternativo, en tanto implicaría la imposible contemporaneidad de ambas respuestas estatales. Puede que ello sea así en un sentido riguroso. Sin embargo, se ha elegido la denominación de *alternativo* porque parece, creo al menos, más reveladora y porque, además, en este modelo no se plantea la supresión del sistema tradicional. Ello es así ya que las herramientas del modelo llamado alternativo son facultativas, no obligatorias y en algunos casos no disponibles. Es que subsiste, como de fondo y en forma subsidiaria, el derecho penal tradicional, con sus características de tipicidad, *numerum clausum* y taxatividad, inexorable a la hora de legitimar la pena estatal. De manera que esta mirada no implica una postura abolicionista, sino reductora de la aplicación del derecho penal tradicional. Y es así, además, porque, en lo personal, asigno al derecho penal una función de prevención general negativa, *aunque relativa*, en cuanto me resisto a creer que tal es el objetivo exclusivo del derecho represor.

La construcción de este modelo exige el cumplimiento de varios requisitos convalidantes previos y la definición de su justificación teórica. También ofrece las herramientas del paradigma y se adelanta, por último, a las críticas que ya han generado algunas de las ideas y cuestiones que se sostienen en el presente trabajo.

Se entiende por modelo una organización o estructura, tendiente a explicitar algunas ideas relativas a la vigencia de un sistema penal que, en mi criterio ostenta, fallas de entidad suficiente como para justificar una búsqueda de cambio.

Frente a una realidad donde cabe ponderar al sistema penal como injusto, reconfigurador y antifuncional y a la cárcel (su columna vertebral), como excluyente, desocializadora y que “alimenta” el circuito criminal, cabe adherir a una posición que reivindique alguna porción de autonomía de la voluntad y, por ende, de reconocimiento de la dignidad humana.

La justificación de este paradigma tiene basamento en el fracaso del sistema penal tradicional, valoración negativa que también ha obedecido a la ausencia de verificación de los objetivos asignados a la pena de prisión, hoy, y desde hace siglos, su eje de funcionamiento. Esta afirmación puede enunciarse más allá de la eficacia del derecho penal como disuasorio. No es posible detectar, ciertamente, la magnitud del efecto reductor de la amenaza de pena, pero se presume el logro de tal función. Sin embargo puede asegurarse, también, que en la actualidad, se observa un aumento de la criminalidad, al menos en la fase de criminalización secundaria, extremo que permite reafirmar los escasos logros del sistema penal. Se entiende por tal (criminalización secundaria), por ejemplo, en la terminología de Zaffaroni³, a la modalidad del poder punitivo que selecciona a las personas que encuadran en los estereotipos criminales y que, por ello, son vulnerables.

Esto es, el despliegue de la acción punitiva se dirige básicamente a colectivos humanos predecibles por diversas razones, aún las relativas a aspectos no reconocidos, como las trazas o la pertenencia a zonas geográficas desfavorecidas. En cualquier caso, la selectividad necesaria que operan las agencias del sistema penal - especialmente las policiales - también se encuentra condicionada por variables que discurren por los políticos, las congregaciones religiosas, los medios y otros grupos de presión.

Se observa sin esfuerzo que la criminalización secundaria se dirige hacia el estereotipo del “delincuente”, que se construye con componentes racistas, etarios y aún estéticos⁴ y que, en cualquier caso, compromete a los más vulnerables.

Puede ser interesante observar que este plan de sistema penal alternativo preserva o, al menos morigerar, dos aspectos, respecto del modelo tradicional. En primer lugar, limita el efecto expropiatorio de la pena, señalamiento que el abolicionismo dirige al derecho penal tradicional, imputación, *por otro lado, no sólo cierta sino comprobable*.

En segundo lugar el modelo, nuevo en su forma de exposición, aspira a la resolución, o al menos su intento, de las situaciones problemáticas que subyacen detrás de las conductas definidas como delito. (Conflictos criminalizados)

Ello implica conmovir, de alguna manera, la concepción conservadora del derecho penal tradicional, en tanto sus fines ya no son solamente la retribución y la prevención, en sus diversas formas, sino la resolución de conflictos entre partes, especialmente cuando la afectación llamada delito no exorbita el interés de ellas, insubstanciando el interés público a resguardar.

El abordaje alternativo se dirige a explorar desde una perspectiva si se quiere ingenua (o al menos no erudita), acerca de la renuencia habitual a tratar los conflictos que dan origen a los procedimientos penales (y en su caso a la aplicación de penas, en general privativas de la libertad, efectiva o “en suspenso”) como lo que son: *conflictos entre personas que acuden en auxilio jurisdiccional a fin de poner fin, reparar o compensar los agravios a bienes jurídicos*. Y no necesariamente a castigar al agresor o a contribuir para que la sanción a él impuesta “sirva de ejemplo” que desaliente a otros sujetos (y en otras situaciones) a practicar conductas semejantes.

Una de las objeciones más certeras que le han dirigido los movimientos críticos al sistema penal es la de su carácter de expropiador de conflictos. Y nadie podría dudar que en el largo tránsito existente entre la vigencia de la venganza privada y la pena estatal el Estado sustrajo a los particulares su conflicto, porque es ostensible que, en la mayor parte de hechos definidos como delitos, subyace un diferendo entre el agresor y su víctima, el que a la hora de ingresar a la maquinaria policial-judicial se transforma en acciones típicas, sujetos pasivos y activos y, en fin, en requisitos de aplicación de pena que si bien pueden servir a la racionalidad en su imposición, lejos están de resolver el problema creado entre las partes

El objetivo “solucionador” se alejaba de los habitualmente asignados a la pena. Sin embargo, desde tiempo atrás, varios autores han tornado más compleja la significación de la respuesta estatal y han incluido otras motivaciones justificadoras, como por ejemplo, la prevención general positiva y dentro de ella, como una de sus herramientas, la reparación del daño, redefinida como instrumento de la prevención general de integración. En ese sentido, Roxin llamó “tercera vía” a esta respuesta estatal, la que junto a la pena y la medida de seguridad las sustituye o completa, morigerándolas, en los supuestos de criminalidad leve o media y grave respectivamente⁵.

Como tercer pilar atinente a la justificación teórica del modelo que se aborda, cabe citar la consideración de la víctima. Su calificación se enfoca, sin embargo, desde lugar diverso del que en su momento le asignaran la victimología y la victimodogmática, en tanto no se trata, en este caso mayormente, del rol que jugara la víctima en el episodio delictivo, sino del que puede desarrollar en el proceso o aún antes de él, para

evitarlo y llegar a una solución autocompuesta. (La historia de la victimología se inició a partir de la consideración de la tipología y la responsabilidad de la víctima en el hecho concreto, en los aportes de Von Hentig y Mendelshon respectivamente). La victimología, surgida a partir de los ´80 del siglo pasado, se ha preocupado mayormente, de los derechos y la asistencia a la víctima. En tal dirección, también se ha enfatizado en la utilización de tales intereses como fundantes de políticas de ley y orden⁶.

Es necesario advertir que en la comisión de un hecho definido como delito habitualmente se verifica un conflicto que genera un interés acotado a las partes. Un hurto, una lesión al vecino, un daño, un cheque sin fondo, al igual que una usurpación, estafa o amenaza habitualmente implican una conflictiva que resulta acotada al interés de los involucrados en él. Seguramente existe un interés general en la resolución del conflicto - porque este apunta a la paz social- pero tal interés general se agota en su propia solución entre partes. Y aparece secundario cómo se logre tal armonización, con tal de que se llegue a ella, salvo que se crea que la satisfacción de la víctima se reconoce en el “justo” castigo aplicado al autor, lo que es más que dudoso⁷. Pero hay, en cambio, algo indudable: la pena estatal no soluciona ningún conflicto entre las partes, por lo que su imposición en la modalidad tradicional sólo puede atender a finalidades diversas, las que han sido absolutamente frustradas en su aplicación.

Podríamos concluir, resumiendo, en que este modelo asume que el sistema penal tradicional expropia los conflictos entre partes y que, de adverso, pretende asignar al derecho penal también un objetivo de solución de conflictos, búsqueda de la armonía y paz social. Y para ello propone la valorización de la víctima, la incor-

poración fecunda de la reparación del daño en materia penal y la difuminación de las esferas de lo civil y lo penal.

C. La víctima y la noción del bien jurídico.

En tal dirección, es del caso comentar que, de adverso a lo sostenido por algunos autores, no existe, a mi ver, contradicción alguna entre la adopción de una concepción de derecho penal basado en el bien jurídico y que, también, repose en la consideración de la víctima. Si bien es muy claro que, históricamente, ella ha sido relegada, y su conflicto “confiscado”, ello no obedece a una sublimación del bien jurídico, sino, en todo caso, a una voracidad de poder por parte del Estado y a una sobrevaloración de la verdad real, por encima, ciertamente, de los derechos de la víctima. Pero es que, según mi enfoque, los derechos de la víctima coinciden con la protección del bien jurídico. Más allá, la ponderación jerárquica del interés público, la consideración del imputado y la del damnificado pueden variar según los tiempos. Pero entiendo erróneo atribuir la “desconsideración” de la víctima a la construcción o a una pretendida exaltación del bien jurídico. A mi ver, los modelos consensuales permiten resignificar la concepción supuestamente abstracta y cosificada, para algunos, de la víctima⁸. Se dice, que en la construcción del bien jurídico es la víctima de una construcción sin sustancia, pero, precisamente, cuando en el área procesal se le otorga injerencia, aparece encarnado el bien tutelado, en la pretensión de ella (la víctima).

D.

Por ello, este modelo valoriza el rol de las partes, dando respuesta a la renuencia habitual a tratar los conflictos que dan origen a los pro-

cedimientos penales (y en su caso a la aplicación de penas, en general privativas de la libertad, efectiva o de cumplimiento condicional) como lo que son: *conflictos entre personas que acuden en auxilio jurisdiccional a fin de poner fin, reparar o compensar los agravios a bienes jurídicos*. Y no necesariamente a castigar al agresor o a contribuir para que su ejemplo sirva para amedrentar a otros, frentes a diversas situaciones y circunstancias. Más allá de ello, es menester insistir una vez más en que las formas de apertura y modernización en modo alguno indican impunidad. Lo contrario: la convocatoria a las partes del conflicto, adecuadamente preservada por los órganos estatales, se encuentra en cuadratura con la impunidad, en alguna medida, representada por el alto nivel de prescripciones de la acción penal. Implican, en cambio, una legítima y activa modalidad de solución de situaciones problemáticas donde predominan componentes reparatorios, los que ciertamente no contrarían contenidos de prevención ni tampoco -ello, en definitiva parece imposible- de una medida de retribución.

Ello, y no la trascendencia de la noción de bien jurídico, es lo que ha ensombrecido, a mí entender, el papel de la víctima. A mi ver, no hay legitimación del sistema penal si este no se dirige a la protección subsidiaria de bienes jurídicos. Y tales bienes pertenecen, en la mayor parte de los casos, a personas de carne y hueso, víctimas. Cuando el Estado reivindica para sí la persecución de los infractores, puede actuar de dos maneras: como ha sido tradicionalmente, desatendiendo a la víctima, o asignando a esta un papel que tendrá distintos alcances, según los lineamientos trazados desde cada diseño constitucional-procesal. Así existirá una víctima punitiva, que se adhiera o aún superponga al acusador público, en busca de la aplicación de pena y otra

que intente la reparación y aún la conciliación a través de modalidades que podrían ser calificadas como modelos re-con (de respuestas compensatorias)⁹.

E. Las herramientas del modelo alternativo.

En la actualidad, la ciencia penal ha consentido traspasar su habitual rigidez y considerar otros métodos para alcanzar mejores logros. Se ha permitido incorporar alternativas de conciliación y mediación y, para ello ha debido flexibilizar el “todo autoritario penal” para dar cabida a alguna medida de autonomía de la voluntad. Autonomía de la voluntad de los imputados y de las víctimas. Composición del conflicto que incluye el reconocimiento de la dignidad humana.

El primero, cronológicamente hablando, fue la suspensión del juicio a prueba (1994). Posteriormente, la ley que reformó el título de los delitos contra la honestidad (que a partir de entonces se retituló como “delitos contra la integridad sexual”), incorporó el instituto del avenimiento. Ello en el orden nacional.

Luego iniciaron las experiencias de mediación pretoriana, especialmente en la provincias de Buenos Aires, y después las normativas respectivas en las provincias de Chaco, Río Negro y Corrientes. También se incrementaron las normas respectivas en los códigos procesales de provincia.

La mediación en hipótesis delictivas y contravencionales se inscribe en una concepción crítica del sistema penal, que básicamente denuncia esa distancia entre la pena estatal y el conflicto entablado entre partes y como una de sus herramientas superadoras. *No se trata ciertamente de extender la alternativa de resolución de conflictos a hipótesis delictivas como su “apéndice penal”. Se trata, en cambio, de formular un modelo penal diverso, más*

racional, y aceptar a la mediación como uno de sus instrumentos útiles.

Desde tal enfoque, deberían adaptarse las características de la mediación, por lo que la *ciencia penal puede reclamar para sí su redefinición*. Quiero decir que no parece posible entender la mediación en casos penales sin un conocimiento integral de la materia penal y contravencional, procesal penal, política criminal y criminología. Y que la mediación en cuestiones penales no debería desvincularse de su justificación teórica, como tampoco debería servir exclusivamente -ni siquiera primariamente- a efectos utilitarios, como puede ser la disminución del volumen de litigiosidad. La seriedad de la cuestión penal -real o simbólica- exige una minuciosa consideración de sus razones justificadoras y, en todo caso, cualquiera que sea la forma que adquiera la injerencia estatal sobre los habitantes, ella exige inexorablemente su apreciación racional. Y cualquier justificación, en tanto implica la respuesta a una cuestión por siglos definida como “penal” debe provenir de la vertiente jurídico-penal (a menos que se opte por posiciones abolicionistas, ajenas al contexto de la actual realidad).

En la actualidad, varias provincias como Neuquén, Chubut, Chaco, Buenos Aires entre otras, la han incorporado en sus legislaciones en forma más o menos amplia. Tal situación nos plantea la consideración de la conveniencia de su introducción legislativa en el plano nacional.

Existen hoy, también, proyectos de reforma dirigidos a la inclusión normativa de la mediación en materia penal en el ámbito nacional. He advertido en algunos de ellos más una voluntad de incorporación de la mediación como técnica que sirve a la resolución alternativa de los conflictos que como una manera de “racionalizar” el sistema penal. Esto significa mayormente la

co-existencia de la técnica conciliatoria con la imposición de pena. *Como ejemplo baste decir que si se limita la incorporación de la mediación a los supuestos de delitos de acción privada o dependientes de instancia privada se avanzará muy poco, ciertamente y sólo facilitaremos la difusión de la mediación; pero no evitaremos más imposición de penas, con lo que esto conlleva de más estigma, más marginación y más injerencia estatal deslegitimada.* De ese modo se dará, quizás, alguna respuesta a las víctimas pero nada se hará respecto de evitación de la pena y el imputado, que no puede soslayar la sanción penal, no será el real protagonista de la solución del conflicto. Y no se hará más porque ya, hoy, la persecución estatal de estos delitos depende de la autonomía de la voluntad de los damnificados (delitos dependientes de acción privada).

En mi opinión, no es adecuado incluir, dentro del universo de aplicación de mediación, los casos que pueden ser desestimados por inexistencia de delito o no admisibles por defectos formales, *y en los que la mediación solamente resulte útil para mejorar la relación entre las partes implicadas. Y ello es así porque, se repite, no se trata, básicamente, de ampliar el control social, sino de tornar el sistema penal más racional y morigerar su carácter estigmatizante.* De modo que la aplicación de estos institutos, en materia penal o contravencional, exige la existencia de una hipótesis de delito o contravención de persecución vigente, que la legitime.

Tampoco parece ideal el ingreso de la mediación a través del principio de oportunidad reglado. Y ello es así, no sólo porque no conviene reglamentar demasiado en estos casos sino, básicamente, porque más allá del profundo análisis que de ellos pueda ser recreado, lo cierto es que los últimos congresos de derecho procesal han concluido en que las cuestiones relativas al ejercicio de la acción penal constituyen materia no delegada al gobierno central y consecuente-

mente, de resorte de las provincias, más allá de su inclusión en el Código Penal y su consecuente vigencia actual en el orden nacional (derecho procesal constitucional). *Y por ende, no parece estratégico ni conveniente agregar al código de fondo una normativa respecto de la cual no existe consenso en el saber jurídico procesal actual.*

Desde otra perspectiva, cabe recordar que algunos jueces del sistema de justicia nacional de la Capital Federal que, en el pasado próximo, aplicaron más o menos informalmente mediación en cuestiones penales, no aceptarían prolongar su empleo sin algún sustento normativo y, en tal sentido, no puede soslayarse que en marzo de 2001, la mayoría de los integrantes de la Cámara del Crimen de la Ciudad de Buenos Aires rechazó la inclusión de la mediación en razón, principalmente, de la ausencia de previsión legislativa.

Entonces, puede concluirse que, quizás la mejor vía de acceso al instituto presentado sea su mención genérica, de tipo “marco”, que por un lado, legalice el instituto y, por otro, evite la deslegitimación de las variadas formas de mediación que en la actualidad se practican a lo largo del país.

Durante las Segundas Jornadas de Mediación y Delito celebradas en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa se aprobó una conclusión que recomendó la inclusión de la figura del *avenimiento* -ya vigente para los delitos contra la integridad sexual- como forma de extinguir la acción penal en delitos en general. *Tal fue el producto de una profunda reflexión de operadores pertenecientes a distintos ámbitos como la Defensa Pública, los Ministerios Públicos Fiscales de la Nación, la Ciudad de Buenos Aires, de varios Departamentos Judiciales de la provincia de Buenos Aires y jueces pertenecientes al Poder Judicial de la Nación.*

Quizá el mérito mayor de la llegada de la mediación al ámbito penal pueda inscribirse en la consideración de la *autonomía de la voluntad*, que sencillamente deriva de la consideración de la dignidad del hombre. Pero la mediación no es una religión y no servirá en todos los casos, ni siquiera a la totalidad de aquellos en que no aparece exorbitado el interés exclusivo de los particulares en el conflicto definido como delito. Siempre habrá víctimas e imputados displicentes, remisos y recalcitrantes en la alimentación del conflicto, que para algunos, se convierte en una suerte de *leitmotiv* de sus vidas. Y también, habrá quienes no cumplan con los compromisos adquiridos y las reglas impuestas, por lo que la acusación pública, y eventualmente la particular, podrán reclamar la iniciación de un proceso judicial común.

Es previsible que cualquier inclusión de la mediación en la normativa nacional pueda generar voces de rechazo, las que la más de las veces provendrán o del desconocimiento profundo de la cuestión o de la concepción más tradicional, en el sentido de concebir al derecho penal como sólo justificado en la retribución o la prevención general. Frente a la primera situación es posible el mayor esclarecimiento y el ofrecimiento de mostrar las, hoy ya plurales, experiencias vigentes en nuestro medio (y en el derecho comparado).

Frente a las posiciones que he llamado tradicionales es poco lo que puede intentarse, más que la propia exhibición de un sistema penal injusto, desigual y claramente incapaz de cumplir objetivos racionales, como no sea “sacar de circulación” a sujetos más o menos definidos como peligrosos, los que volverán a una comunidad igualmente injusta con más el estigma de su calidad de “ex-convictos”, ali-

mentada en el convencimiento de que nuestras cárceles (y también las comisarías) son sitios claramente criminógenos.

F. Las herramientas del consenso en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires contempla la conciliación y la autocomposición, instrumentos sin duda funcionales al modelo alternativo, en tanto incluyen las ideas básicas que aquí se han expuesto: búsqueda de resolución del conflicto generador de la contravención, reparación del daño causado y exclusión de aplicación en casos en que se encuentre afectado un interés público o de terceros. Es adecuado, en la articulación del instituto, el cuidado por preservar la igualdad ente las partes.

Es interesante, asimismo, la ubicación de la mediación en el proceso de conciliación, y ello es así porque se asigna a ella el papel de facilitadora de la autocomposición.

También se prevé la suspensión del juicio a prueba y es notable la aplicación del instituto sin distinción de la calidad o la gravedad de las infracciones. En lo demás, no difiere en medida importante del sistema nacional.

En relación al Código de procedimiento se citan las llamadas “vías alternativas”, que incluyen el *avenimiento* y la propuesta de otras soluciones alternativas de conflictos, tantos en los casos de acciones dependientes de instancia privada como *pública*, en los casos en que pueda arribarse a una solución entre para las partes, invitándolos a recurrir a una instancia oficial de mediación o composición.

También el nuevo código de procedimientos prevé disposiciones específicas para la suspensión del juicio a prueba, dirigidas a facilitar la utilización del instituto.

G. Algunas cuestiones actuales relativas a herramientas del consenso en el ámbito del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires.

1. La controversia generada en la Ciudad respecto de la constitucionalidad de la mediación.

En 2009 el Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires puso en jaque la validez de la mediación en materia penal y contravencional. Las tres salas de la Cámara, en sendos pronunciamientos, estimaron en muy mínima síntesis, que no era posible admitir una diversidad procesal tal que permitiera una desigual aplicación de los códigos de fondo, ya que “es inicuo que cuando en iguales circunstancias alguien comete una conducta prohibida y penada según una misma norma, por el hecho de estar a un lado de un río no pueda ser judicialmente perseguido, en tanto lo sea del otro lado, en razón de que la acción penal no sea pública de éste y lo sea de aquél, sin que ello implique una franca y abierta violación al principio de igualdad ante la ley... (Zaffaroni, Eugenio Raúl: *Tratado de Derecho penal, Tomo I*, Buenos Aires, 1980, pp. 197/198).”¹⁰

Por otro lado se entendió que la disposición de la acción penal que conlleva el instituto de mediación, prevista en el Art. 204 del CPP de la CABA, implica una vulneración a lo dispuesto en el Art. 59 del Código Penal que determina las causas de extinción de la acción penal. En definitiva, los jueces de las tres salas de la Cámara de la Ciudad, con excepción de la Dra. Manes, estimaron que el instituto mostraba contornos difusos, que no existía regulación precisa de los casos que podían ser “mediables”, salvo los supuestos expresamente previstos. Se consideró, además, que el instituto carecía de me-

canismos de control, que no se preveía el consentimiento informado y, que tal vacío legal, no podía ser suplido por el Poder Judicial.

En definitiva, se entendió que la mediación penal incorporada en el Art. 204 inc. 2 CPP de la Ciudad de Buenos Aires incluía un criterio de oportunidad absolutamente discrecional por parte del Ministerio Público Fiscal y el vacío reglamentario que existe en la materia, sólo puede ser completado por el legislador. Se comenta que existe hoy un proyecto de ley de mediación en hipótesis delictivas para la Ciudad.

Sólo el voto de la Dra. Manes, en el antecedente Acevedo, Roberto Miguel y otra, Sala III, del 29-9-2009, disintió con la inconstitucionalidad del instituto, sobre la base de reivindicar - aspecto de su criterio que en lo personal estimo más valiosa, conforme lo que vengo diciendo- que uno de los principios fundamentales de esta vía de solución alternativa de los conflictos penales es el de la voluntariedad de la participación de las partes en el proceso de mediación penal, más allá de la necesaria igualdad, reciprocidad y la presencia de un mediador bien formado en la materia penal, que debe ser neutro o imparcial.

En su voto disidente, la magistrada expuso: “(...)Vale recalcar que lo importante es que el imputado tenga efectivamente una opción: ir a juicio o ir a un proceso de mediación; y que esta opción no se vea afectada por presiones ilegítimas sobre el imputado con el fin de obtener su participación en el proceso de mediación (CRAWFORD, Adam: “*Salient Themes Towards a Victim Perspective and the Limitations of Restorative Justice: Some Concluding Comments*” en Adam Crawford and Jo Goodey (eds.) *Integrating a Victim Perspective within Criminal Justice: International Debates*, Ashgate, Aldershot, 2000, p. 285-310)”.

Y en punto a la pretensión de agravio constitucional, estimó “(...) Justamente la inclusión

de la mediación penal en el ordenamiento adjetivo local responde a un nuevo paradigma tendiente a la reivindicación de la víctima, siendo una consecuencia directa del principio acusatorio y de una estructura adversarial del juicio, que exige la presencia de sus reales protagonistas, relegitimando su rol en la decisión sobre la suerte del proceso (...) De este modo, las disposiciones procesales del Código Penal no son inconstitucionales, a condición de ser entendidas como garantías mínimas propias de un marco que las leyes procesales pueden superar y perfeccionar (conf. Zaffaroni, Alagia, Slokar, ob. cit. p. 160)".

Poco tiempo después, sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia, en el antecedente *Del Tronco, Nicolás s/ infr. Art. 184 inc. 5 CP* consideró arbitraria la decisión de la Cámara que en sus tres salas declaró la inconstitucionalidad de la mediación y sostuvo, resumidamente, que la inconstitucionalidad declarada afectaba el principio de imparcialidad -al declarar la no asequibilidad de una norma sin fundamentos válidos, de oficio, sin sustanciación y en abstracto, ello porque en el caso no se había acordado la mediación-. Igualmente cuestionó la decisión por lesionar el principio federal en cuanto a las facultades legislativas y jurisdiccionales de los estados locales para administrar justicia en su territorio y por desconocer las facultades del Ministerio Público Fiscal en un sistema acusatorio como el vigente en la Ciudad.

Se juzgó que la decisión de la Cámara, deslegitimante de la mediación, comprometía el desarrollo del proceso penal según éste quedó regulado por la normativa local aplicable, extremo que convertía al asunto en un tema de relevancia institucional que imponía, por la extensión de sus consecuencias, equiparar el pronunciamiento atacado con uno definitivo.

Se consideró, asimismo, que el propio texto cons-

titucional preveía los supuestos de competencias delegadas al Congreso Nacional pero no ejercidas, los Estados locales tiene facultad para regularlas (Art. 126 CN).

El esquema de distribución del poder en la organización federal, por vía de la reserva del Art. 75, inc. 12, de la CN dispone, se estimó, que la interpretación de las normas del Código Penal es privativa de los tribunales provinciales, lo que muestra que la aplicación efectiva de los códigos en general y del penal en particular, es de interés local no federal.

Se consideró, además, de adverso al criterio sostenido por la Cámara, que la ley local asume, como parte de su competencia, la regulación de la mediación, y los jueces están llamados a formular una interpretación que lo concilie con el resto del ordenamiento, tanto local (vgr. Arts. 199, 203 y 266 CPPCABA) como nacional (Art. 5, 75 inc. 12, 126, 129 de la CN). Ello por sobre la equivocada prioridad de la ley federal, que pone en pugna las disposiciones en juego para neutralizar unas con otras sin demostrar exceso en la regulación procesal bajo estudio. Por su parte, y en coincidencia con ello, la inclusión de supuestos tales como, por ejemplo, los regulados en el Art. 334 ss., Art. 422, 423 y Art. 431 bis del CPPN, muestra que, en la visión del propio Congreso Nacional, la regulación de institutos que pueden agotar el ejercicio de la acción penal como parte del derecho procesal, constituye una materia ajena a los códigos de fondo y propia de los estados locales, sin que tales previsiones supongan afectar el ámbito del Art. 75 inc. 12 de la CN.

Asimismo se sostuvo que, en relación a la mediación, la armonía entre el precepto impugnado y las previsiones de los Arts. 59 y 71 del CP deriva de asignarles una lectura que los concilia a partir de las reglas derivadas de las previsio-

nes constitucionales invocadas (Art. 31, 75 inc. 12 de la CN y Art. 13 de la CCBA) en el marco del régimen federal.

En ese contexto, se estimó que mientras corresponde al legislador nacional establecer el universo de las acciones de instancia pública, es privativo de las jurisdicciones locales regular el modo de organizar los procesos mediante los cuales se resolverán tales acciones. En el fallo se describió la diferencia entre, por un lado, disponer el inicio “de oficio” de las acciones públicas (Art. 71 del CP) y, por otro, resolver qué órgano local será el destinatario de ese mandato o cómo será organizado localmente el impulso del proceso. La primera potestad ha sido ejercida en el ámbito del Art. 75 inc. 12 de la CN; la segunda compete a las autoridades locales a quienes la Constitución Nacional garantiza el derecho a darse sus propias instituciones, entre ellas la administración de justicia (Art. 5 y 129). Se refutó también que se hubiera mostrado que la previsión procesal bajo estudio supusiera una disposición de la acción que contradiga el ámbito del Art. 59 del CP en cuanto allí se enumeran causales de extinción de la acción penal.

En lo más sustancioso del fallo, a mi ver, se dijo que el “ (...) Congreso Nacional lo haya hecho en alguno de sus aspectos (se refiere a la regulación de la acción penal) no quiere decir que las legislaturas de las provincias y de nuestra Ciudad Autónoma hayan perdido por esa circunstancia la facultad de legislar acerca de la disposición de la acción penal: lo único que se les exige es que lo hagan respetando el baremo que garantiza la ley nacional y en ese sentido no se vislumbra bajo ningún concepto que la mediación penal pueda implicar un menoscabo de los derechos de los habitantes de la ciudad con relación a los reconocidos por la ley nacional. Por el contrario, la circunstancia de que tanto

la Fiscalía como la Defensoría de la Ciudad hayan recurrido a esta instancia para defender la validez de la norma en cuestión demuestra que dicho medio alternativo de solución del proceso penal amplía y no reduce las posibilidades de una mejor solución para las partes”.

De modo que hoy se ha legitimado, desde el máximo organismo jurisdiccional de la Ciudad, la vigencia de la mediación y su armonización con principios constitucionales y el sistema de división de poderes entre la Nación y los ámbitos locales.

2. La incumbencia y el carácter vinculante del Fiscal en el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba.

Según lo veo, la cuestión de la necesidad, o carácter vinculante, del consentimiento fiscal en *probation* es hoy la temática más sensible, más debatida y, diría, menos resuelta acerca del instituto. Tampoco la Corte ha dirimido el problema, aunque cabría interpretar, como argumento tácito, que si el Máximo Tribunal se ha pronunciado en Acosta, para otorgar la suspensión, en una causa que carecía de consentimiento fiscal, admitiría su otorgamiento sin la aquiescencia del representante de la vindicta. No me parece un argumento débil, aunque quizás tampoco tan categórico.

A pesar de que ello es más que obvio, cabe reafirmar que en el diseño normativo los fiscales guardan la potestad acusatoria y los jueces la función jurisdiccional. Si ello se trastoca, el sistema se desbalanza. Es tan irregular que un juez ejerza la función de acusar y de juzgar como que el fiscal acuse y juzgue y ello ocurriría frente a la inexorabilidad del consentimiento del representante del Ministerio Público Fiscal para el otorgamiento de *probation*.

Según lo veo, la suspensión del juicio a prueba se inserta en una concepción de derecho pe-

nal alternativo consensual, en tanto permite la armonización de objetivos positivos para la víctima y para el imputado, y reduce los contenidos retributivos y de prevención general habitualmente atribuidos a la pena de prisión.

Por mi parte¹¹, básicamente desde un enfoque teleológico, de sentido y de objetivos, creí siempre que el instituto habilitaba una sanción alternativa a la prisión, sin pronunciamiento de pena, con la consecuente disminución del estigma para el autor y el aligeramiento de la litigiosidad de los tribunales, siempre mayor que los recursos disponibles. En mínima síntesis, en mi mirada, la *probation* fue entendida como una forma superadora de la *sursis*, sanción de cumplimiento suspensivo, porque a la evitación de la pena une la incorporación de la víctima, en un proceso que logra morigerar el efecto expropriatorio del conflicto de la pena estatal¹².

En verdad, la inexorabilidad del consentimiento fiscal para el otorgamiento de la suspensión lesiona el principio de igualdad ante la ley y la paridad de armas.

Si el otorgamiento se reduce a la voluntad fiscal se concentran en él las facultades de perseguir y decidir, a las que se agrega su rol de control de legalidad. Luego, cabría preguntarse dónde reside la facultad peculiar de los jueces y, en la respuesta, podría concluirse en que se trata de un servicio de justicia sin jueces, en una suerte de administrativización del derecho penal.

Parecería entonces que se desdeña el modelo inquisitivo, que concentra las funciones de acusar y juzgar, para ingresar a un régimen supuestamente superador pero en el que, en verdad, quien concentra las funciones es el Fiscal. Más sintéticamente dicho: de juez y parte a parte y juez.

Y, además, si el dictamen negativo del Fiscal clausurara la cuestión a resolver, se neutra-

lizarían las facultades asignadas al imputado para enfrentar la persecución penal. Y ello es así porque este se encontraría en una situación de inferioridad respecto al acusador, posición que sólo puede morigerarse cuando se respeta la igualdad de armas y se garantizan al imputado las mismas facultades que a la contraparte. Pero también la inexorabilidad de la aquiescencia al otorgamiento vulnera el principio de legalidad estricta, porque si el acceso a la suspensión del juicio a prueba es un derecho, la concepción de *ultima ratio* del derecho penal veda toda posibilidad de negarla más allá de los supuestos dirimientes previstos en la ley.

Es claro que *probation* se aplica a los supuestos de criminalidad leve o media, por lo que los casos graves- que imponen determinación sobre la culpabilidad- se encuentran excluidos por ley de su aplicación. Como también lo están los hechos imputados a funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo.

En los restantes supuestos, la negativa sólo se impondrá en forma excepcional y tal excepcionalidad debe ser cuidadosamente fundada, y provenir de la decisión jurisdiccional, tenga ella origen o no en la apreciación del Fiscal. De otro modo se incurriría en una discrecionalidad reñida con el carácter restringido de la respuesta penal.

Para portar una conclusión al tema puede decirse que no parece aventurado señalar que la cuestión del alcance e inexorabilidad del consentimiento fiscal, como otras que surgen de la adopción de las formas acusatorias, se enlazan con la erogación del poder en un proceso penal. Pero, además, si bien no existen dudas en punto a que el acuerdo de las partes relativo a la suspensión del proceso se impone al juez, la recíproca no se configura;

No es admisible pretender la oposición a *probation* en base a un dictamen infundado o sólo

motivado en razones genéricas o insustanciales, pero aún, cuando la oposición fiscal provenga de un dictamen fundado, su carácter vinculante se limita a la verificación de los requisitos legales de admisión, esto es, el acuerdo fiscal sólo es inexorable en cuanto el representante del Ministerio Público ejerce su papel de control de legalidad.

Pero, en definitiva, son los jueces quienes, - habilitada la instancia por el fiscal- decidirán sobre el otorgamiento de la suspensión.

Por otro lado, bueno es recordar que la doctrina del fallo Acosta se extiende, también, a desacralizar el carácter vinculante de la oposición fiscal, porque su preponderancia conduce a la exclusión del derecho a la jurisdicción, consagrado constitucionalmente.

Por otro lado, no se acuerda con que la mera invocación de razones de política criminal constituyan la “palabra mágica” que habilite la negación de la suspensión.

En una línea opuesta a la que se expone, recientemente el Tribunal Superior de Justicia, en causa ‘Benavidez, Carlos Maximiliano s/ inf. Art. 189 bis CP’, del 8 de septiembre del corriente año, se pronunció en favor de ratificar la inexorabilidad del consentimiento fiscal, sobre la base de estimar que el impulso de la acción penal es cuestión reservada al Fiscal por la ley, en directa aplicación del ‘sistema acusatorio’

Sin embargo, en el pasado mes de octubre la Cámara en causa “Porro Rey, Julio Felix s/ inf. Art. 189 bis CP” relativizó la variable “consentimiento fiscal- suspensión del juicio a prueba, por entender que, en marco de un modelo acusatorio formal, la oposición fiscal “sólo puede consistir en un juicio de oportunidad político criminal respecto de la persecución penal de un caso particular” y “esas deben ser razones que, según el ordenamiento jurídico, puedan

ser tomadas en cuenta para una decisión de tal carácter”.

Se estimó, además, en lo que aquí interesa, que, frente a una decisión ciega de impulsar la acción y a una oposición totalmente desconectada de las circunstancias fácticas del caso concreto que se pretende enjuiciar, resultaba un deber del órgano jurisdiccional suspender ese pretendido ejercicio caprichoso de la acción, si la excepción al juicio había sido solicitada por el imputado conforme el derecho que le asiste.

Síntesis.

El modelo conciliatorio o consensual no importa adhesión al abolicionismo penal, pero sí pretende reducir los componentes de irracionalidad e injusticia del actual sistema penal.

No implica, se repite, su supresión porque no ha de aplicarse a todos los supuestos de criminalidad y porque es disponible para los imputados, quienes podrán optar por el sistema penal tradicional, con lo que este comporta de garantías judiciales en principio no disponibles por las partes.

Esta disponibilidad - adhesión conformada- y la elección del imputado, con lo que ella conlleva de reconocimiento de la autonomía de la voluntad, es la que autoriza a soslayar algunos principios que se consideran como dogma, de los que son elementales ejemplos los de legalidad y culpabilidad.

En esa dirección algunos autores desconían, de alguna manera, de las formas en tanto producirían una suerte de relajación de las garantías judiciales propias del sistema penal. No cabe duda de que puede analizarse de qué modo se protegen, por ejemplo, los principios de culpabilidad y nemo tenetur. Sin embargo, cuando los objetivos a la vista superan los escollos, cuando está en juego la satisfacción de la víctima, una respuesta más racional al infractor y, especialmente,

el deber del Estado de Derecho de reducir al mínimo necesario su potestad represiva, la autonomía de la voluntad está llamada a compensar estos principios, que impuestos rígidamente pueden transformarse en garantías utilizables en contra del imputado, lo que no parece más que una hipocresía.

El modelo tradicional se aplicará siempre que así lo prefiera el imputado, cuando este no sea capaz de cumplir los compromisos asumidos, o cuando el hecho origen trascienda el interés acotado de las personas involucradas.

Notas

¹ Devoto, Eleonora: "Expropiación del conflicto, reparación del daño y probation", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año III, N° 4 y 5, (s.l.f.)

² Marshall, Tony: citado en *Justicia restaurativa*, Kemelmajer de Carlucci, Aida, Buenos Aires Rubinzal -Culzoni, 2004.

³ Zaffaroni, Eugenio, Raúl Alagia y Alejandro Slokar: *Derecho Penal. Parte General*, p. 6 y siguientes. (s.l.e.a)

⁴ *Ibidem*

⁵ Roxin, Claus: "Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad" en *Determinación judicial de la pena*, Compilador Julio Maier, Ed. del Puerto, p. 15 y siguientes. (s.l.f.)

⁶ Larrauri, Elena: "Victimología", en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad-Hoc, p. 284 y siguientes. (s.l.f.)

⁷ JoachimHirsch, Hans: "La reparación del daño en el marco del Derecho penal material", en *De los delitos y de las víctimas*, Editorial Ad-Hoc, p. 64 y siguientes

⁸ *Nueva Doctrina Penal*, 1997 B, p. 523 (s.d)

⁹ Ya desde, por lo menos el año 2000 venimos trabajando en el diseño de un modelo alternativo que reduzca la imposición de la pena estatal para un vastísimo núcleo de criminalidad, cuyas herramientas son la conciliación, el avenimiento, la reparación del daño causado en materia penal, la mediación en hipótesis delictivas, etc.

¹⁰ Del voto de la Dra. Paz, en la causa Acosta, sobre amenazas, resuelta el 29/06/2009, sala III.

¹¹ Devoto, Eleonora: "Probation (a propósito de su incorporación al Código Penal Argentino)", publicado en *Revista La Ley*, del 23 de agosto de 1994. (s.l.)

¹² Devoto, Eleonora: "Expropiación del conflicto, reparación del daño y probation", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año III, Nros. 4 y 5. (s.l.f.)

Año 1
NÚMERO 1
MARZO
DE 2011

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PÚBLICA

Dra. Marcela Millán

Titular de la Defensoría Pública Oficial en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 8
Ministerio Público de la Defensa - Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Algunas reflexiones sobre la Mediación Penal

He de iniciar este trabajo proponiendo como objetivo, el trazado de una reflexión sobre algunos alcances y particularidades de la mediación penal. Definida ésta como una forma alternativa de resolución de conflictos, pareciera prudente detenerse en algunas cuestiones vinculadas con la comunicación, el conflicto, y dentro de que modelo de justicia situamos a la mediación penal. Asimismo se propone un recorrido por las jurisdicciones provinciales que han incorporado en sus ordenamientos jurídicos, esta metodología de resolución de conflictos penales, para establecer un análisis comparativo de algunos aspectos problemáticos que presenta la misma.

A. Importancia de la comunicación.

Parece una cuestión menor referirnos a la comunicación, pero a poco de reflexionar sobre el tema surge la primera cuestión: si bien todos sabemos comunicarnos, no es tan sencillo ser efectivo en nuestros abordajes, y como reflexiona Marinés Suares: “(...) si queremos comprender mejor y más rápido a las personas que están con nosotros en el proceso de la mediación, si queremos que nuestras preguntas sean bien entendidas, si queremos trabajar profesionalmente, no podemos obviar reflexionar acerca del único instrumento que utilizamos en la tarea de la mediación: la comunicación (...)”.¹

Si reconocemos que vivimos, y nos definimos en muchos sentidos en virtud de la comunicación, y la mediación es un instrumento para re-

solver cuestiones, en muchos casos, de comunicación y a la vez, será a través de la misma que podremos intentar hallar una solución a aquellos problemas que nos lleva a la mesa de mediación, se puede advertir la importancia de este tema para todos nosotros.

Así Marinés Suares profundiza en este tema diciendo que “(...) estoy convencida de que el significado de las palabra no es algo en sí, sino que es producto de una convención, de una interacción, de una co-construcción, propongo co-construir el léxico de comunicación para poder comunicarnos mejor sobre ella. Mi parte está en tratar de definir los términos, la de ustedes en aceptarlos, utilizarlos con esta significación. Si esto se logra al menos con alguna persona, bueno, con esta persona nos estamos “comunicando en forma clara”.²

Resulta claro entonces, que se pone en movimiento más de un elemento cuando se propone iniciar un proceso de comunicación: acción de uno, reacción de otro que forman parte de una interacción entre personas, que por medio de la forma del lenguaje, se comunican.

A la vez, a fin de no extenderme en el tema, cabe agregar que siguiendo las reflexiones de Suares, debe tenerse en cuenta, para comprender lo que se pone en juego en un proceso de comunicación, que los canales que utilizamos para transmitir información son múltiples: 1) Verbal (palabras), 2) para verbal (tonos, volumen, etc.), 3) no verbal (gestos, posturas, distancia, etc.), y 4) contexto.³

En tal sentido, se advierte la complejidad del mecanismo que se pone en marcha en una conversación entre dos o más personas, y además que esa conversación puede producir modificaciones en la vida de quienes la entablan. Es éste un elemento único y precioso con el que contamos en una mediación. Pero además cabe agre-

gar que este cúmulo de elementos del lenguaje puede producir equívocos, malentendidos, diferentes percepciones de significación de lo que se dice o se escucha. Dentro del campo de las relaciones interpersonales, la convivencia forzada entre unos y otros provoca situaciones de malestar, que podríamos denominar “conflicto”.

Obviamente que una situación de conflicto puede ser vivida como tal por varias personas, por dos o quizás por una sola. De acuerdo a quien aborde el conflicto, el contexto del mismo y sobre que cuestiones se desate, será tomado por alguna disciplina o por varias.

En el campo de lo jurídico, la significación de un conflicto como tal tendrá que ver con quien lo plantea (abogados), o si se entiende que hubo una conducta que presumiblemente transgredió alguna norma. Esta introducción del conflicto en el territorio de lo jurídico puede ser desarmado por el mediador, para poder verificar que intereses o cuestiones son las que realmente subyacen a la cuestión jurídica.

En este sentido Florencia Brandoni expresa que “ (...) el mediador reformula la disputa en los términos de los intereses que están en juego, define conflicto según los intereses de forma que sean aceptables para las partes, en los que puedan reconocer su singularidad y que resulten acordes a la demanda presentada por las partes (...)”.⁴

Claro está que lo que se propicia es una solución a este conflicto, cuestión que es realizada por las partes y conducida por el mediador .

Ahora bien, en el ámbito penal tenemos los elementos comunes a la mediación: las partes, y el mediador, pero además un conflicto que ingresa en el campo del Derecho Penal lo cual se traduce en “...la percepción de que alguna necesidad de las partes podría ser desplegada en el escenario del proceso penal, no sólo

con las consecuencias propias de este procedimiento, sino con la posibilidad de que el mismo concluya con una sentencia condenatoria que implique la pérdida de libertad para quien resulte culpable”.⁵

En esta realidad tan compleja se comienza a tejer la mediación penal, un enorme desafío para el mediador y para los distintos operadores del sistema judicial, que tienen la carga heredada de un modelo de justicia histórico que viene a confrontar con un nuevo paradigma que se ha denominado “justicia restaurativa”.

B. Justicia Restaurativa.

Zaffaroni relata que “durante siglos hubo una lucha de modelos políticos de programación punitiva: uno era el modelo de partes con la víctima presente como persona; y el otro era el modelo de confiscación de la víctima, en que el Estado la sustituía y la degradaba a una cosa (...)”⁶ Así el delito “pasó de ser una lesión contra la víctima a crimen contra el soberano (de lesión a un ser humano pasó a ser ofensa al señor) perdió importancia la lesión y se fue subjetivizando como enemistad con el soberano (...)”⁷

Así la pena y el castigo tradicionales se basaron en una idea de retribución o venganza. Este modelo de justicia retributiva ha sido el que ha imperado en distintos sistemas penales hasta nuestros días.

Álvarez, Highton y Gregorio sostienen que “La justicia retributiva considera que, para combatir con éxito los efectos del crimen, debemos atender a las necesidades de las víctimas individuales y de las comunidades que han resultado perjudicadas. Además, pondera que debe darse a los infractores de la ley, la oportunidad de responder ante sus víctimas en forma signi-

ficativa y de responsabilizarse por la reparación del daño que han causado (...) en forma sintética se puede considerar que, cuando se trata de averiguar que daño se ha hecho y de reparar tal lesión en vez de poner la mira en castigar, se está haciendo justicia retributiva”.⁸

Queda claro entonces que estamos en presencia de dos modelos de justicia diferentes. En el tradicional el infractor ha ofendido al Estado, por tal motivo debe ser condenado y castigado. No se toma en cuenta los intereses de quienes han sufrido la ofensa, ni mucho menos los intereses de la comunidad en la que se desenvuelve el conflicto. Por otra parte, el infractor queda estigmatizado y es rápidamente aislado del entorno comunitario. Como vemos no queda satisfecho el interés de ninguno de los participantes.

El único objetivo en la justicia retributiva es la búsqueda de personas culpables, a las que se debe cambiar mediante la aplicación de una pena.

Así Zaffaroni sostiene que “(...) la pena es una coerción, que impone una privación de derechos o un dolo, que no repara ni restituye, ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes (...) la pena es un ejercicio de poder que no tiene función reparadora o retributiva(...)”.⁹

Este concepto ha sido el predominante durante mucho tiempo, y como la realidad demuestra que este modelo “hace agua” por un sinnúmero de razones, entre ellas las mencionadas anteriormente, lentamente fue naciendo la idea de buscar una alternativa que, sin deslegitimar la función jurisdiccional penal, pudiera dar más participación a la víctima, el victimario y la comunidad.

Los comienzos de la discusión sobre un modelo de justicia retributiva se pueden situar en los Estados Unidos entre fines de la década del `70 y principio de los años `80. Rápidamente

esta nueva concepción de justicia se amplió a Europa, y en la actualidad muchos países han instaurado programas de mediación penal o mediación penal juvenil con resultados altamente eficaces. Distintos países en el mundo han adoptado diversas medidas en relación a esto: EE.UU, entre otros, el programa modelo de víctima-ofensor (VORP), Inglaterra, Alemania (artículos 153, 154 y 376 de la Ordenanza Procesal alemana instituyen los criterios de oportunidad), Australia, Nueva Zelanda, España (en 1990 la aplicación de la mediación y reparación en el Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña), Brasil (la ley 9099 del 26 de diciembre de 1995 establece el criterio de oportunidad y el Art.62 establece la reparación de los daños sufridos por la víctima), Guatemala (el Código Procesal Penal en su artículo 25, establece el criterio de oportunidad en el proceso penal), y El Salvador (el artículo 20 del Código Procesal, legisla la oportunidad de la acción pública).

En la base del paradigma de justicia retributiva encontramos la reparación del daño causado. Este daño puede ser material, mental o social...el nuevo ingrediente en ese concepto es la “reconciliación”. Con el término “reconciliación” aparece una referencia a la pacificación: “(...) llevar a la víctima y al victimario al punto donde la natural enemistad entre ellos devenida del crimen ha sido superada por una nueva relación, lo cual no implica amistad, ni siquiera perdón, sino mucho menos (...)”.¹⁰

Los cambios que implican este nuevo modelo, si coincidimos en su importancia y utilidad, vienen a sacudir algunos presupuestos que tenemos internalizados desde nuestro ingreso a la justicia como operadores: la reactividad frente al delito y consecuentemente contra el infractor penal, la visión adversarial del

mundo, en los que necesariamente “uno gana y el otro pierde”, la fijación de estereotipos de víctima-victimario, la falta de participación de la comunidad en la resolución de los conflictos penales, y sobre todo que los conflictos pertenecen a los operadores judiciales y no a las partes, etc.

En nuestro país, la resolución alternativa de conflictos ha cumplido y cumple un rol fundamental, gracias a la labor permanente de concientización, discusión y difusión que han llevado a cabo distintas organizaciones no gubernamentales, y el interés y adhesión de las autoridades nacionales y provinciales. En el ámbito civil con la sanción de la ley 24.573 (27/10/95) se promovió la mediación como la antesala obligatoria a la continuación del proceso civil, y contribuyó a un conocimiento más generalizado de la importancia y la utilidad de esta herramienta en la solución de los conflictos.

En el ámbito penal el camino es un poco más lento, ya que aún hoy se generan dudas respecto a la armonización de la mediación penal con el principio de legalidad. Esta discusión no será desarrollada en el presente trabajo porque es compleja y excedería el propósito del mismo. Pero parece interesante destacar lo que propone Zulita Fellini, al sostener que los principios de oficialidad e iniciación obligatoria de la acción pública son establecidos por el Art.71 del Código Penal, pero su extensión es diversa a la del llamado principio de legalidad, entendido como obligación de perseguir y acusar todos los delitos penales de acción pública hasta su resolución jurisdiccional final. Este principio, como no podría ser de otro modo, es instaurado por códigos procesales y por tanto, puede excepcionarse mediante criterios de oportunidad legislados localmente.¹¹ Baste decir que se pueden encontrar dentro del Código Penal y de leyes especiales ejemplos de la aplicación del prin-

cipio de oportunidad: en primer lugar el Art. 27 bis establece la alternativa de contemplar un acuerdo exitoso entre damnificado y victimario como posibilidad para influir en el establecimiento de reglas de conducta que el condenado deberá cumplir durante el plazo que fije el juez; el Art.76 bis referido a la suspensión del proceso a prueba, que determina en uno de sus párrafos que, si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable y hubiese consentimiento del Fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio; en el Art.16 de la ley 24.769 que dispone la extinción de la acción penal para el evasor simple cuando acepte y satisfaga la pretensión fiscal o previsional.

En este entendimiento poco a poco algunas provincias fueron sancionando leyes que pusieron en marcha la mediación penal (teniendo presente la atribución que les otorga el Art.121 de la Constitución Nacional) tales como:

- **Provincia de Buenos Aires:** Ley 13.433
- **Provincia de Santa Fe:** Ley 12.734
- **Provincia de Chaco:** Ley 4989
- **Provincia de Neuquén:** Ley 2302, Art.64 (mediación penal juvenil)
- **Provincia de Río Negro:** Ley 3987
- **Provincia de Mendoza:** Código Procesal Penal (Art.26). Acordada Suprema Corte de Justicia de Mendoza N° 21612 bis (Protocolo Mediación Jóvenes en conflicto con ley penal y proyecto piloto de mediación Penal en Juzgados Correccionales y Contravencionales)
- **Chubut:** ley 5478 (Art.48).

A continuación me referiré a algunas cuestiones que se suscitan en la mediación penal y su tratamiento por parte de las distintas legislaciones provinciales.

C. Mediación penal en la Argentina.

C.1) Fase de inicio de la mediación.

Es un tema de suma importancia la primera etapa del procedimiento de mediación penal, ya que implica no sólo la identificación de los casos que son apropiados para la mediación penal, sino además quien llevará adelante la convocatoria a las partes a fin de invitarlos a participar en este proceso.

Con respecto a la identificación de los casos, Highton, Álvarez y Gregorio sostienen que "(...) el criterio clásico es que debe establecerse previamente -por lo menos en forma liminar- si se ha quebrantado la ley y si el acusado se corresponde con el individuo en particular que presumiblemente ha cometido el hecho (...)”¹²

La importancia que tiene el punto de partida de la mediación penal se comprende, cuando entendemos que el rol del mediador en un conflicto penal tiene que conjugar cuestiones como su propia subjetividad, su neutralidad que se pone en juego con la asignación de los lugares de víctima y victimario. Por ello es que por ejemplo, el experto en resolución de conflictos Marty Price sostiene que es más fácil asegurar la neutralidad y la percepción de neutralidad si el programa de resolución de conflictos se ubica en una organización no gubernamental civil o en una agencia estatal independiente.

En este sentido vale la pena recorrer como se instrumenta la fase de inicio en la legislación vigente en materia de procedimiento de mediación penal en nuestro país.

1. Provincia de Buenos Aires.

La mediación penal se rige por la ley 13.433, sancionada con fecha 21/12/2005. En la ley se

establece que la resolución alternativa de conflictos penales, se instrumentará en el ámbito del Ministerio Público, por el procedimiento establecido en la ley, y en el marco de lo dispuesto en los artículos 38° y 45° inciso 3) de la Ley 12.061, artículos 56 bis, 86 y 87 de la Ley 11.922 y modificatorias (Art. 1°).

El procedimiento se lleva a cabo en la órbita de las Oficinas de Resolución Alternativa de Conflictos Departamentales, dependientes del Ministerio Público (Art. 4°).

En la fase de admisión la ley prevé que la Oficina antes mencionada toma intervención en cada caso que los Agentes Fiscales deriven una Investigación Penal Preparatoria, siempre que se trate de causas correccionales (Art. 6°).

Así la legislación completa la cuestión de la fase de admisión en el Art. 8° en el cual se establece: “Remisión. El agente fiscal evaluará si corresponde remitir la solicitud a la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos. Asimismo, apreciará en el caso que sea a pedido de parte o de la víctima, si la solicitud se encuentra encuadrada en los parámetros del artículo 6°, a fin de remitir la denuncia a la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos departamental, previa constatación de los domicilios de las Partes. En caso que el Agente Fiscal entienda *prima facie*, que el hecho atribuido no encuadra en una figura legal o medie causa de justificación, inimputabilidad, incul pabilidad o una excusa absolutoria, no dará curso a la solicitud y se resolverá en el trámite correspondiente a la Investigación Penal Preparatoria”.

Con respecto a la convocatoria a la mediación, la ley establece que es la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos departamental quien deberá citar a las partes, invitándolas a una primera reunión, mediante cualquier medio fehaciente, debiéndoles hacer saber el ca-

rácter voluntario del trámite y el derecho a concurrir con asistencia letrada.

En caso de incomparecencia de alguna de las partes, la Oficina invitará a concurrir a una segunda reunión, en los mismos términos. (Art. 9).

2. Provincia de Río Negro.

La mediación penal se rige por la ley 3987 (B.O.P. N° 4344 - 22 /09/05).

En esta jurisdicción, en la fase de admisión, es el Fiscal quien, previa audiencia con el denunciante, damnificado, víctima o su representante legal, cuando aún no haya promovido la acción y a fin de aplicar el criterio de oportunidad previsto en los supuestos del artículo 180 ter, incisos 6 y 7 del Código Procesal Penal, puede solicitar la sustanciación del proceso de mediación.(Art. 9°).

A su vez, la ley establece que los mediadores tienen que integrar un Registro y matricularse ante la Secretaría de Superintendencia del Superior Tribunal de Justicia (Art.8).

Los Arts. 14 y 15 de la ley establecen que el mediador designado tendrá a su cargo la fijación de las audiencias respectivas. Dichas audiencias se llevarán a cabo en dependencias ajenas a la sede de los juzgados penales. Además establece que previo a las reuniones conjuntas, el mediador dispondrá la realización de las reuniones privadas que fueran necesarias con cada una de las partes por separado.

3. Provincia de Chaco.

La mediación penal se encuentra establecida en la ley 4989 (Pub.14/01/02).

La legislación chaqueña plantea distintas alternativas para la fase de inicio de la mediación. Así, la ley establece las modalidades de media-

ción prejudicial y de mediación judicial. En el primer caso, la prevención policial, al momento de tomar conocimiento de una denuncia informa al denunciante de la posibilidad de resolver la cuestión por el procedimiento de mediación (Art.12). Asimismo la ley exige que sin perjuicio de la aceptación de la víctima de utilizar la mediación penal, el Fiscal debe tomar conocimiento del caso para analizar si la cuestión planteada encuadra en alguna conducta delictiva (Art.13). Luego de lo cual, en caso afirmativo, se remiten las actuaciones preventivas a la Oficina de Mediación.

En el segundo caso, mediación judicial, la ley 4989 establece que en cualquier etapa del proceso (hasta antes de la citación a juicio establecida en el Art.20) y existiendo materia penal para investigar, cualquiera de las partes puede pedir al juez la utilización del mecanismo de mediación. En este caso, la ley establece que el conflicto se remite a la Oficina de Mediación del Poder Judicial o se designa de común acuerdo un mediador particular (Art.15).

4. Provincia de Santa Fe.

En Santa Fe, la ley 12.734 (31/08/07) introduce reformas en el Código Procesal Penal de la Provincia, estableciendo en los Arts.19 y 20 la posibilidad de utilizar mecanismos alternativos de resolución de conflictos, y la disponibilidad de la acción penal en estos casos. La Resolución 57/09 del Ministerio de Justicia provincial, reglamenta el funcionamiento de la Mediación Penal y establece los requisitos para la incorporación de los mediadores en el Registro de Mediadores Penales de la Provincia.

Las Oficinas de Mediación Penal, dependen de la Dirección Provincial de Desjudicialización de la Solución de Conflictos Interpersonales,

dentro de la Secretaría de Transformación de los Sistemas Judiciales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Santa Fe.

El Art. 6 de la resolución citada permite que la mediación sea solicitada por el Ministerio Público Fiscal y el de la Defensa, por los agentes del Centro de Asistencia Judicial (CAJ) de la Dirección Provincial de Acceso a la Justicia, por particulares o agencias estatales que acrediten interés en el conflicto.

La redacción del Art. 7 plantea la alternativa de la mediación prejudicial (incs.a,b,c) y la judicial (d). En cualquier caso la ley habilita la prestación del servicio por parte de mediadores dependientes o no del Estado provincial.

En la fase de admisión, la ley establece que la determinación respecto a la aceptación o no del caso para una mediación penal, le corresponde a "personal administrativo capacitado", sin perjuicio de las facultades que se reserva la Dirección Provincial de Desjudicialización de la Solución de Conflictos Interpersonales (Ministerio de Justicia) para revisar la decisión tomada respecto a la aplicación o no del mecanismo de mediación penal.

5. Provincia de Mendoza.

La mediación puede ser solicitada por el representante del Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado, denunciante o víctima del hecho. Puede solicitarla también el Juez que entiende en la causa. Es evaluada por una Comisión de Admisión. Se encarga de la admisión de casos para mediación el Área Penal del Cuerpo de Mediadores.

En todos los casos, la solicitud puede efectuarse hasta el inicio del debate.

El representante del Ministerio Público o el Juez realiza una primera selección de expedien-

tes que cumplan con los requisitos básicos, en los que estime, *prima facie*, la utilidad de la mediación. Posteriormente, la Comisión valora cada caso de acuerdo a los indicadores estipulados para el ingreso del mismo al Cuerpo de Mediadores (tipo de delito, tipo de daño, antecedentes penales, posición subjetiva del imputado frente a la víctima, actitud de los padres del imputado frente al hecho, posición subjetiva de la víctima frente a la persona del imputado, tiempo transcurrido desde el hecho, estilo de personalidad, expectativas, capacidad adaptativa, etc.).

C.2 Fase de mediación.

C.2.1) Modelos de mediación penal.

Hay diversos modelos de mediación penal, que presentan matices de acuerdo a una numerosa cantidad de elementos (necesidades, recursos, disponibilidad de servicios jurídicos, y el interés de la comunidad).

El modelo tradicional de trabajo entre la víctima y el infractor busca un acercamiento entre las partes luego de un arduo trabajo previo. Es por ello que necesita de entrevistas privadas entre el mediador y las partes, antes de sentarlos cara a cara. Trabajo previo que tiende a evaluar si realmente el caso se adecua a una mediación penal, a entablar una relación entre el mediador y cada una de las partes y a preparar la sesión de mediación conjunta.

Otro modelo de mediación penal, similar a la mediación civil, tiene un desarrollo diferente. Se notifica a las partes de la posibilidad de una mediación. El mediador no tiene contacto previo con las partes, las mismas se encuentran en la sala de mediación con el mediador.

Highton, Álvarez y Gregorio sostienen que se ha caracterizado a este modelo como “dirigido al

acuerdo”, la meta es generar acuerdos eficaces entre litigantes de casos de menor cuantía.

Este modelo de mediación tiene sus ventajas y desventajas. Ventajas en cuanto provee de una rápida solución a quienes hayan sufrido un perjuicio económico y de esta manera encuentran una reparación que los satisface. Desventajas porque no tiene el alcance transformativo que busca el modelo tradicional, porque para los potenciales participantes no es lo mismo recibir una cédula de notificación para concurrir a una mediación, que ser convocados personalmente por el mediador, y no le permite al mediador evaluar con tiempo el caso que tendrá en sus manos.

En este sentido los especialistas advierten en relación al modelo de mediación de referencia que “(...) se critica así, que a menos que la intervención esté claramente basada en los valores de la justicia reformativa y los procedimientos se desarrollen y estén dirigidos a la maximización de esos valores, las intervenciones pueden ser fácilmente tomadas por las necesidades burocráticas del sistema judicial, en lugar de servir a los más afectados por el crimen: la víctima, la comunidad y el ofensor (...)” .¹⁴

C.2.2) Modelos de mediación en las provincias

1. Buenos Aires: de la lectura de la ley 13.433 surge que se utilizan indistintamente ambos modelos de mediación, ya que la índole de los conflictos susceptibles de este procedimiento son tanto de contenido patrimonial como otras situaciones generadas por motivos de familia, convivencia o vecindad (Art.6).

2. Río Negro: se utilizan los dos modelos de mediación penal.

3. Chaco: utiliza ambos criterios atento la índole

de delitos sujetos a mediación. Además instituye la mediación para contravenciones (Art.4 Ley 4.989).

4. Santa Fe: de la lectura del Código Procesal Penal aprobado por ley N°12.734 en su Art.19 surge que se utilizan ambos modelos de mediación penal, ya que son pasibles de este mecanismo los delitos con contenido patrimonial cometidos sin violencia física o intimidación sobre las personas y en los delitos culposos, lesiones leves, amenazas y/o violación de domicilio.

5. Mendoza: modelo mixto. Cabe destacar que la mediación de jóvenes en conflicto con la ley se enmarca en prácticas que pretenden posibilitar la asunción de responsabilidades, la reparación del hecho dañoso y la reintegración del autor del mismo en la comunidad.

C.3 Necesidad de asistencia letrada.

Highton, Álvarez y Gregorio señalan que un problema que se presenta en la mediación penal, es la existencia de grandes diferencias de poder entre las partes involucradas, unos admiten o incluso recomiendan la presencia de abogados que asesoren a las partes, otros no aceptan algunos casos individuales en los cuales la diferencia de poder es excesiva y animan la creación de una organización de todos los afectados.¹⁵

Marty Price sostiene que el rol del abogado defensor es asegurarse que su cliente es apropiado para la mediación penal y que rara vez participan en el curso de ella, su rol es estar permanentemente brindándole apoyo emocional, reasegurarlo, contestar sus preguntas. Asimismo el experto entiende que el rol del Fiscal es el asegurarse que el caso es apropiado para la mediación.

Parece claro que es indispensable que ambas partes cuenten con toda la información y asesoramiento para intentar que no se produzcan desequilibrios que afecten el procedimiento de mediación. Estamos en presencia de una mediación penal, lo que allí se discuta y se acuerde tendrá gravitación significativa en las vidas de sus participantes. En la medida que se garantice esta cuestión será posible un avance real y legal en la resolución del conflicto.

C.3.1) Asistencia letrada en las distintas jurisdicciones provinciales.

1. Buenos Aires: El Art. 11 de la ley 13.433 señala que las partes deben concurrir personalmente a las reuniones. En caso de que ellas no concurren con asistencia letrada, la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos solicitará la asistencia letrada oficial para el imputado y la víctima. Ambas partes tendrán derecho a entrevistarse con sus respectivos abogados antes de comenzar las reuniones. Y agrega el Art.13: Las reuniones con las partes deben ser notificadas obligatoriamente al Defensor particular u oficial según corresponda.

2. Río Negro: La ley 3987 instituye la asistencia letrada obligatoria. (Art.3).

3. Chaco: De la lectura de la ley no surge en forma expresa la obligación de asistencia letrada. Sólo el Art. 15 establece que en el caso de mediación en el proceso (judicial), en cualquier etapa puede ser solicitada entre otras partes por "el imputado o su defensor".

4. Santa Fe: La Resolución 57/09 que reglamenta el funcionamiento de la mediación penal

establece en su Art.10 que los involucrados en el procedimiento deberán manifestar que cuentan con asesoramiento jurídico, ya sea oficial o privado, acerca de todas las cuestiones que se ponen en juego en la mediación. En caso de no contar con dicho asesoramiento se requerirá que preste el mismo el Centro de Asistencia Judicial u otro organismo que determine la Dirección Provincial de Desjudicialización de la Solución de Conflictos Interpersonales.

5. Mendoza: El equipo de mediación interviniente debe informar a los participantes, desde la primera audiencia, las posibilidades, límites y características de la mediación (especialmente: confidencialidad, voluntariedad e imparcialidad). Debe asegurarse de que las partes decidan y sostengan su participación voluntaria e informadamente, para lo cual es necesario que cuenten o hayan contado con asesoramiento legal.

C.4 El material que se utiliza en la mediación penal.

He aquí, a mi juicio, uno de los temas más complejos en materia de mediación penal. ¿Sobre que se media en mediación penal? ¿Sobre lo que surge de la causa penal si es una mediación solicitada en el marco de un proceso ya iniciado? ¿Sobre la denuncia formulada por la supuesta víctima? ¿Sobre las actuaciones preventivas? ¿Sobre el relato de las partes?

Highton, Álvarez y Gregorio sostienen que "(...) el mediador averigua que pasó de boca de los participantes, cuyas versiones a menudo difieren mucho de la narración por parte de la policía u otras fuentes de información. Al mismo tiempo que va explicitando los propósitos de la mediación, responde a las preguntas de

las partes y atiende sus preocupaciones, el mediador puede evaluar las motivaciones de los eventuales intervinientes (...)"¹⁶

Este tema está inextricablemente unido a la posibilidad de preservar la neutralidad del mediador, que debe comenzar la mediación con la cabeza despejada y a la espera de la información que las partes le brinden durante las entrevistas. Así Matilde Risolía sostiene que: "Como se ha puesto en común en los encuentros realizados entre los participantes de las distintas experiencias de mediación en materia penal en nuestro país, en los casos de mediación traídos por denuncias, los roles asignados de víctima y ofensor, en muchos casos, dependen solamente de quien formuló la denuncia en primer término (...)"¹⁷.

Y señala que, a veces la parte escoge darle un marco penal a la situación que lo involucra, incluso sabiendo que quizás el planteo luego no prospere. Y si lo que el supuesto ofendido persigue es la obtención de un castigo, difícilmente el caso sea apto para ser mediado.

Asimismo no puede ignorarse que para el supuesto infractor, la presión de tener un proceso penal abierto en su contra puede llevarlo a acordar alguna solución por afuera de sus posibilidades.

Y es interesante destacar que, la misma autora reflexiona sobre el rol del mediador en este tipo de conflictos señalando que "el mediador ofrece un espacio y sus habilidades para abrir los significados que las partes traen o que atribuyen a la situación de que los vincula, explora intereses y los devuelve a las partes como replanteo del conflicto, de manera de generar opciones integradoras e inclusivas del mayor número de intereses en juego y transitar, tal vez, el camino hacia un acuerdo satisfactorio para las partes y no para objetivos propios o institucionales, de los cuales no debiera ser portavoz (...)"¹⁸

En este sentido el mediador no puede desconocer la fuerte presión sobre el infractor referida en párrafos anteriores, que sobrevuela todo el curso de la mediación, esto es, las consecuencias graves sobre su persona. Es por ello que implica un gran desafío para el mismo mantenerse lo más imparcial posible sobre el caso, ya que no se trata la mediación de un mecanismo para negociar eventuales condenas, ni de empeorar la situación de los involucrados.

Es por ello que es importante establecer cual será la fuente de información del caso del que se servirá el mediador para situarse en el procedimiento. Y en esto no se puede desconocer, que hay distintas realidades sobrevolando esta situación: la que se materializa en el expediente, la que aparece en las audiencias y la que se construye con la narración de las partes. Y además aparece la propia subjetividad del mediador y la tendencia a evaluar o juzgar. Tema complejo por demás.

Así Caram sostiene que “el desarrollo del proceso penal fija estereotipos sobre las personas, como las categorías de víctima y victimario. La sentencia penal, finalmente, puede llevar a la estigmatización de las personas”. Pero la autora señala que, más allá de que no se pueden desconocer las categorizaciones que subyacen en el proceso judicial, el mediador no debe acompañar la ratificación de esos roles fijos, ni etiquetar estas situaciones. Justamente este es un espacio de reflexión, de miradas nuevas sobre el conflicto lo que, más allá de arribar a una solución, ya de por sí es un paso adelante.¹⁹

C.4.1) Material de la mediación penal. Legislación provincial argentina.

1. Provincia de Buenos Aires.

De la lectura de la ley 13433 surge que el Fiscal remite la solicitud a la Oficina de Resolución de

Conflictos. Si el proceso se inicia por denuncia, previo a evaluar su encuadre en los parámetros del Art. 6 remite la “denuncia” a la Oficina antes mencionada.

2. Provincia de Río Negro.

El Art. 10 de la ley 3987 señala que el Agente Fiscal, en caso de solicitar la intervención del Centro de Mediación, remite una reseña del caso denunciado.

3. Provincia de Chaco.

La ley 4989 establece que una vez recibida “la causa” con el conflicto sometido a mediación, sea que fuera remitida por la Prevención Policial (Art.13 y por el Juez de Instrucción (Art.15) y eventualmente por la Cámara (Art.20) y aún mediando sentencia firme en el supuesto del Art.21), el mediador designa las audiencias correspondientes.

4. Provincia de Santa Fe.

La Resolución 57/09 establece en su Art. 7 que al suscribir el formulario de requerimiento y aceptación de mediación el solicitante debe acompañar una sucinta descripción de los hechos que motivan el requerimiento. En el caso de que el proceso se haya iniciado, se remite el número de la causa penal y datos que se conozcan de la misma.

5. Provincia de Mendoza.

Cuando la Comisión admite el caso, se deriva al Área de Mediación Penal la compulsión o expediente penal, donde se asigna, por mesa de entradas, al equipo de mediación interdisciplinario interviniente y se hacen las citaciones para las audiencias previas, por cualquier medio fehaciente, de acuerdo a las sugerencias de la Comisión (en cuanto a la prelación en las au-

dencias de denunciado y víctima, y cualquiera otra que la Comisión considere oportuna).

C.5 ¿La mediación penal extingue la acción penal?

Si partimos de la premisa de que la mediación penal busca restaurar las cosas tanto como sea posible, intentado optimizar la cooperación de las partes, pareciera lógico que habiéndose encontrado una solución al conflicto penal, llámese reparación, pedido de disculpas o cualquier otra alternativa que brinde a ambas partes un camino de pacificación y concientización, y entendiendo que el conflicto les pertenece a ellos y son quienes toman una decisión respecto a lo que les ocurrió, previo control jurisdiccional, no quedaría más solución que disponer la extinción de la acción penal.

Marty Price sostiene que entre los beneficios que obtiene el infractor penal están la posibilidad de encontrar en este espacio, el poder de participar en la búsqueda de una solución razonable y realista, y así poder evitar las consecuencias de la continuación del proceso penal con las consecuencias graves que su conclusión podrían tener para su vida futura.

Entiendo que la extinción de la acción penal en caso de mediación exitosa podría ser posible, tomando como punto de partida dos cuestiones. Por un lado, teniendo presente el principio de legalidad, del que se hiciera referencia anteriormente en este trabajo, que obliga a la persecución de los delitos penales de acción pública. Dicho principio es tomado por los Códigos Procesales provinciales y puede entonces regularse mediante criterios de oportunidad que se legislan localmente.

Así es atribución de las provincias, quien será el sujeto que llevará a cabo la persecución penal

(juez o fiscal) y como instrumentará esta persecución penal. Justamente de estas atribuciones provinciales emana la posibilidad de incluir en los ordenamientos procesales provinciales, el principio de oportunidad, a fin de seleccionar racionalmente los casos que seguirán adelante, y cuales se escogerán para ser resueltos con medios alternativos de solución de conflictos.

En segundo lugar, algunos autores coinciden en afirmar que nuestro Código Penal y leyes penales especiales, contemplan situaciones en las cuales se ha optado por no continuar la persecución penal, extinguiéndose la acción en caso de cumplimiento de algunos presupuestos.

El Art.76 bis del Código Penal se refiere a la suspensión del proceso a prueba, estableciendo la posibilidad de suspender la realización del juicio si el imputado ofrece hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible. Asimismo el Art. 76 ter del mismo Código señala que si durante el tiempo fijado por el tribunal el imputado no comete un delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas se extingue la acción penal.

El Art.132 del Código Penal que se incluye en los delitos contra la integridad sexual, establece que si bien es un delito de acción pública, en caso de haber conciliación entre las partes se puede extinguir la acción cuando la víctima sea mayor de dieciséis años.

El Art. 18 de la ley 23.737 prevé la posibilidad de la suspensión del proceso a favor del imputado adicto a la droga que acepte someterse a tratamiento. Si lo concluye con éxito se dicta su sobreseimiento.

Como vemos la extinción de la acción penal se ha contemplado para distintos supuestos. Es por ello que entendemos que, en caso de un acuerdo cumplido en una mediación penal, corresponde determinar la extinción de la ac-

ción, ya que, en el marco de la justicia restaurativa donde ambas partes trabajan junto con el mediador para generar un acuerdo reparador, pareciera lógico que una vez satisfecho el interés de quien atravesó el conflicto, y con el adecuado control jurisdiccional, el Estado ya no tiene nada que hacer en el caso.

Así lo han entendido algunos regímenes provinciales que en materia de mediación penal han dispuesto la extinción de la acción. Veamos los distintos ordenamientos.

Provincia de Chaco.

La ley 4989 establece en su Art. 19 que una vez cumplido el acuerdo, el Juez de Primera Instancia resolverá la insubsistencia de la pretensión punitiva del Estado, disponiendo la extinción de la acción penal.

Provincia de Río Negro.

El Art. 25 de la ley 3987 dispone que verificado el cumplimiento del acuerdo, el Agente Fiscal solicitará al Juez competente la declaración de la extinción de la acción penal y consiguiente sobreseimiento.

Provincia de Santa Fe.

El nuevo Código Procesal Penal aprobado por la ley 12.734 estipula en su Art.19 que el Ministerio Público podrá no promover o prescindir total o parcialmente de la acción penal cuando exista conciliación entre los interesados y el imputado haya reparado los daños y perjuicios causados en los hechos delictivos con contenido patrimonial, cometidos sin violencia física o intimidación sobre las personas, salvo que existan razones de seguridad, interés público o se encuentre comprometido el interés de un menor de edad. También establece el mismo procedimiento cuando exista conciliación entre

el imputado y los interesados, en los delitos culposos, lesiones leves, amenazas y/o violación de domicilio, salvo que existan razones de seguridad, interés público o se encuentre comprometido el interés de un menor de edad.

Provincia de Buenos Aires.

La ley 13.433 no contempla la extinción de la acción penal sino el archivo de las actuaciones cuando las partes se hayan dado enteramente por satisfechas en sus pretensiones plasmadas en el acuerdo (Art.20).

Foros Nacionales.

Cabe agregar que en las Jornadas Patagónicas sobre Mediación Penal, organizadas por el Foro Patagónico de los Superiores Tribunales de Justicia, el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro y auspiciadas por la Defensoría General de la Nación, la Asociación de Magistrados de la Nación y la Fundación Libra (Bariloche, octubre de 2003) se concluye, entre otras cuestiones, la necesidad de contemplar nuevas formas de extinción de la acción penal (como ya se ha hecho, por ejemplo, con la ley penal tributaria o con la pena de multa).

Asimismo, en las conclusiones de las XVI Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos (XV Reunión de Procuradores Fiscales y Defensores Generales/ VII Encuentro del Ministerio Público del Mercosur, La Rioja Mayo de 2003) se recomendaba que la mediación penal exitosa debía procurar la extinción de la acción penal, a través de distintos instrumentos que debían estar previstos en la ley de fondo.

C.6 Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

C.6.1) Regulación del instituto en la legislación procesal penal local.

La mediación penal se estableció en el Art. 204 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (modificación a la ley 2303, B.O.C.B.A. 2679 del 8/5/07).

A su vez en dicho cuerpo legal se propicia la resolución alternativa de conflictos por parte del Ministerio Público Fiscal en el inc. 4to. del Art.91. Asimismo el Art. 199 inc.h dispone el archivo de las actuaciones en caso de cumplimiento de la mediación, o en caso de que no se haya cumplido por causas ajenas a la voluntad del imputado.

La Oficina de Acceso a la Justicia y Métodos Alternativos de Solución de Conflictos dependiente del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, es la encargada de la organización de las mediaciones contando con un cuerpo de mediadores inscriptos a los que se van asignando las sucesivas audiencias de mediación.

C.6.2) Constitucionalidad de la mediación penal declarada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

Cabe mencionar la resolución emanada del Tribunal Superior de Justicia, en ocasión de la presentación de recursos de queja en un expediente en el que la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, había declarado de oficio la inconstitucionalidad del Art.204, inc.2º del Código Procesal Penal de la CABA (vías alternativas de resolución de conflictos/mediación).²⁰ En dicha oportunidad, por unanimidad nuestro máximo Tribunal local admitió las quejas planteadas, e hizo lugar a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos, revocando la sentencia.

Cabe destacar de la lectura del fallo, algunos conceptos consignados tales como los que surgen del voto del Dr. Luis Lozano que sostiene:

“(...) la armonía entre el precepto impugnado y las previsiones de los Arts. 59 y 71 del CP deriva de asignarles una lectura que los concilia a partir de las reglas derivadas de las previsiones constitucionales invocadas (Arts.31,75 inc.12 de la CN y Art.13 de la CCBA) en el marco del régimen federal (...)” agregando que “(...) no se advierte que con el establecimiento de la mediación la autoridad local se haya exorbitado en su competencia, pues ha legislado sobre un asunto de naturaleza procesal, que incumbe por regla al derecho público local (...)”.

A su turno, la Dra. Ana María Conde coincide con estas apreciaciones y agrega que “(...) más allá de su acierto o error, la mediación importa una solución que pretende limitar el poder punitivo del Estado, al establecer un mecanismo mediante el cual el imputado puede resolver su situación procesal en ciertos supuestos, sin necesidad de que se le aplique una pena (...)”.

Conclusión.

Es invaluable el aporte de los métodos de resolución de conflictos en el campo del derecho penal. Es una alternativa genuina y creativa a la tradicional justicia retributiva. Tiende a recomponer las relaciones entre los miembros de una comunidad, colaborando para que el daño causado por el delito sea menor.

Humaniza la percepción de la justicia, permitiendo el protagonismo de los involucrados en los conflictos penales. Mejora sustancialmente a la comunidad en la que se desarrolla.

Proporciona a quien cometió el delito la posibilidad invaluable de dar una explicación o de ofrecer una disculpa, y de trabajar en un ofrecimiento de reparación posible y concreto.

Ahora bien, también ofrece algunos obstáculos que deben ser reconocidos: cuestiones como la determi-

nación de cuáles son los casos que pueden ser sujetos a mediación, ya que la experiencia indica que la categorización de que solo funciona para casos penales menores se contraponen con experiencias exitosas de mediación penal en casos que involucran violencia o crímenes graves.

Además otro obstáculo se presenta si los casos son llevados a mediación penal directamente sin ser evaluados previamente por el órgano acusador, ya que se han dado situaciones en las cuales el caso que se sometió a mediación no hubiese seguido delante de haberse aplicado el principio de oportunidad.

También se advierten obstáculos con la cultura adversarial imperante entre los abogados, que pueden generar resistencias a aconsejar a su cliente inclinarse por una mediación penal.

Asimismo genera controversia la imposibilidad planteada en algunos ordenamientos para el infractor que ha participado de una mediación, de poder asistir a otra en un lapso de tiempo determinado.

Un punto crucial es la natural tendencia a realizar juicios de valor que generan mecanismos de exclusión en la mediación penal. Pero debe buscarse la forma de evitar esta situación ya que como plantea Caram “ (...) no se juzga, ni se condena, ni se absuelve en la sala de mediación, porque de otro modo cada sala de mediación se transformaría en un pequeño patíbulo privado, en un teatro diminuto de control social. Sencillamente se trabaja -y no es poco- con lo que las partes traen²¹, para incorporar sus percepciones entre sí y avanzar (...)”.

Asimismo debe tenerse presente la advertencia que formula la misma autora, respecto a que existe el peligro que la mediación funcione como un espacio de control social que amplíe las redes de la presencia estatal y atrape casos que de otro modo no hubieran sido atendidos por el sistema formal de justicia penal.

En este sentido también es válida la observación formulada por algunos autores, respecto a que un riesgo que se corre en una mediación penal para

el infractor, es que el incumplimiento de los acuerdos sea la base para una pena de cárcel que no le hubiera sido impuesta al autor, o que la mediación añada una pena a la impuesta por los tribunales.

Como todo modelo novedoso, el sistema ofrece estas aristas dificultosas, pero aún con el reconocimiento de estas cuestiones, la voluntad política de los operadores judiciales y de la comunidad en profundizar este modelo, generará indudablemente consecuencias beneficiosas para un cambio de actitud que privilegie la decisión de todos los involucrados en participar en la resolución de los conflictos.

Concluyo con una reflexión formulada por Highton, Alvarez y Gregorio: “(...) en pocas palabras, la justicia restitutiva traslada la justicia de una ofensa contra una entidad abstracta como el Estado, hacia un completo encuentro humano entre la víctima, el victimario y la comunidad, de tal modo que las características significativas de la experiencia criminal puedan ser tratadas y asumidas adecuadamente”.²²

Notas

¹ Marinés, Suares: *Mediación, Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Ed. Paidós, 1996, p.92 (s.l)

² Id.pág.97

³ Id.pág.104

⁴ Florencia Brandoni: "Apuntes sobre los conflictos y la mediación", *Revista La Trama de papel*, Ed.Galerna, p.31 (s.l)

⁵ Caram, María Elena: "Hacia la mediación penal" en *La Ley*, Suplemento de Resolución de Conflictos, 20 de marzo de 2000. (s.l)

⁶ Zaffaroni, Eugenio, Raúl Alagia y Alejandro Slokar: *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Ed. Ediar, p.166. (s.l)

⁷ Id.Op.Cit.p.168

⁸ Highton, Elena, Gladys Álvarez y Carlos Gregorio: *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, Ed.Ad Hoc,1998 p.78. (s.l)

⁹ Zaffaroni Eugenio, Raúl Alagia y Alejandro Slokar: Id.p.56

¹⁰ Highton, Elena, Gladys Álvarez y Carlos Gregori: Op.Cit.p.90

¹¹ Fellini Zulita: "La tercera vía como resolución alternativa de conflictos", *Revista La Trama de Papel*, Ed.Galerna. (s.l)

¹² Id.Op.cit.p.123

¹³ Price, Marty: *Restorative Justice*, en Argenjus, www.argenjus.org.ar

¹⁴ Highton, Elena, Gladys Álvarez y Carlos Gregorio: Op.Cit.p.135

¹⁵ Highton, Elena, Gladys Álvarez y Carlos Gregorio:Op.Cit.p.206

¹⁶ Highton, Elena, Gladys Álvarez y Carlos Gregorio: Op.Cit.p.130

¹⁷ Risolía Matilde: "El caso de mediación en materia penal", *Revista La Trama de Papel*, 2005, Ed.Galerna. (s.l)

¹⁸ Risolía, Matilde: Op.Cit.

¹⁹ Caram María Elena: "El espacio de la mediación penal", *Revista La Trama de Papel*, 2005, Ed.Galerna. (s.l)

²⁰ Expte.Nº 6784/09 "Del Tronco, Nicolás s/inf. Art.184 inc.5º CP" 27/9/10.

²¹ Caram Elena: Op.cit.

²² Highton, Elena, Gladys Álvarez y Carlos Gregorio: Op.Cit p. 215

Dr. Ricardo D. Smolianski

Secretario Letrado de la Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Algunas reflexiones sobre el Ministerio Público Fiscal y el archivo regulado por los artículos 199 a 203 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires *

I. Introducción.

Estas breves reflexiones sobre el archivo reglamentado por el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CPPCABA) no pretenden ser más que una contribución al entendimiento de tal dispositivo en el marco del principio acusatorio y del rol del Ministerio Público Fiscal (MPF).

Nuestra ciudad, ejerciendo su derecho fundacional, al proveerse de una Constitución acorde con los lineamientos de la Constitución Nacional reformada, los Tratados Internacionales incorporados y las directivas de la mejor doctrina procesal penal, procuró darse una legislación que plasmara plenamente el principio acusatorio, asignándole a los protagonistas del proceso penal un rol que contrarrestara la propensión natural a concentrar poder en detrimento de los demás intervinientes, amén, por supuesto, de la consagración de otros principios procesales modernos que, a su vez, deben articularse con los de legalidad, culpabilidad, inocencia, etc.

Se pretendió, entonces, un sistema de persecución y enjuiciamiento penal, que a la vez de eficaz, expeditivo, dinámico y superador de los vicios de los modelos inquisitivos o mixtos tan denostados, fuese respetuoso de las garantías individuales; pues, en última instancia, la adopción del ungido acusatorio no se trató de una decisión sólo formal, sino de la elección del sis-

* Con la colaboración, en la búsqueda de material bibliográfico y jurisprudencial y en la confrontación de ideas, de la Prosecretaria Administradora M. Paula Garrassino Boyssou, la Oficial Dra. Carolina S. Tafuri y la Escribiente Dra. Yanina G. Matas.

tema que, según todos, mejor posibilita a la vez de la adecuada persecución penal el respeto de la dignidad humana.

En otra oportunidad¹ expresé que el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, más allá de su pronunciada consagración de principios generales, lejos de implementar un completo acusatorio, transfirió y aglutinó desmesuradamente potestades en cabeza del Ministerio Público Fiscal a costa del órgano jurisdiccional y, así, en menoscabo del imputado y su defensa técnica.

Tal concentración de facultades, permanentemente reivindicada por los operadores del MPF como expresión del sistema acusatorio, se corona con la atribución que hacen de la característica de adversarial al proceso y con el pretendido monopolio de la titularidad de la acción penal, conformando un cuadro donde jueces, imputados y defensores pasan a ser, en muchos tramos del proceso penal, verdaderos convidados de piedra.

II. El principio acusatorio y el nuevo rol del Ministerio Público Fiscal.

Que el principio acusatorio es rector y basamento del proceso penal moderno no sólo lo ha propiciado la mejor doctrina comparada, sino que la propia Constitución de la Ciudad de Buenos Aires lo consagra y garantiza en su artículo 13.3.

Es decir, la Norma Fundamental de la Ciudad es la que directa e inequívocamente proporciona al sistema acusatorio el valor de principio marco y regla esencial a la que debe sujetarse la organización de la Justicia Penal de la Ciudad; y la que expresamente declara la nulidad de todos los actos que vulneren tal garantía procesal.

Pero sin perjuicio de las variantes y diversas interpretaciones, el modelo acusatorio compren-

de principios básicos ineludibles que son los que permiten la realización del axioma en que se condensa la garantía del debido proceso y defensa en juicio: acusación-defensa-prueba-sentencia.

La igualdad de armas entre las partes y el sometimiento a la decisión de un tercero imparcial son precisamente condiciones de validez de cualquier sistema que se pretenda genuinamente acusatorio. Cualquier otra modalidad, más allá del apelativo, que concentre potestades en un único órgano estatal, no será más que una forma encubierta del modelo inquisitivo.

Pues bien, el Código Procesal Penal de la ciudad de por sí vulnera en diversos tramos el principio acusatorio al otorgarle recargada preponderancia a los representantes del MPF y menoscabar la competencia de los jueces, quitándoles facultades eminentemente jurisdiccionales².

Pero a la dudosa constitucionalidad de algunas de las normas del CPPCABA por la transferencia que hace de potestades, se le suma la interpretación y doctrina que vienen fijando el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, a través de algunos pronunciamientos, y la Fiscalía General, por medio de sus resoluciones generales.

Ciertamente, el análisis de las normas procesales y su ejecución no puede separarse de la particular perspectiva axiológica que se sostenga. En este sentido, revelo, soy partidario de extremar el modelo acusatorio y de consumarlo desde el sumario mismo; es decir, desde el momento mismo en que se inicia la investigación penal hasta la culminación del proceso penal e, incluso, durante la ejecución de la condena.

Con otras palabras, frente a la equivocidad de las reglas del texto, de frente a cualquier norma que lo desvirtúe, sostengo que debe optarse por el entendimiento que mejor preserve el sistema acusatorio. Pues, así lo impuso, armónicamente, el constituyente de la Ciudad.

Ahora bien, cómo articular el sistema acusatorio y su mejor versión que se sintetiza con la expresión “igualdad de armas” entre las partes cuando, obviamente, las partes -MPF e imputado y su defensor- no son iguales, es el dilema a resolver.

Existe una concepción, sustentada últimamente por los operadores del MPF de la Ciudad, que concibe al acusatorio sólo como escenario adversarial donde uno de los adversarios, el MPF, debe concentrar todas las facultades decisorias y disponer de la suerte de la contraparte -el imputado- desde el principio hasta incluso después de finalizado el proceso -pues, siquiera se renuncia al control de la ejecución de la pena y accesorias-, donde sus dictámenes dejen de ser sólo opiniones para convertirse en sentencias inapelables.

Es decir, con alusión a la titularidad de la acción penal, al principio de oportunidad procesal y al diseño de la política criminal se pretende que el acusatorio no es más que un modelo que postula que el órgano acusador estatal es el dueño del proceso penal y que sus pronunciamientos son obligatorios para todos y exentos de cualquier control de legalidad y razonabilidad, fuera del que eventualmente realice el propio superior jerárquico³.

En esa idea subyace, amén de la avidez por concentrar poder, la convicción en orden a la imposibilidad de la igualdad absoluta de condiciones jurídicas entre el individuo y el Estado durante el proceso atento a la desigualdad real que existe entre uno y el otro; el convencimiento de que la desigualdad fue calculadamente introducida por el propio delincuente, de que éste es el responsable de la disparidad y de que es imprescindible que el Estado -el MPF- tenga alguna ventaja en razón de los intereses generales de la sociedad.

No obstante la fenomenal supremacía que postula esta línea ideológica, paradójicamente, ningún operador del MPF de la Ciudad pierde

oportunidad para destacar que esa concepción es la constitucionalmente auténtica y la que mejor preserva las garantías y derechos individuales. Pues, eso sí, cada vez que advierten alguna posible “desventaja” -verbigracia, la falta de algún recurso o la rectificación jurisdiccional de algún exceso- los representantes del MPF reclaman la vigencia plena del principio acusatorio, de la bilateralidad, del contradictorio y hasta de la igualdad de armas⁴.

III. Breve reseña histórica.

No es objeto de este trabajo desarrollar en extenso el origen y evolución del principio acusatorio y sus adaptaciones europeo insular o continental.

Tan sólo pretendo destacar algunos datos, por cierto muy conocidos, que permitan contextualizar la dicotomía acusatorio-inquisitivo⁵; pues, para pensar la naturaleza del llamado procedimiento acusatorio, es inevitable, aunque resumidamente, explicar la evolución histórica que ha experimentado en general el derecho procesal penal, particularmente en Europa continental del cual somos legatarios.

Así, se suele repetir que tal evolución reconoce al menos cinco etapas: el proceso germano de la antigüedad⁶, la influencia del derecho franco, la alta Edad Media, la recepción del derecho romano-canónico (y la instalación de la “Inquisición”) y la reforma del siglo XIX hasta la actualidad⁷.

La característica saliente del derecho germano primitivo consistió, justamente, en el arquetipo acusatorio privado de su sistema procesal (predominantemente dispositivo en el sentido de que las partes podían disponer libremente el derecho y, originariamente al menos, el método

para discutir y dirimir el conflicto) y asentir una teoría subjetiva de la prueba para la solución de sus disputas. Es decir, al contrario de los sistemas acusatorios griego y romano, el derecho germano antiguo dejaba en manos de la víctima o su familia la persecución del ofensor. Además, básicamente, no admitía la división entre infracciones civiles y penales, pues toda infracción era una perturbación de la paz que autorizaba por ello el combate o guerra y la venganza familiar. Paulatinamente, se permitió el pago del precio de la paz a la comunidad y una enmienda o indemnización al ofendido y su familia.

El procedimiento judicial cumplía así una función secundaria o accesorio, pues sólo se realizaba en caso de fracaso de la composición privada. De todas maneras, si no se llegaba a la composición privada, el ofendido podía reclamar la intervención judicial. Allí comenzaba el verdadero proceso judicial de neto corte acusatorio, cuyas características principales eran el derecho de persecución en manos privadas sin que pudiera existir actuación judicial sin reclamo de la parte interesada (es decir, el proceso se iniciaba al fracasar la composición privada); el tribunal era una asamblea popular que sesionaba en lugares abiertos presidida por un juez que dirigía el debate y proponía la sentencia pero no fallaba; el procedimiento era oral, público y contradictorio, consistiendo en una verdadera lucha por el derecho entre ambos contendientes a la vista del tribunal que era un mero espectador (el debate se desarrollaba mediante actos formales al extremo, donde lo singular era que la prueba no se dirigía a demostrar la verdad o un hecho con objetividad ni a persuadir al tribunal sobre la responsabilidad o inocencia del acusado, sino que representaba un medio de lucha ente las partes a través del cual cada una de ellas daba mayor fuerza a sus afirmaciones

subjetivas sobre el derecho que invocaban⁸).

No obstante la irracionalidad de tal sistema, satisfacía las expectativas de los contendientes y del resto de la comunidad pues permitía el mantenimiento adecuado de la paz social.

Sin embargo, el derecho procesal penal germano comenzó un lento pero decidido camino hacia el intervencionismo y autoritarismo que va a culminar con la Recepción del derecho romano-canónico y el sistema que se conoce como la “Inquisición”, cuyos máximos exponentes legislativos se sancionan en el siglo XVI y de cuyos rasgos nunca pudimos apartarnos del todo. Es lo que Michel Foucault maravillosamente definió como la “confiscación del conflicto penal”⁹.

El período franco transforma la idea de la infracción como perturbación de la paz por la de desobediencia al rey. El combate ya no tiene sentido de venganza individual contra el ofensor, sino que adquiere el sentido protector de la comunidad y luego de la propia monarquía cada vez más absolutista. El derecho del rey, como responsable de la paz comunitaria, influyó en la composición del tribunal y terminó por concentrar la persecución penal. Aparece, a la sazón, excepcionalmente, un procedimiento especial de persecución oficial consistente en la pregunta del rey o su delegado a hombres elegidos sobre si se había cometido algún crimen y quiénes eran los sospechados como autores –esto fue, precisamente, la *inquisitio*, que dará nombre al sistema- cuya respuesta afirmativa tenía el significado de una acusación ante la comunidad.

Sin embargo, en una primera etapa, si el ofendido o su familia se presentaban como acusadores, el procedimiento seguía las reglas generales; luego, gradualmente, se desarrolló un procedimiento en el que el derecho de acusar correspondió exclusivamente a funcionarios

reales, desplazando cada vez más a la propia víctima o sus deudos.

Así, durante la primera parte de la Edad Media se siguió esa línea; y su principal modificación consistió en la jurisdicción y su ámbito físico: de espacios abiertos se trasladó a cerrados pero todavía sin que dejen de ser los procesos eminentemente públicos; la acción privada siguió siendo el principal medio de persecución, pero a su lado se fue desplegando la persecución oficial para las infracciones más graves con intervención directa del juez. El formalismo exagerado y el valor de las palabras terminó imponiendo la intervención de patrocinantes y prosperó el sentido de la prueba como medio de reconstrucción del acontecimiento (o sea, la búsqueda de la verdad histórica objetiva).

Todavía la labor de juzgar siguió dividida entre el juez y los escabinos (hombres no especialistas en cuestiones jurídicas que decidían por mayoría de los votos) pero la influencia creciente de los jueces (formados ya en universidades italianas) hizo que cada vez tomaran mayor protagonismo en el fallo.

Con el triunfo final de la monarquía absoluta y la Recepción del derecho romano a través del derecho canónico se implantó el sistema inquisitivo en la segunda mitad de la Edad Media¹⁰.

Si bien no se descartó totalmente el principio acusatorio, especialmente en Alemania, la Recepción del derecho romano de la época imperial de los primeros tiempos hizo que la persecución penal se hiciera pública y oficial siendo, precisamente, el eje que da origen a la concepción del proceso como instrumento de averiguación de la verdad, en ocasiones a cualquier precio.

Comenzó, entonces, el proceso inquisitivo, caracterizado por la preeminencia del juez. Simultáneamente, apareció una modalidad que

se desarrolló por la época para casos dudosos consistente en acudir al consejo de técnicos jurídicos o de las universidades que respondían por medio de actas. Las recomendaciones de esos expertos terminaron siendo vinculantes para los jueces lo que, a su vez, impuso un cambio sustancial en el procedimiento: del debate oral se pasó a una recopilación escrita de los actos sin necesidad de la presencia de todo el colegio o tribunal cuyos integrantes podían formar su opinión con la sola lectura de las actas. Así, se fue consecuentemente diluyendo la oralidad e imponiendo el secreto de los actos procesales sobre la publicidad.

Asimismo, gradualmente, la promoción acusatoria privada que primero convivió con la pública fue luego casi sustituida por la oficialidad; pues, con el tiempo, dejó de ser imprescindible una acusación para someter a proceso a una persona: el juez, de oficio, podía hacerlo cuando existían indicios suficientes que fundaran una sospecha de haberse cometido una infracción. La teoría de la prueba y de los indicios científicamente desarrollada por los romanos también terminó imponiéndose, particularmente la testimonial y la confesional, incluso a través de una regulada, pormenorizadamente, obtención por medio de la tortura.

Lentamente, las acusaciones privadas se hicieron cada vez menos frecuentes, debido a los riesgos de formularla y al desarrollo creciente del procedimiento por oficio y la exaltación de la idea de que la persecución era tarea irrenunciable del Estado.

Así se comenzó a admitir que el ofendido recurriera a un expediente más sencillo y menos comprometedor: la denuncia o la delación. Para la recepción de la denuncia comienza a desarrollarse una institución en Francia: el *procureur du roi*, génesis del Ministerio Público

moderno, encargado, originariamente, de defender y procurar por los intereses económicos del soberano, pero que con el tiempo se fue convirtiendo en el acusador público representante del soberano y del Estado con facultades amplias y diversas que devinieron en la de investigador directo.

Al mismo tiempo, el imputado perdió el estatus que ostentaba en el antiguo procedimiento germano, pues de ser un sujeto de derecho libre pasó a ser **objeto de la inquisición** y perdió su libertad para caer, por ende, bajo la tutela del estado policial. Su encarcelamiento preventivo pasó a ser la regla durante la Inquisición y aunque tenía derecho a elegir un defensor, que en algunos casos se nombraba de oficio, éste no tomaba participación en el procedimiento más que para presentar un escrito de defensa luego de recibida toda la prueba, reconociéndosele una intervención sumamente debilitada. Este perfil del sistema inquisitorial nunca fue abandonado, aun por muchos que proclaman la validez del sistema acusatorio.

El proceso perdió, entonces, su característica oratoria; y de la publicidad pasó a la documentación en actas escritas y desarrollarse a “puertas cerradas” en dos etapas claramente divididas, a semejanza del procedimiento canónico: la inquisición general, sin formalidades rigurosas, que procura determinar el *corpus delicti*; y la inquisición especial, procedimiento formal dirigido contra persona determinada, minuciosamente disciplinado.

El desarrollo posterior del proceso penal no sólo disipa los límites entre ambas etapas sino que, además, otorgó preeminencia a la faz preliminar de investigación, quitándole su carácter de netamente preparatoria.

Ya en el siglo XVIII se advierten cambios legislativos, pero el panorama con la idea inquisito-

rial de la jurisdicción y de la persecución oficial, no obstante la reacción racionalista de la Ilustración, siguió hasta mediados del siglo XIX.

En cierto modo, se advierte la manifestación material de la persecución oficial del Estado -regla del derecho inquisitivo- y el retorno formal a la realización acusatoria del procedimiento, fenómeno que se produce en el marco de un gran movimiento ideológico-político: el mencionado Iluminismo y la Revolución Francesa, extendidos ambos por toda Europa continental¹¹.

Se vuelve a la oralidad y a la publicidad del procedimiento penal, al elemento popular de la tarea de juzgar y al condicionamiento de la actuación de la jurisdicción a una excitación extraña, descentralizándose de ese modo los tres poderes que actúan en el proceso: jurisdicción, acción y defensa, procurándose introducir así la dialéctica democrática a semejanza de la descentralización de los poderes emanados de la soberanía.

Pero, y es esta la eterna contrariedad, conservando el atavismo inquisitivo que se quedó para siempre; pues es manifiesto el dominio oficial de la persecución de las infracciones punibles, como regla casi absoluta, y la búsqueda de la verdad material; apotegmas que impiden considerar al proceso penal moderno y actual como un verdadero proceso de partes.

Es cierto que la reafirmación de la dignidad del ser humano conlleva a la abolición del método que se aplicaba para lograr los fines propuestos por el enjuiciamiento inquisitivo -es decir, el apremio físico y moral-, dando lugar al principio acusatorio formal que intenta realizar aquellos fines sin menoscabo de la personalidad del imputado; y cierto es también que se admite la defensa del interés individual del imputado suprimiendo la coerción dirigida a lograr su confesión como que, en más o en menos según los

textos y prácticas de cada país, se lo trata como un sujeto de derechos y deberes y no como un mero objeto de persecución.¹²

Pero su debilidad inducida por el sistema que se precia de acusatorio también persiste. Así, se institucionalizó con llamativa naturalidad el desprecio de la verdadera igualdad de armas.

El proceso lógicamente admitido se divide, modernamente, y más allá de las denominaciones, en tres etapas: la primera, es netamente preparatoria, escrita y secreta para extraños y frecuentemente hasta para el propio imputado, la cumple el Ministerio Público Fiscal con más o menos control jurisdiccional de las garantías del imputado y lleva por fin lograr el fundamento de la acusación o, en su defecto, determinar el cierre del procedimiento y liberación del imputado (es una etapa desarrollada sin conocimiento o con escasa contradicción del imputado y su abogado: la indefensión es casi completa).

La segunda o intermedia responde a la idea de control jurisdiccional -en algunos textos se lo relativiza- sobre la viabilidad y fundamento de las conclusiones del Ministerio Público Fiscal. La tercera está dominada por un debate -su eje que se cumple en forma oral, pública, contradictoria y continua sobre la base de una acusación y tiene por fin resolver definitivamente la pretensión penal ejercida en la acusación. Si bien aquí sí la contradicción es plena o semiplena, dado que su plataforma es lo confeccionado por el fiscal con completa autonomía y, en general, sin control inmediato del acusado o su defensor profesional, suele ocurrir que las posibilidades reales de defensa, más allá de lo formal, son sumamente escasas.

La evolución del concepto acusatorio derivó, entonces, en que al principio se lo entendiera, minimizándolo, como la exigencia de que no sea la misma persona la que realiza las averiguaciones y la que decida después al respecto¹³.

La persecución del delito pasa a ser definitivamente de oficio con división de funciones, procurando eliminar así el peligro de la parcialidad del juez.

La Constitución Nacional efectúa el reparto de competencias atribuyendo a distintos órganos diversas funciones a fin de posibilitar controles recíprocos y evitar la concentración de poder en uno de ellos, como garantía para los ciudadanos y como forma de preservar la forma republicana de gobierno. Este modelo se reproduce en el esquema procesal penal, procurando una distribución de funciones.

Veamos, al Poder Judicial se le atribuye la jurisdicción o potestad de juzgar mediante el juicio previo en el que el juez natural resuelve un conflicto entre las partes en controversia -antagónicas y que actúan en plena igualdad-, aplicando al caso concreto el derecho vigente. En el ámbito penal se produce un desdoblamiento formal del Estado; por un lado, el Ministerio Público Fiscal es el encargado de excitar al órgano jurisdiccional ejerciendo la acción penal y, por el otro, el juez, tercero imparcial y por ello no comprometido con las posiciones de los contendientes, que es quien ejerciendo el poder jurisdiccional resuelve el caso. Esta división garantiza el principio de contradicción y la realización eficiente del derecho de defensa del imputado, constituyendo la característica fundamental del sistema acusatorio: "se pone en manos de un órgano especial distinto del que declara el derecho, el cometido de excitar la jurisdicción mediante el ejercicio de la acción"¹⁴.

El principio acusatorio, sintetizado con los aforismos latinos *ne procedat iudex ex officio* y *nemo iudex sine actore*, supone, ni más ni menos, que la magistratura judicial no actúa de oficio y no podrá iniciar por sí una investigación. Y al mismo tiempo que no podrá haber juicio o conde-

na sin requerimiento y acusación fiscal. Insisto, tiene por finalidad asegurar que el tribunal no se encuentre comprometido con la imputación, garantizando la imparcialidad: “la ajenidad del juez respecto de los intereses de las partes en la causa. El juez no debe tener ningún interés, ni general ni particular en una u otra solución de la controversia que está llamado a resolver, al ser su función la de decidir cuál de ellas es la verdadera y cuál es la falsa”¹⁵.

Pero también implica, lógicamente, que los dictámenes de la fiscalía no pueden imponer a los jueces una declaración de mérito en un determinado sentido.

El estímulo fiscal o el requerimiento de juicio o condena no implican que necesariamente el juez quede vinculado a ese designio. De lo contrario, cualquiera sea la denominación, el dictamen –opinión– pasa a ser decisión, ya no sólo sobre la propia intervención sino sobre la situación de los otros intervinientes en el proceso. Es decir, si la propuesta inculpativa del fiscal tuviere poder vinculante, su contenido desacertado, incluso arbitrario, no podría ser corregido, quedando la suerte del proceso sujeta a la discreción del acusador, convirtiéndolo en árbitro de la causa¹⁶.

Resulta, por ende, insostenible tanto que el tribunal ordene al fiscal que acuse como que el fiscal le ordene al tribunal proseguir con las actuaciones. En este sentido, la Corte Suprema ha sostenido, en primer término, que “la obligatoriedad de la persecución penal para todos los funcionarios estatales nunca fue entendida por esta Corte con una extensión tal como para imponer al Ministerio Público la obligación de acusar”¹⁷.

Y esa regla comprende cualquier actuación del MPF, sea que, directa o indirectamente, suponga mantener sometido a proceso o que

resuelva la situación del imputado. Luego, la Corte federal, en el citado fallo “Quiroga”, sentenció: “La ley permanentemente somete a los fiscales al control jurisdiccional, en cuanto que **son los jueces** quienes tienen la facultad de decidir si corresponde que la persecución penal siga progresando”. Del mismo modo, en el fallo “Banco Nación Argentina s/ sumario averiguación de defraudación” la Corte también sostuvo: “La única exigencia que pesa sobre el representante del Ministerio Público Fiscal, es que su dictamen se encuentre adecuadamente fundado en las normas vigentes. En consecuencia, **el límite del control jurisdiccional a su respecto es el de admisibilidad o el rechazo de sus peticiones**, definido como la revisión del cumplimiento de las condiciones procesales de las cuales depende la posibilidad de introducirse en el examen del asunto y decidir sobre si tal petición puede provocar la resolución requerida o no. Se trata en definitiva de examinar si el requerimiento cumple con los requisitos como para ser considerado una acusación”¹⁸ (los destacados me pertenecen).

Por lo tanto, pretender, como exorbitantemente hacen los referentes del MPF de la Ciudad, que el juez sólo puede homologar administrativamente las decisiones de los fiscales, además de desvirtuar el sentido del principio acusatorio implica menoscabar el cometido de la magistratura judicial.

Con otros términos, frente al acto promotor de la acción del fiscal, el juez le dará curso o procederá a su rechazo cuando considere que el hecho denunciado no constituye delito. Si el fiscal se siente agraviado por el juicio desinculpativo del magistrado tiene un remedio procesal: el recurso de apelación para hacer valer su pretensión. Luego, la Cámara resolverá conforme el mérito del agravio sin que la confir-

mación de la desestimación del planteo del fiscal suponga menoscabar el principio acusatorio, su autonomía o funcionalidad.

Por eso, la mera afirmación de la división de funciones, producto del derecho procesal francés, sin la aclaración consiguiente; o, peor todavía, la sola transferencia de funciones, no constituye ni garantiza que el proceso sea genuinamente acusatorio.

Claus Roxin, sabiamente dilucida el punto: “La puesta en marcha de una instancia jurisdiccional no debería alarmar, pues aclararía, de manera absolutamente deseable, que el ministerio público, cuando se trata de decisiones jurídicas, forma parte del tercer Poder y no del Ejecutivo. Por lo demás, las partes que ministerio público y tribunal tienen en la administración de justicia están ensambladas entre sí de diversas maneras, también en otros casos, y, al fin de cuentas, es el tribunal el que tendría que decidir, sin más, sobre la acusación. Tampoco la independencia del ministerio público frente a la jurisdicción, que yo he reclamado anteriormente, se vería afectada por una decisión jurisdiccional, que sólo tendría valor para el caso concreto y únicamente se produciría mediando provocación del mismo ministerio público”¹⁹.

Ahora bien, los sistemas acusatorio e inquisitivo son completamente incompatibles y no puede seriamente conciliárselos, a pesar de los recurrentes intentos mixtos o híbridos, que pretenden, simultáneamente, dar cabida al principio inquisitivo básico -persecución penal estatal, de oficio- y a la regla principal del acusatorio -contradicción-. Son enfoques que componen sistemas de procedimiento absolutamente inconciliables en su esencia y no es posible concebir racionalmente, sin desvirtuar uno u otro, un modelo mixto axiológicamente correcto.

A pesar de lo consagrado constitucionalmente, y de lo que se declame, algunos operadores de la ciudad, reitero, reeditan un sistema mixto de enjuiciamiento o, peor aún, un sistema de enjuiciamiento inquisitivo bajo un ropaje de procedimiento acusatorio. Es decir, antes, resolvía el juez instructor con control del fiscal, y ahora, se pretende, bajo el manto protector del “acusatorio”, que resuelva el fiscal pero sin control alguno.

Renuevo, si el Ministerio Público Fiscal pasa a ser el “amo y señor de la investigación” con prerrogativas semejantes a las detentadas por los jueces en el modelo inquisitivo, con facultades procesales coercitivas y dominando el procedimiento de investigación sin la inmediata y constante oportunidad de control del imputado, su defensor y del juez, más que acusatorio el proceso se convierte en un inquisitivo disfrazado, que no se revierte por la circunstancia de que en el futuro, finalmente, será un juez el que decida la suerte. Pues los derechos del imputado, aunque progresivamente y de diferente tenor, quedan ya afectados por el solo hecho de su sometimiento a proceso.

Para respetar la igualdad afirmada por el art. 16 de la CN, con la sola referencia de imputación resulta inescindible la defensa en juicio, pues no habrá proceso penal regular si no se reconoce la titularidad de ese derecho de defensa, comprensivo de requerir la producción de prueba, controlar su producción, oponerse a la requisitoria de elevación, efectuar instancias procesales, etc.²⁰ Y si se le reconoce al encausado el derecho de defensa y de controvertir la imputación, para evitar que dicho reconocimiento sea solamente formal, debe contar con alguna instancia decisoria imparcial: “El derecho de defensa está relacionado con la existencia de una imputación y no con el grado de formalización de tal imputación

(...) vedar durante estas etapas [por la preparatoria] el ejercicio del derecho de defensa es claramente inconstitucional”²¹.

De tal modo, el fundamento que legitima al principio acusatorio formal reside en el aseguramiento de la imparcialidad que posibilite una óptima defensa del imputado en el proceso. La acusación por parte del Estado, en cuanto ejercicio del poder de perseguir penalmente, al lado de la más clásica función de decidir el conflicto penal, impide que se utilice correctamente el concepto de “parte” y con ello la vigencia de un principio acusatorio material.²²

El auténtico acusatorio reside, entonces, en un método inflexible y consecutivamente bilateral en el que dos sujetos naturalmente desiguales disputen pacíficamente en igualdad jurídica asegurada por un tercero imparcial –o sea, el juez– que actúe al efecto con autoridad, dirigiendo y regulando la disputa para sentenciar la pretensión discutida.

Es la idea del perfecto silogismo judicial que posibilita la confrontación y control de los intervinientes en el proceso. Máximo control judicial, pues, sin la posibilidad de contradecir las imputaciones y denegaciones del MPF y de someterlas a un órgano efectivamente imparcial los procesos penales terminan por informarse mediante criterios sustancialistas y de autoridad.

El reclamo de los operadores del ministerio fiscal de la implementación del principio acusatorio en toda su extensión y con todas sus consecuencias los lleva a menudo a equipararlo, estimo erróneamente, a un principio que en materia procesal civil se denomina dispositivo como derivado de la autonomía de la voluntad que rige las relaciones jurídicas derivadas del Derecho Privado, ordinariamente²³, principio aquel que si bien en algún aspecto armoniza con la facultad del fiscal de disponer de la ac-

ción penal, no coincide precisamente.

En efecto, ese principio del derecho procesal privado, que se puede definir según su explicación política con la máxima “el interés es la medida de las acciones”, es el que inhibe a los órganos estatales competentes para administrar justicia avocarse a la solución de conflictos jurídicos que no le hayan sido planteados por quienes, según la ley, tienen un interés legítimo para reclamar su intervención o, planteados concretamente por el interesado, extenderse más allá del caso expuesto y de la solución que se pretende²⁴. El dispositivo en el ámbito del derecho procesal privado ha prohijado los aforismos *nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio, sententia debet esse conformis libello, ne eat iudex extra petita partium*²⁵.

Sin embargo, como también explica Julio Maier, conforme a la regla que establece que las acciones penales públicas se ejercerán de oficio (Art. 71 CP), al menos el proceso penal para la persecución de delitos de acción pública es extraño al principio acusatorio y al dispositivo. “Si en él se distingue a las funciones de perseguir y decidir, colocándolas en manos de órganos estatales diferentes, el ministerio público y los tribunales, no es para realizar el principio acusatorio desde el punto de vista material, sino para posibilitar, al mismo tiempo, un juez imparcial y contradictor formal para el imputado (principio de defensa). Por ello se dice que en el proceso penal por delitos de acción pública sólo rige un acusatorio formal, pues el mismo Estado el que, obligatoriamente (legalidad), persigue penalmente (ex officio) no bien adquiere la noticia de la perpetración de un hecho punible”²⁶.

En conclusión, el acusatorio formal, que rige el procedimiento penal, es un principio que sólo adquiere sentido en función del principio de imparcialidad y de defensa en juicio. Impo-

ne un contradictor para poder contrarrestar sus pretensiones y actos (defenderse del acusador) y una organización judicial (imparcial) para que el resuelva el diferendo.

IV. Dimensión actual del principio acusatorio. Su función en los sistemas procesales modernos.

Tal lo dicho hasta aquí, el modelo acusatorio está llamado a garantizar los derechos individuales. La auténtica contradicción entre las partes, la real igualdad de armas desde los momentos preliminares de la investigación penal -incluso los prejudiciales-, compondrá el sistema o modelo acusatorio, cuya esencia constituye no sólo la clara y tajante separación de funciones entre la parte acusadora o requirente (encarnada modernamente por el Ministerio Público Fiscal) y el juzgador imparcial sino, principalmente, por la supervisión a cargo del juez de las disposiciones del fiscal en cuanto éste pretenda a través de ellas restringir, provisoria o irreversiblemente, algún derecho del imputado.

Sin embargo, insisto, algunos dispositivos establecidos por la ley 2303 de la Ciudad no se condicen con aquel modelo y parecieran instituir más que instrumentos que aseguren la imparcialidad y el derecho de defensa, herramientas para que los operadores del sistema logren una significativa simplificación de su trabajo.

V. El archivo de las actuaciones según el Código Procesal Penal de la Ciudad.

El Código Procesal Penal de la Ciudad re-interpretó el principio acusatorio encaramando la actuación del Ministerio Público Fiscal en detrimento de la magistratura judicial; pues a las lógicas funciones investigativas y requirentes le

transfirió potestades claramente jurisdiccionales, desvirtuando el auténtico sentido del principio acusatorio y socavando así la igualdad de condiciones y armas de las partes y el reaseguro del legítimo control de la autoridad judicial, única naturalmente imparcial.

El archivo de las actuaciones, tal como lo regula el código adjetivo de la Ciudad, es un ejemplo de distorsión del principio acusatorio.

Para empezar, la problemática de la posibilidad del archivo de las actuaciones está indudablemente ligada al principio de racionalidad de la pretensión punitiva, pero también al principio de la razonable duración de un proceso penal y a la prohibición constitucional de la múltiple persecución penal o del *ne bis in ídem*.

Ciertamente, la posibilidad de archivar o reservar actuaciones es un expediente infaltable en todo sistema procesal penal -esté o no reglado- y que con él pueden optimizarse los recursos generalmente escasos. Pero si con el archivo se elude el cierre perentorio de una investigación penal para posibilitar así su eventual reapertura se está sesgando la seguridad jurídica y el derecho a un pronunciamiento definitivo que resuelva su situación frente a la justicia que tiene todo individuo.

Es decir, todo código ritual penal prevé, de alguna forma, el archivo con la virtualidad de algunas contingencias ulteriores; pero algunas hipótesis de archivo del texto de la ciudad retrotraen al sobreseimiento provisional, firmemente desterrado del procedimiento penal moderno²⁷.

El artículo 199 CPPCABA, minuciosamente, enumera distintos supuestos de archivo de las actuaciones de prevención; algunos, por consideraciones dogmáticas, otros, por razones procesales.

Por sus efectos, el Código prevé dos clases de archivo; uno, que pone fin a la acción penal de modo perentorio e irrevocable y que obliga,

de haber habido atribución concreta contra alguna persona determinada o un mínimo de actividad investigativa, al dictado del sobreseimiento definitivo o a un auto equiparable; y el otro, sólo la suspende, dejando latente la posibilidad de la reanudación de la investigación penal, siempre que no se haya agotado el plazo del Art. 104 u operado la prescripción de la acción.

Ahora bien, es sabido que el codificador sorteó el tratamiento específico del sobreseimiento -pareciera que sólo lo reservó para la resolución favorable de una excepción que implique la extinción de la acción, Art. 197, tercer párrafo; y para cuando el probado cumpliera las condiciones impuestas, Art. 205, cuarto párrafo- e implementó un pormenorizado sistema de archivo dependiente de la discrecionalidad del fiscal, con sólo con algunas alternativas de intervención del juez, del fiscal de cámara y hasta de la víctima del supuesto delito.

Es decir, en homenaje al sistema acusatorio y al resquemor de que sea el juez el que decida la continuidad de la persecución penal -contrariando así la doctrina del fallo “Quiroga” de la Corte-, se prefirió, como novedad, regular meticulosamente el instituto del archivo, concebido como expresión del dogma del fiscal titular de la acción y del principio de oportunidad procesal.

De tal modo, para denostar el instituto del sobreseimiento -derecho al fin del imputado- e impedir que sean los jueces quienes lo dicten, se llegó incluso a cuestionar que sean éstos los que decidan el cese de la persecución cuando podría ocurrir que no se hubiere formulado y sostenido cargos concretos contra persona alguna y porque, en última instancia se dice, el Ministerio Fiscal es un “órgano tan independiente como cualquiera de los jueces y sus decisiones tienen los mismos alcances que las

viejas formas de archivo y sobreseimiento emanadas de los órganos jurisdiccionales²⁸”.

En rigor, el Código Procesal Penal de la ciudad no establece que el Ministerio Público Fiscal sea el “titular” de la acción penal pública, sino que lo instituyó como el encargado de ejercerla y promoverla -Arts. 4 y 5-. Más aún, el texto del Art. 4 es muy claro: dispone que ese ministerio tendrá a su cargo la investigación preparatoria, bajo control jurisdiccional en los actos que lo requieran, que no son otros que los puedan afectar, de algún modo, los derechos del imputado. De ahí que se pueda sostener que la titularidad de la acción es compartida por los fiscales y los jueces; los primeros, para impulsarla y sostenerla en exclusividad o para descartarla, y los segundos, para desestimarla cuando corresponda conforme a derecho.

Pues bien, obviamente que si el fiscal decide archivar -o, incluso, desestimar sin más trámite, Art. 85 CPPCABA- ningún reparo podrá hacerse; pues, en verdad, lo mismo da que sea el fiscal o el juez el que cierre definitivamente la investigación, sumario, instrucción, imputación, o como quiera que llame a la instancia de persecución penal²⁹. Sólo por tradición semántica parecería que el auto de sobreseimiento es de competencia jurisdiccional. Pero, por sus implicancias, destaco, es indistinto que la conclusión liberatoria provenga del juez o de algún fiscal.

Por lo demás, ya no puede discutirse que si el encargado de la promoción de la acción penal -el fiscal- decide directamente no ejercitarla o continuarla, el juez nada podrá hacer para excitar o mantener viva la acción penal; una vez más, la doctrina del fallo “Quiroga” y la virtualidad del principio acusatorio impedirían cualquier pretensión jurisdiccional persecutoria.

Pero, claro está, no es ese el problema; lo es cuando el fiscal es quien pretende continuar o

diferir la persecución y el juez no comparte ese temperamento, o cuando es el imputado el que acude al juez para obtener un pronunciamiento definitivamente desincriminante, haciendo valer su derecho a una definición que lo coloque más allá de toda futura persecución.

En rigor detrás de la reivindicación del principio acusatorio, de la exaltación de la independencia funcional del Ministerio Público Fiscal y de la hasta animada defensa de las garantías constitucionales, a menudo lo que se pretende es un fiscal omnímodo, decisor él de la suerte del proceso penal y de la del imputado, preferentemente sin control extraño.

Pero tal postura soslaya que los jueces, en definitiva, también conservan la facultad -y el deber- de decidir acerca de la viabilidad de la prosecución de la persecución penal, porque, indudablemente, son ellos quienes velan por el aseguramiento de los derechos de los individuos.

Con otras palabras, no es procedente que la decisión relativa al mantenimiento de la pretensión punitiva resida exclusivamente en la voluntad del fiscal. Porque si así fuera, el fiscal se convertiría en el decisor exclusivo del proceso, extremo que no se concibe sin aniquilar la función jurisdiccional y, en última instancia, el derecho a la defensa en orden a que la disputa con el adversario la resuelva un tercero enteramente imparcial y no un órgano que puede estar comprometido con la pretensión punitiva.

Reitero, admitir que el fiscal le imponga al juez su singular voluntad de continuar la investigación y así la persecución, implicaría convertirlo a aquél en parte y juez e institucionalizar un proceso pseudo-acusatorio, donde el representante del Ministerio Público Fiscal concentraría la función de perseguir y de decidir, desequilibrando a las partes y desvirtuando el genuino sistema acusatorio entendido como garantía.

Por lo tanto, si el juez advierte que la posibilidad de perseguir feneció porque el hecho y la prueba recolectada no son susceptibles de servir como soporte de una acusación; que no es posible afirmar la responsabilidad de la persona imputada porque el suceso no es típico, anti-jurídico, o bien porque no cabe reprochárselo por defecto de capacidad de culpabilidad, por mediar error de prohibición, por inexigibilidad de otra conducta o por no ser punible; o porque directamente el delito no se cometió o si cometido no le es atribuible al sujeto, etc., a falta del decreto de archivo del fiscal, a pedido del imputado o por si mismo de oficio, el magistrado debe declarar cerrado el tránsito hacia el juicio, sea disponiendo el archivo o, mejor todavía, el sobreseimiento definitivo, único posible.

Y esa inteligencia cabe, no obstante que el entramado del Código Procesal Penal reconduzca al archivo a ser una expresión del principio de oportunidad procesal, tanto para los supuestos con alcance liberatorio definitivo -casos a), b), c), f) e i); Art. 203, primer párrafo- como para los que permitirían la reapertura de la investigación e imputación penal -casos d), e), g) y h); art. 203, tercer párrafo-.

Por otra parte, el Código contempla un singular mecanismo de control según los casos; pues, a veces, la decisión del Fiscal debe ser convalidada por el juez: supuestos b) acción prescripta o extinguida y c) autor inimputable o amparado en alguna causa de justificación o exención de pena; mientras que, en los otros, la decisión de archivar del Fiscal de grado debe contar con la conformidad del Fiscal de Cámara: supuestos f) respecto de imputados que colaboren en la imputación de otros; g) respecto de algunos hechos cuando por concurso real ya se estime que se alcanzará el máximo de la escala penal; i) en los delitos culposos, cuando el im-

putado haya ya sufrido alguna penal natural. La enumeración parece contemplar todas las hipótesis imaginables.

Generalmente se alude a dos modalidades de archivo. Por un lado, cuando el hecho imputado no constituye delito, no se cometió o no le es atribuible al imputado o cuando no pueda prosperar la investigación no obstante los esfuerzos del fiscal para coleccionar probanzas de cargo o por un obstáculo procesal improrrogable y su reedición sea imposible por imperio de las garantías constitucionales; y, por el otro, cuando no se pueda proceder por cuestiones prejudiciales.

Ese segundo supuesto se refiere a situaciones en las que no existe sentencia definitiva y donde la actuación del fiscal está condicionada por decisiones extrañas a la jurisdicción interviniente (por ejemplo, una causa seguida contra un magistrado, legislador o funcionario aforado, o pendiente de una resolución sobre competencia, o cuando se requiere alguna declaración jurisdiccional de otro fuero como en el caso de los delitos de quebrados y otros deudores punibles del Arts. 176 y ss. CP). En estos casos, se recurre a la reserva de las actuaciones.

VI. El archivo definitivo.

Como vengo explicando, el archivo de las actuaciones, decrete quien lo decrete -fiscal o juez de primera o segunda instancia- supone la resolución definitiva de la situación de incertidumbre del imputado, guareciéndolo de la doble persecución penal, con el alcance y fuerza de la cosa juzgada³⁰.

De ahí que más allá de lo especificado por el texto procesal de la Ciudad, por mandato constitucional, no sólo corresponde que sea definitivo en las hipótesis a), b), c), f) e i), sino que también tenga ese alcance en los restantes casos

respecto de quien haya sido legitimado pasivamente por la imputación penal³¹.

Es decir, cada vez que haya promediado una atribución concreta contra una persona determinada o desplegado contra ella, inequívocamente, actividad investigativa -o sea, adjudicándole la condición de imputado, indicación que incluso puede ocurrir antes de la intimación del hecho del Art. 161, por ejemplo, con el dictado del decreto de determinación del objeto de la investigación del Art. 92-, el archivo debe ser dispuesto con carácter de definitivo³².

De ahí que salvo en el supuesto señalado en d) imposibilidad de individualizar al autor del hecho, cada vez que una persona reviste la condición de imputada por haber sido advertida o apercibida de cargos en su contra, el archivo debe prosperar de manera irrevocable. De lo contrario, reitero, se estaría incorporando subrepticamente el sobreseimiento provisional o la mera "absolución de instancia", vulnerándose así el debido proceso establecido implícitamente por el Art. 18 CN.

Como se ha sostenido invariablemente, cuando el hecho investigado no es susceptible de servir como plataforma de una acusación, cuando el hecho investigado no es típico o antijurídico o cuando faltan elementos que autorizarían a sustentar la responsabilidad penal de la persona investigada, cuando no concurren elementos que consientan la punibilidad o persecución penal, directamente se debe clausurar la investigación dando por fenecida la posibilidad de volver a perseguir penalmente a la persona imputada. El "derecho a una definición" o al "sobreseimiento definitivo" es un derecho del imputado que tiene rango constitucional³³.

No paso por alto que frecuentemente se utiliza el dispositivo del archivo cuando se carece de pruebas suficientes para continuar la investigación

(ej.: se desconoce el paradero de un testigo clave para la investigación y el plazo en el que debe sustanciarse el sumario llegó a su término, etc.).

Pero aun así, tal arbitrio ha sido criticado por la jurisprudencia y doctrina autorizada, pues importa implementar una suerte de sobreseimiento provisional no contemplado por el derecho procesal penal moderno, que sólo prevé el sobreseimiento definitivo para cerrar irrevocablemente el proceso³⁴.

En ese sentido, la jurisprudencia, respecto al código de forma nacional, ha sostenido que “el archivo o reserva de las actuaciones, como modo de poner fin al proceso, importa restablecer el fenecido sobreseimiento provisional y no cuenta con respaldo en el régimen procesal de la ley 23.984, dado que resulta de raigambre constitucional (Art. 18, CN) el derecho del imputado a obtener en su caso, un pronunciamiento que defina su situación de una vez y para siempre frente al orden legal, y que ponga término a la incertidumbre que derive de su sometimiento a sospecha en el proceso penal³⁵”.

Cuando una investigación no puede prosperar corresponde su desestimación y archivo. Tal extremo pone fin a la denuncia, de modo que no puede volverse a “reabrir” la investigación sin que se afecte la prohibición del *bis in idem*. En síntesis, aunque el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires disponga que el archivo es de resorte del Ministerio Público Fiscal, se impone una interpretación amplia -Art. 1- a punto que cuando surja de la investigación la inexistencia de delito o cuando éste no le pueda ser atribuido al imputado o sean insuficientes los elementos de cargo, el juez podrá también archivar las actuaciones y sobreseerlo. Ello, en atención a que quien se ve envuelto en una causa penal, cualquiera sea el mérito de la prueba colectada que lo incrimine,

cualquiera sea el tenor de las cargas restrictivas a sus derechos que como su consecuencia tuvo que soportar y cualquiera sea el grado de vinculación formal al proceso -sospechoso, imputado, intimado, requerido, etc.- una vez que no exista posibilidad razonable de que sea conducido a juicio, tiene el derecho inalienable de verse desvinculado definitivamente y reivindicado por un pronunciamiento que ponga fin, irrevocablemente, a la situación de incertidumbre que provoca la persecución penal.

VII. La revisión de la víctima.

Ahora bien, dejo al margen y para otra oportunidad el análisis de la instancia de revisión por el fiscal de cámara cuando la decisión de archivar las actuaciones la dispone el fiscal de primera instancia en los supuestos de los incisos f), g) e i) del Art. 199 CPPCABA; pues tal cuestión exigiría adentrarse, ya de manera global, en el estudio de la constitucionalidad de algunas disposiciones de la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal, su naturaleza, su organización vertical, su unidad de actuación, si el compromiso del agente fiscal es hacia la ley o hacia la estructura, etc.; y en el examen del alcance de los criterios generales de actuación dictados por el Fiscal General de la Ciudad a los efectos del condicionamiento que impone el inciso e) de ese artículo.

Pero sí cabe indagar algunas derivaciones de la facultad para oponerse y solicitar la revisión de la decisión del archivo dispuesta por MPF que se le confiere a la simple víctima directa -Art. 200 CPPCABA: archivo por proceso injustificado- y a la víctima denunciante que formalmente haya pedido ser informada -Art. 201: archivo por autor desconocido-, es francamente cuestionable.

Dicha potestad para instar esta suerte de mecanismo de consulta, en todo caso, debió exclusivamente reconocérsela al querellante y no a la víctima.

Indudablemente, la revisión no debió quedar *ad referendum* del fiscal de cámara sino, recurso de apelación mediante, a consideración de la cámara de apelaciones; pues -como siempre y sin excepción se admitió en nuestra tradición procesal y se sigue todavía consintiendo- el Ministerio Público Fiscal no patrocina los intereses de la víctima en particular, sino los de la sociedad en general; y porque, actualmente, la víctima que decida intervenir en el proceso para hacer valer sus derechos, debe constituirse en parte querellante, con las facultades y responsabilidades que esto implica. Por lo demás, los derechos de la víctima están suficientemente reconocidos a través del resto del articulado del código de forma de la Ciudad -Arts. 37 y 38- .³⁶

Pero a la dudosa razonabilidad de la posibilidad de que la mera víctima ponga en crisis una decisión del fiscal de grado, algunas interpretaciones extensivas del Art. 202 CPPCABA tuercen todavía más el esquema.³⁷

Insisto, a la ya muy discutible procedibilidad y logicidad de los supuestos enumerados en el Art. 199 CPPCABA -incs. f), g), i), e)- nada autoriza a que, además, se extienda a los restantes casos la intervención de la alzada fiscal para que ésta controle la razonabilidad y acierto del archivo dispuesto por los fiscales inferiores, con la posibilidad de la revocación de aquella decisión.

Lejos de admitirse el razonamiento analógico sobre la base de los “lineamientos que fija el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”³⁸, debe deducirse, estrictamente, que si el legislador hubiese pretendido la generalización, directamente así lo hubiese hecho y no recurrido a detallar las hipótesis en

que cabría la intervención del fiscal de cámara; es decir, exclusivamente la previό para los supuestos de los incisos g), h), i) y e) del Art. 199.³⁹

Por lo tanto, que los delitos de tenencia y portación de armas no generen víctimas o damnificados y denunciante⁴⁰ y más allá de que así se amenazaría “con tornar estériles las normas procesales que regulan la intervención del Fiscal de Cámara”⁴¹, no autoriza forzar el alcance dogmático penal de aquellos términos para procurar “la revisión de las resoluciones que ponen fin al proceso en los casos en los que se encuentra involucrada la posesión ilegal de un arma de fuego en manos de la población civil”.⁴²

Es decir, víctima y damnificado no son términos flexibles y, por lo tanto, no pueden ampliarse para dar cabida, en última instancia, a cualquier persona.

En rigor de verdad, no surge “palmariamente (...) la intención del legislador de establecer un conjunto amplio de personas legitimadas para impulsar el mecanismo interno de control del Ministerio Público Fiscal”.⁴³ Tampoco que para lograr ese efecto el legislador haya diferenciado víctima y damnificado⁴⁴ y que la distinción resulte del Capítulo 3 del Título 1 del CPPCABA, particularmente de su Art. 10 o del Art. 78 del Código Procesal Penal de la Nación.⁴⁵

Por el contrario, el Art. 10 del CPPCABA se refiere exclusivamente a la persona “directamente afectada por un delito” que decida, reuniendo los requisitos legales, a actuar como parte a través de la figura del querellante. El párrafo siguiente ese artículo reza que “la participación de la víctima como querellante (...)”, *ergo*, como corresponde, víctima es la persona directamente afectada por el delito.

Por lo demás, la locución normativa “persona directamente afectada por un delito” no es una expresión antojadiza del legislador de la

Ciudad sino que, indudablemente, fue tomada de la tradición procesal de nuestro país.⁴⁶ En este sentido, y esto es lo realmente palmario, persona directamente afectada u ofendida es aquella sobre la que se conjuga el verbo a que se alude en la descripción típica acuñada en la ley penal; es la que, de modo especial, singular, individual y directo, se ve afectada por la lesión o peligro que el delito comporta.

También corresponde diferenciar la persona lesionada -que es la ofendida por el delito y única legitimada para ser querellante- de la dañada -que es la damnificada, o sea, la perjudicada por el delito y que, a lo sumo, podrá participar como actor civil en el proceso penal-. Obviamente, ambas facetas pueden confluír en la misma persona y, en este caso de quererlo la víctima, podrá conjuntamente actuar como querellante y actor civil, o actuar con una u otra calidad.

En esa comprensión, Jorge A. Clariá Olmedo sostenía que “ofendido” es el titular del bien jurídico tutelado que el hecho delictivo ataca poniéndolo en peligro o destruyéndolo. “Damnificado” es quien por ese hecho sufre un perjuicio por la disminución o destrucción de un bien suyo tutelado por la ley y apreciado económicamente. El ofendido siempre ha de ser damnificado, aunque hay casos en los que el damnificado no es el ofendido, pues sólo sufrió un menoscabo patrimonial.⁴⁷

El Artículo 1079 del Código Civil define también la cuestión: “la obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquél a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona que hubiera sufrido, aunque sea de manera indirecta”, es decir, el primero es quien puede ser querellante, los otros solamente tienen derecho a exigir la reparación mediante la acción civil resarcitoria.

La mayoría de los Códigos Procesales del

país circunscriben el concepto de víctima a la condición de ser damnificado y algunos textos directamente se refieren a damnificado adjetivándolo como particular⁴⁸; pero, en todo caso, siempre se requiere que se trate de la persona ofendida. A lo sumo, se ha sostenido que no es pauta segura -aunque sí la principal- la titularidad del bien jurídico protegido para legitimar la actuación como querellante o particular damnificado, pero siempre se ha exigido que se derive del hecho alguna ofensa directa y real para quien pretende así constituirse⁴⁹.

Reitero, cualquier otro sujeto que no haya sido ofendido o damnificado por el hecho es completamente extraño y ajeno y, más allá de su interés social, nada podrá pretender en un proceso penal particular.

Es encomiable la participación ciudadana, pero no es un proceso penal cierto y singular el canal para que colabore. La sociedad, enseñaba Alfredo Vélez Mariconde, está organizada conforme a derecho y la Constitución Nacional reconoce, al lado del principio de soberanía nacional, el principio que impone el régimen representativo republicano.

En consecuencia, desde un plano político, no cabe duda que la institución del ministerio público pertenece a la naturaleza de los gobiernos representativos y son sus agentes, y eventualmente la víctima directa del delito constituida como querellante, los llamados a ejercer, conforme la reglamentación, la pretensión penal.

Decía Vélez Mariconde: “La acción popular en su forma subsidiaria o complementaria de la acción Estatal, en un régimen democrático, debe poderse desenvolver en la esfera del derecho público que toca los derechos políticos y la administración pública, pero no se puede admitir en el procedimiento penal, en el que se trata de la libertad y del honor de los ciudadanos”.⁵⁰

Y agregaba: “La acción popular es, sin duda, una forma primitiva que necesita de una ficción: que los ciudadanos, por ser miembros de la colectividad a la cual hiere el delito, van a procurar la justicia penal en su nombre y representación; que van a cooperar en la administración de justicia, sofrenando todo instinto malvado, acallando todo sentimiento bajo, olvidando la lesión del propio derecho, no para saciar una venganza, sino para solicitar la aplicación del derecho público en defensa de la sociedad. Y la concepción que propugna esa intervención descansa en un error evidente: el de considerar que este derecho del Estado es también y ante todo un derecho del ciudadano. Si no es un derecho del Estado, de la sociedad organizada y constituida en entidad jurídica, no podrá ser al mismo tiempo un derecho de los ciudadanos”⁵¹.

Particularmente, si se trata de delitos de los clasificados como de peligro abstracto y contra la seguridad pública, la trasgresión es contra el orden jurídico social, es decir, contra el Estado, de modo que éste es el realmente ofendido y exclusivamente facultado para promover la pretensión represiva emergente del delito.

Finalmente, es cierto que el Art. 202 del CPPCABA describe que en caso del archivo por falta de pruebas dispuesto por el fiscal, éste deberá notificarlo “al/la damnificado/a, a la víctima, al/la denunciante (...)”, como si damnificado y víctima fueran personas distintas. Pero a falta de cualquier otra precisión o referencia en el código sobre el término damnificado nada, absolutamente nada permite colegir el alcance desmesurado que se pretende.

A todo evento, y ante la necesidad de darle contenido a la voz damnificado, habida cuenta de que se trata de una palabra con una inveterada tradición en nuestro lenguaje procesal, no queda otra alternativa que acudir a la doctrina

consensuada y, en este sentido, toda la doctrina asimila damnificado a víctima o, a lo sumo, a la persona afectada patrimonialmente por el delito.

En todo caso, no se puede por presuntas ventajas de política criminal, y menos *in malam partem*, analógicamente atribuirles un significado forzado a damnificado o víctima para lograr la intervención del fiscal de cámara⁵².

Del mismo modo, concibo que el denunciante al que se refiere el Art. 202, racionalmente no pueda ser otro que la víctima que puso en conocimiento de la autoridad competente la presunta comisión del delito y no cualquier otro denunciante, cuyos derechos quedan circunscriptos a los descritos en los Arts. 37 y 38 CPPCABA y cuya única otra intervención en el proceso podría ser en calidad de testigo⁵³.

El principio acusatorio, en su verdadero sentido de contienda de partes y de igualdad de armas se vería aniquilado si se permitiese que cualquier extraño, sin ningún compromiso y responsabilidad formal y legal y con sólo un interés lato, se involucre en un proceso penal concreto.

Por supuesto, y mucho más claro aún, tampoco cuando el fiscal califique que el hecho investigado no es un delito sino sólo una contravención podrá intervenir el fiscal de cámara para revisar esa calificación. Si la intervención del fiscal superior jerárquico no fue como consecuencia de la revisión del archivo en los casos rigurosamente previstos por el Código Procesal Penal de la Ciudad, devendrá improcedente y así deberá plantearse ante el tribunal para que nulifique su intervención.

Notas

¹ Portal Web de la Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires, “Novedades”. www.defensoria.jusbaires.gob.ar

² Los Arts. 113, 116, 127, 132, 148, 152, 154, 161, 178, 199, 204, 205, 311, 335, entre otros, reconocen al Ministerio Público Fiscal ciertas atribuciones que deberían ser de competencia jurisdiccional, amén que, en algunos casos, pueda acudir al escrutinio del juez.

³ Esta tesis, es sabido, ha sido avalada por algunos integrantes del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad.

⁴ Al respecto, es esclarecedor el voto de la Dra. Conde: “...Sería bueno que se comprenda que las garantías expuestas en el Art. 13 de la CCABA se refieren a la seguridad individual en materia penal, a la seguridad del ciudadano que es perseguido penal o contravencionalmente. No es posible hacer uso de esas garantías con el fin de privar al imputado de un beneficio concedido... Las garantías constitucionales invocadas como fundamento del recurso fiscal no pueden ser opuestas por su parte dado que no están concebidas para proteger al Estado de sí mismo, sino para y a favor de los imputados...” (Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, sentencia del 29/4/09, expte. N° 6235/08 autos “Sacaca, Benito Gabriel s/ infr. Art. 111 CC”).

⁵ La alusión a la dicotomía pertenece a Máximo Langer, quien da cuenta de manera impecable la alternatividad de los dos modelos, en “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”, en *El procedimiento abreviado*, compiladores Maier, Julio B. J. y Alberto Bovino, Buenos Aires, Editores del Puerto S. R. L., 1ª reimpresión, enero de 2005, pp. 97-133.

⁶ El esquema acusatorio se remonta a los albores de la civilización occidental; así, ya con la tradición retórica de la Grecia clásica por obra de los oradores áticos, desarrollada luego por Aristóteles, recogida por Hermágoras de Temnos, Cicerón y los juristas romanos de la época imperial, pero se pierde con la caída del Imperio Romano. La Recepción en Europa se realizará por los canonistas, pero desde su singular perspectiva y, sobre todo, con el claro objetivo de conservar el dogma cristiano: “suprimiendo todo riesgo que de la discusión y competición dilemática entre razones opuestas, articulada y resuelta por confirmaciones y refutaciones” se lo terminara poniendo en duda, tal la caracterización de Ferrajoli, Luigi, en *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1997, p. 137.

⁷ Maier, Julio B. J.: *La Ordenanza Procesal Penal Alemana*, Buenos Aires., Depalma, 1978, p. 24.

⁸ Se llegaba hasta dirimir las contiendas judiciales en duelos o combates, e incluso, a través de ciertas pruebas que los contendientes debían atravesar con fortuna (ordalías o juicios de Dios), mediante los cuales la divinidad mostraba, por signos físicos fácilmente observables, la razón de la parte victoriosa y justicia del caso. Maier, Julio B. J., en *Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto S. R. L., 1996, 2ª edición, p. 269.

⁹ Michel Foucault así lo explica: “como el pleito judicial aseguraba la circulación de los bienes, el derecho de ordenar y controlar ese pleito judicial, por ser un medio de acumulación de riquezas, fue confiscado por los más ricos y poderosos. La acumulación de la riqueza y el poder de las armas y la constitución del poder judicial en manos de unos pocos es un único proceso que se fortaleció en la alta Edad Media y alcanzó su madurez con la formación de la primera gran monarquía medieval, en la segunda mitad del siglo XII(...) aparecen una serie de fenómenos totalmente novedosos: una justicia que no es más un pleito entre individuos (...) aparece una figura que no tiene precedentes en el derecho romano: el procurador (...) representante del soberano, del rey o señor que viene a doblar y, paulatinamente, a sustituir a la víctima (...) aparece la noción de la infracción (...) ofensa que infringe un individuo al Estado, al soberano como representante del Estado, un ataque no al individuo sino a la ley misma del Estado (...) el Estado, o mejor, el soberano, es no sólo la parte lesionada sino además la que exige reparación. Es así que aparece con el mecanismo de las multas el gran mecanismo de las confiscaciones. Las confiscaciones de bienes son para las monarquías nacientes uno de los grandes medios para enriquecerse e incrementar sus propiedades.”, en *La verdad y las formas jurídicas* (Barcelona, 8ª reimpresión, Gedisa editorial, 2001, pp. 75-77.) y en *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión* (México, 14ª edición, Siglo Veintiuno Editores, 1988).

¹⁰ En el Reino Unido el proceso fue diferente, al punto de que el juicio entendido como debate entre dos iguales ante un tercero imparcial que asegura jurídicamente esa igualdad rige, desde el año 1215 con la Carta Magna y las sucesivas peticiones, hasta la actualidad.

Igual que en los países que en algún momento integraron el Imperio Británico y el *Common law*. Casualidades históricas hicieron que el Reino Unido, a pesar de su autoritarismo monárquico, prácticamente nunca conociera el método inquisitivo de enjuiciamiento: a comienzos del siglo XVI, Enrique VIII -por sus propios intereses personales- rompió con la Iglesia Católica y expulsó a los inquisidores dominicos. Luego, en el *Common law* no hay impulso judicial, ni prueba oficiosa, ni intervención de los jueces en la formulación de preguntas a partes y testigos, ni búsqueda denodada de la verdad, etc.

¹¹ El contradictorio es, justamente, uno de los principios sobre los que se funda el modelo garantista de raíz ilustrada y liberal, así, Ferrajoli, Luigi, ob. cit., p. 33. Una buena definición de lo que debe entenderse por contradictorio la da Julio Maier: “la base esencial del derecho a defenderse reposa en la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación; ella incluye, también la posibilidad de agregar, además, todas las circunstancias de interés para evitar o aminorar la consecuencia jurídica posible... o para inhibir la persecución penal. Tanto es así que algunas constituciones incluyen directamente en su texto el derecho a ser oído como base de desarrollo de lo que nosotros conocemos como derecho a ‘defenderse’”. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el fallo “Brandstetter vs. Austria” se expresó en el siguiente sentido: “...El derecho a un proceso penal contradictorio implica la facultad de tomar conocimiento de las observaciones o elementos de prueba producidos... así como discutirlos”. Es decir, el derecho a una intervención integral y desde el inicio del imputado y su defensor para controlar la prueba se explica en función de equiparar las posibilidades del imputado respecto del aparato estatal en su rol acusador. La idea del debido proceso penal no puede prescindir de una concepción consistente en la llamada “igualdad de armas” entendida como el “dar igualdad de oportunidades en igualdad de condiciones a todos los que intervengan en el proceso, pero especialmente al imputado, o con otras palabras: igualdad de tratamiento entre la acusación y el imputado y su defensa...”.

¹² Este cambio, que comienza a operar en Europa Continental en el siglo XVIII con las expresiones culturales del Iluminismo en el campo filosófico y político y culmina con la Revolución Francesa, en el ámbito del derecho procesal penal da origen al denominado sistema de persecución penal mixto; al respecto, Maier, J. B. J., ob. cit., en nota a pie de p. 4, pp. 334-367 y pp. 449-454.

¹³ Baumann, Jürgen: *Derecho Procesal Penal*, Bs. As. Depalma, 1986, pp. 48-49.

¹⁴ CSJN, Fallos: 299:249.

¹⁵ Farrajoli, Luigi: *Derecho y Razón*, Madrid, Ed. Trotta, 1995, pp. 580-581.

¹⁶ Francesco Carnelutti, en su artículo “Poner en su puesto al Ministerio Público,” *Rivista de Diritto Processuale*, 1953, I, publicado en *Cuestiones sobre el proceso Penal*, Bs. As., Ed. Librería del Foro, 1994, p. 211.

¹⁷ CSJN, en “Quiroga”, (Fallos: 327:5863), rta.: 23/12/2004; ratificado en “Amarilla”, (A.2655.XXXVIII “Amarilla, Javier O. s/ causa N° 4330”), rta. 23/12/2004 y “Espíndola”, (Fallos: 330:4875), rta. 27/11/2007.

¹⁸ CSJN, Fallos: 326:1106, rta.: 10/4/2003.

¹⁹ En: *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Bs. As., AD-HOC, 2003, pp. 52-53.

²⁰ En este sentido, D’Albora, Francisco J., en *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*. T. I, Bs. As., Ed. LexisNexis, , 2005, p. 185.

²¹ Binder, Alberto M.: *Introducción al derecho procesal penal*, ed. AD-HOC, Bs. As., 1993, pp. 160-161.

²² Así, Vélez Mariconde, Alfredo: *Derecho procesal penal*, T. I, Buenos Aires-Córdoba, Ed. Lerner, 1986, p. 252; Baumann, Jürgen: *Derecho procesal penal*, Bs. As., 1986, p. 55; Maier, Julio. B. J.: *La investigación penal preparatoria del Ministerio Público*, Bs. As., 1975, p.17 y en *Derecho procesal penal argentino*, t. I, p. 545; Schmidt, Eberhard: *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1957, pp. 71 y ss; Gössel, Karl-Heinz: *El Ministerio Público en el procedimiento penal*, Bs. As. Doctrina Penal, 1981, pp. 631 y ss. Bibliografía citada por Rusconi, Maximiliano: *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Bs. As., AD-HOC, 2003, p. 65.

²³ Así, Clariá Olmedo, Jorge A.: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. V, Bs. As., Ed. Ediar, 1960, p. 444; Maier, Julio B. J., en *Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos*, Bs. As., Editores del Puerto, 2004, p. 592.

²⁴ Satta, Salvatore: *Manual de Derecho procesal civil*, v. I, Bs. As., Ed. Ejea, 1972, p. 165; Palacios, Lino E.: *Derecho procesal civil*, Bs. As., Ed. Abeledo-Perrot, , 1968, p. 259.

²⁵ Maier, Julio B. J., en ob. cit., p. 592.

²⁶ Idem, p. 592.

²⁷ Incluso durante la vigencia del sobreseimiento provisional la doctrina y jurisprudencia lo fustigaron por demás enérgicamente por vulnerar el derecho a la definición que poseía el imputado. Más, el cuestionamiento se extendió a cualquier paralización provisoria o prórroga extraordinaria del procedimiento penal que enmascarara un auténtico sobreseimiento provisional. De tal modo, si no existía grado de certeza o mérito para elevar la causa a juicio, aún en esa época, se postulaba el dictado del sobreseimiento que terminara para siempre con las situaciones de indefinición.

²⁸ Así, Cevasco, Luis J.: *Derecho Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ed AD-HOC, 2009, p. 276.

²⁹ El Art. 105 CPPCABA prevé el archivo directo por el juez cuando vencidos los plazos de los Arts. 104 y 105 el fiscal no se hubiere expedido solicitando la remisión a juicio, la clausura provisional o el archivo de las actuaciones.

³⁰ Consiguientemente, cualquier pretensión de reapertura deberá ser puesta a consideración del juez quien, tras el correspondiente traslado a la Defensa técnica para que se expida, deberá decidir si corresponde o no, quedando a salvo, asimismo, el principio de doble conforme con la vía recursiva. Por lo demás, de no habersele dado intervención a la Defensa, ésta podrá deducir su oposición a la reapertura inmediatamente a partir del momento en que tomó conocimiento del desarchivo.

³¹ En verdad, el hipótesis del Art. 199, inciso g): cumplido el acuerdo alcanzado en instancia de mediación o composición penal o incumplido el acuerdo por causas ajenas a la voluntad del imputado pero igualmente lograda la composición del conflicto, no parece conciliarse con la previsión del Art. 203, tercer párrafo, en orden a la frustración u omisión maliciosa del imputado del acuerdo de mediación; pues, lógicamente, cumplido lo acordado o incumplimiento no oponible al imputado descartan cualquier supuesto de frustración maliciosa.

³² Estas consideraciones se extienden a la clausura provisional del Art. 208 CPPCABA.

³³ En el fallo "Mattei" (Fallos 272:188) la CSJN sostuvo que "obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del Estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez y para siempre, su situación frente a la ley penal" (considerando 10).

³⁴ CSJN, en "Acosta Martínez, José Delfín s/ muerte por causas dudosas", A. 214. XXXVI Recurso de hecho, causa N° 22.190/96, rta.: 18/12/2001.

³⁵ Así, CNCrim. y Correc. de la Capital Fed., Sala VII (Int.) –Bonorino Peró, Ouviaña-, c. 5.517, "Mussi de Odriozola, Silvia", rta. el 3/12/96, entre muchísimos otros. Cabe recordar que el sobreseimiento provisional procedía cuando los medios de justificación acumulados en el proceso no eran suficientes para demostrar la perpetración del delito, de modo tal que su dictado dejaba el juicio abierto hasta la aparición de nuevos datos o comprobantes que permitieran continuar con las actuaciones.

³⁶ La problemática de la víctima y la figura del querellante, a su vez, retrotraen al debate que genera la victimología y el rol legítimable de la víctima en el proceso penal moderno.

³⁷ Con los "Criterios de Actuación" de la Resolución 178/2008, el Fiscal General de la Ciudad, ante la omisión legal de un instrumento que le permita controlar en todos los casos la actuación de sus agentes fiscales, forzando la interpretación del Art. 202, estableció para la tenencia y portación de armas la revisión generalizada por el Fiscal de Cámara del archivo de la investigación dispuesta por los agentes fiscales; es decir, una suerte de *per saltum* fiscal (por la locución latina que significa "por salto, sin derecho").

³⁸ De los considerandos de los "Criterios de Actuación" de la Resolución 178/2008.

³⁹ Por supuesto que si los fiscales de Cámara, el Fiscal General Adjunto o el Fiscal General advierten mal desempeño de alguno de sus subalternos, deberán denunciarlo para que en su caso se aplique el procedimiento correspondiente, se revise su actuación y, eventualmente si cabe, se lo sancione.

⁴⁰ Pues, efectivamente, la tenencia y portación de armas son de los delitos clasificados como de peligro abstracto y contra la seguridad pública o común y no suponen acometimiento contra nadie en particular.

⁴¹ De los considerandos de la RFG 178/2008.

⁴² De los considerandos. El artículo 1 de la Resolución en cuestión, dispone que en los supuestos de los Arts. 200, 201 o 202 los agentes fiscales que hubiesen dispuesto el archivo deberán dar intervención al Fiscal de Cámara, al parecer automáticamente, sin reparar en la necesaria instancia del planteo de revisión hecho por la víctima –Art. 200- o la víctima que formalmente haya pedido ser informada al denunciar –Art. 201-.

⁴³ De los considerandos RFG 178/2008.

⁴⁴ Pareciera que la distinción sólo se reserva para el caso de tenencia y portación de armas, sin embargo, abre las compuertas para que cualquiera, en cualquier delito, pueda inmiscuirse sin ninguna responsabilidad, y solicite la reapertura de un proceso archivado.

⁴⁵ En realidad, el Art. 78 del CPPN citado por la Resolución 178/2008 se refiere al examen mental obligatorio al que se debe someter al imputado en caso de que se le atribuya delito reprimido con pena no menor a (10) diez años. Probablemente, el Fiscal General habrá querido decir "Art. 79" que se refiere a los derechos de la víctima de un delito.

⁴⁶ Conforme vengo expresando, hay una frondosa y concordante doctrina, me remito a la obra *La Querrela*, de Guillermo R. Navarro y Roberto R. Daray- Bs. As., Ed. DIN Editora, 1999, pp. 45 y ss., -que, a su vez, remite a todos los procesalistas más prestigiosos.

⁴⁷ Clariá Olmedo, Jorge A.: *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo II, Sujetos Procesales Penales*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1963, p. 321.

⁴⁸ Así, el Art. 77 del CPP de la Provincia de Buenos Aires.

⁴⁹ Un caso académico explica la diferencia: el dueño de un vehículo lo presta a una persona a quien se lo sustraen llevándose el asaltante solamente el vehículo. El dueño es la víctima u ofendido o damnificado y, eventualmente, podrá constituirse en querellante o actor civil; pues es la única víctima o lesionado como titular del bien jurídico. Quien lo recibió en préstamo no es la víctima del robo –en sentido técnico- y, a lo sumo, podrá serlo de la amenaza si no queda absorbida por el robo. Pero si se trata del robo, aunque haya sido "víctima" del mal momento, el circunstancial tenedor no es víctima ni damnificado aunque sea el denunciante o quien puso en conocimiento de la autoridad la *notitia criminis*.

⁵⁰ Vélez Mariconde, Alfredo: *Derecho Procesal Penal, Tomo I*, 2ª edición corregida y aumentada, Bs. As., Ed. Lerner, 1969, p. 287.

⁵¹ Vélez Mariconde: Ob. cit., pp. 288 y 289.

⁵² Como dije anteriormente, en la más extensiva de las interpretaciones posibles, a lo sumo podrá activarse esta revisión en la hipótesis del Art. 202, esto es, en el caso de archivo por no haber podido el fiscal acreditar que el hecho efectivamente ocurrió o individualizar al imputado o supuesto de atipicidad, pero nunca en los demás casos de archivo.

⁵³ Ni la efectiva mención de estadísticas y del interés global de la sociedad por la problemática de la tenencia y posesión de armas, ni la evocación del juicio por jurados a que se refiere la Constitución Nacional de 1853, ni la referencia a las tantas organizaciones oficiales o no gubernamentales relacionadas con la seguridad pública en general, fundamentan y habilitan una reinterpretación forzada de la ley para propiciar un "cambio de paradigma".

Dra. Liliana B. Costante

Abogada. Docente de la Facultad de Derecho (UBA). Doctoranda en Derecho Político.
Miembro activo de organismos nacionales e internacionales consustanciados con los Derechos Humanos.

Sobre el Derecho Humano a la vivienda: a propósito del lamentable fallo del TSJ en el caso “Alba Quintana”

Introducción.

Los órganos del poder en sus respectivas competencias justifican límites de tal concreción con fundamentos ética y jurídicamente inválidos -a tenor del bloque federal de constitucionalidad-. El voto mayoritario en el fallo aquí puesto en crisis¹, es un lamentable ejemplo de lo dicho. Por el contrario, el meduloso y profundo análisis que lleva a la jueza Alicia Ruiz a su voto en minoría, nos remite a la doctrina y jurisprudencia correctas en la materia, las cuales -además- han sido receptoras de la lucha en el orden nacional e internacional por el reconocimiento normativo de los derechos que integran los instrumentos internacionales incorporados a la CN.

Las normas de DDHH, por su sola literalidad, no pueden borrar el peso del pasado que “pone de relieve las condiciones en que deben arrastrar su existencia algunos de los miembros de nuestra sociedad cada vez menos igualitaria. (...) Tras la exigencia básica dirigida al poder administrador para que provea una vivienda, se van desgranando las condiciones primarias de la garantía existencial alimentaria y de la salud, que el poder judicial requiere del administrador, como eficaz proceder para la subsistencia de quienes, en esta sociedad individualista y de consumo, no están en condiciones de supervivir más allá de los que da la limosna o el delito”². En ese sentido, “Alba Quintana” podría haber sido un fallo del que el TSJ pudiera haber hecho docencia sobre las causas -estructurales y coyunturales- por las que un hombre de apenas 42 años,

con problemas cardíacos, sin familia, queda solo en situación de calle en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. También podría haber sido una pieza aleccionadora tanto en el incentivo a la ciudadanía para reclamar la concreción de sus derechos como para los funcionarios públicos en términos de lo deficitario del sistema de subsidios y de otras modalidades indispensables de satisfacción de las necesidades básicas del ser humano. Nada de eso ocurrió. Antes bien, lo contrario.

Pablo Alba Quintana - ese es el nombre de aquel cuyos derechos fueron representados por la Defensoría Pública - se ve compelido a solicitar auxilio al Poder Judicial para que los jueces ordenaran el otorgamiento de un subsidio con el que pudiera afrontar íntegramente los costos de un lugar para vivir, al haber expirado el subsidio que tenía y contar con la negativa de otro por parte del coordinador del área. En primera y segunda instancia su solicitud tuvo, correctamente, acogida favorable. Recibido el expediente en el TSJ por recurso de inconstitucionalidad -que el Sr. Fiscal General Adjunto propiciara declarar mal concedido-, los votos de los jueces Casás, Conde y Lozano muestran un posicionamiento restrictivo en materia de DDHH que contradice doctrina y jurisprudencia consolidada y asesta un duro golpe a la expectativa -siempre presente, a pesar de todo- de un Poder Judicial que funcione como parte del engranaje político indispensable para la efectivización de los Derechos Humanos por lo menos reconocidos normativamente.

Normativas y principios aplicables al derecho a la vivienda.

El derecho a la vivienda se ubica dentro del entramado de los DDHH, de cuya interdependencia surge de la propia realidad del ser

humano³. Por ende, no pasa por el derecho a adquirir la propiedad de ella -o, por lo menos, sólo a eso⁴-, sino al de vivir en un espacio físico por cuya calidad el ser humano encuentre la seguridad, la paz y la dignidad que necesita para realizarse como tal dentro de su proyecto de vida personal, o familiar o comunitario⁵. Vaya aquí un mínimo repaso de normativas y principios aplicables específicamente a la materia.

Constitución Nacional.

Artículo 75 inc. 22: el derecho humano a la vivienda -en las condiciones y protección que merece, y el Estado parte se obliga a cumplir- aparece en particular -pero no exclusivamente- en el PIDESC (Art. 11.1) y en las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Com/DESC) -siendo éste el órgano de interpretación autorizado del Pacto en el plano internacional⁶-. De su labor respecto al derecho a la vivienda no puede soslayarse la Observación General N° 7 (Obs. gral. 7) que guarda conexidad con la Obs. gral. 4 del mismo Comité.⁷

Los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional que han consagrado expresamente el derecho a la vivienda:

-Declaración Universal de Derechos Humanos establece, Art. 25.1: “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud, el bienestar, y en especial (...) la vivienda.”

-Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Art. XI: “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a (...) la vivienda (...)”

-Pacto Internacional de Derechos Económi-

cos, Sociales y Culturales, Art. 11: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados (...) .”

- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención de los Derechos del Niño, la Convención sobre Migraciones y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial establecen similares provisiones.

En tanto la Constitución Nacional señala que los tratados de DDHH tienen jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia, ésta se conforma con las reservas que cada Estado plantea y con los productos de la labor de los Comités (Observaciones Generales -Obs. Generales- y Observaciones Finales -Obs. finales-) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual certeramente señala: “[...] los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.” (Cfr. Opinión Consultiva -OC-2/82 del 24/09/1982). Asimismo: la OG 3; la OG 14

-cfr. Pto 30 de dicho instrumento-; los Principios de Limburg (principio 25º y principio 72); las Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos Económicos, Sociales y Culturales (enero de 1997), ptos. 8º y 9º).

Constitución Local.

Son de aplicación los Arts. 10; 20, 23; 24; 31 y 46 con respecto al compromiso de la CABA para con la concreción de la salud integral⁸. Nótese que toda la normativa superior debe articularse, en ese sentido, con el artículo 17 CCABA que impone el deber de la Ciudad de desarrollar políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos.

Reglas hermenéuticas para la correcta interpretación y acorde aplicación del derecho de los DDHH - dentro del que se encuentra el derecho a la vivienda-

La CIDH ha manifestado que el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene normas específicas de interpretación, pues la redacción de la mencionada disposición está hecha con el criterio central de que no se entienda que la misma tuvo por objeto, de alguna manera, permitir que los derechos y libertades de la persona humana pudieran ser suprimidos o limitados en particular a aquellos previamente reconocidos por un Estado Parte o por otra convención en que sea parte uno de dichos Estados (OC. 4/84 del 19/01/1984, serie A N° 4, párrafo 20).

Conceptos como el de “pobreza extrema” o el de “vivienda mínima” o el de “máximo de recursos disponibles”, señalados en instrumentos internacionales de DDHH referidos en el pre-

sente trabajo, pueden dar pie a manipulación tendenciosa de su significado con el fin de justificar las restricciones que el Estado provoque en el universo de personas a ser atendidas prioritariamente por aquél. La posibilidad de conformación de una sociedad democrática se nutre con el cumplimiento de rango superior en los productos surgidos tanto de los órganos políticos de la representación política como de los tribunales en cualquiera de las materias, competencias y jurisdicción, en tanto todos interpreten cabalmente las causas y consecuencias de los asuntos llevados a su conocimiento y resolución, desde la interpretación que de ellos hace el sistema de DDHH. Señalaremos sucintamente, entonces, las reglas hermenéuticas en la materia, a efectos de su correcta aplicación al caso, adelantando que en las actuales condiciones de avance jurídico en el reconocimiento normativo de los DDHH, el fallo “Alba Quintana” muestra otra vez, con notoria dureza, que aquella literalidad sigue quedando a expensas de decisiones políticas que las concreten o las ignoren. Para el caso, las sentencias de mérito junto al voto en disidencia de la jueza Ruiz del TSJ son ejemplo de las primeras.

1. La regla general de interpretación es la de buena fe.

En palabras de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “(...) buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (Art. 31.1). En ese sentido -para el tema que nos ocupa- cabe señalar que “el objeto y fin de la Convención Americana es la eficaz protección de los Derechos Humanos. Por ello, la Convención debe interpretarse de manera de darle su pleno sentido

y permitir que el régimen de protección de los Derechos Humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera todo su ‘efecto útil’⁹.

2. El principio *pro homine*.

Es el principio cardinal en el sistema internacional de DDHH “en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los Derechos Humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”¹⁰. En consonancia con el principio *pro homine*.

A) El derecho humano a la vivienda lo es, en la medida y de conformidad a las condiciones que se señalan como “vivienda adecuada”¹¹ y tal categoría surge de: a) la disponibilidad de servicios, materiales e infraestructuras; b) Gastos de vivienda soportables; c) la habitabilidad, que implica espacio adecuado a sus ocupantes, garantizándoles protección y seguridad; d) la cercanía o mejor posibilidad de acceso a centros de empleo, servicios de atención de salud, guarderías, escuelas y otros servicios; e) una relación adecuada a la expresión de la identidad cultural de la vivienda.

B) Un componente esencial del derecho a la vivienda es el ejercicio de su uso y goce¹². Esto es, “la seguridad jurídica de la tenencia” de toda vivienda -sea adecuada o no lo sea-. El marco de protección comprende, incluso, a las ocupaciones sin título o ilegales.

El cambio rotundo del sistema de DDHH pasa por escudriñar -el hecho y la aplicación del Derecho-, “desde otra mirada” (Courtis, 2009)

que “impulse un nuevo mecanismo de intervención estatal que contempla tres dimensiones: i) una dimensión ética, que se basa en los principios plasmados en los derechos humanos de carácter vinculante; ii) una dimensión procesal, que consiste en mecanismos instituidos que facilitan el diálogo entre actores sociales y políticos y que permiten traducir los acuerdos logrados en instrumentos normativos y, a la vez, traducir estos instrumentos en políticas; y, finalmente, iii) una dimensión de contenidos relativos a la protección social, que oriente acciones concretas en los campos donde la población se sienta más desprotegida, (...)”¹³

3. Principio *in dubio pro justitia socialis*.

La CSJN ha adoptado tal criterio hermenéutico en “Vizzoti” (Fallo; 327:3677), en clara sintonía con el principio *in dubio pro justitia socialis* que explicitó en el caso “Bercaitz” (Fallos 289:430).

Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes -al serles aplicadas con este sentido- consiguen o tienden a alcanzar el ‘bienestar’, esto es, “las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad” (del fallo “Bercaitz”). Este principio se entronca con el principio de favorabilidad -formulado por autores alemanes a partir de la Constitución de Weimar-.

En el Preámbulo de la Constitución Nacional se puede rastrear el principio aludido en el ‘objetivo preeminente’ de ‘promover el bienestar general’ que aquél propone obtener para “todos los habitantes del suelo argentino”.¹⁴

4. El principio de progresividad en DDHH. La prohibición de regresividad.

El principio de progresividad en materia de DDHH ressignifica todo el plan de gobierno en cuanto habrán de preverse los recursos que deben ser provistos para la satisfacción de las necesidades y derechos insatisfechos. Esta ressignificación es malversada cuando -desde sectores conservadores o posiciones de adhesión a esa ideología- se restringe el sentido de la progresividad señalando, por ejemplo, la falta de recursos disponibles según lo establecido en las partidas presupuestarias correspondientes. Lo mismo sucede cuando se lo hace esgrimiendo el temor a la desestabilización política que puedan provocar los sectores refractarios al acceso igualitario del producto social, tanto como a la posible crisis económica que provocaría el reordenamiento de las decisiones políticas en función del nuevo paradigma.¹⁵

El principio de progresividad importa la prohibición de regresividad. De acuerdo a este principio, una vez reconocido un derecho y efectivizado su goce respecto de personas que se encuentran en una situación de precariedad socio-económica -esto es, el reconocimiento de un status jurídico básico de inclusión social-, su vigencia no puede eliminarse posteriormente sin el reconocimiento, por parte del Estado, de alternativas razonables. En efecto, una vez que la administración cumple con las tareas constitucionalmente impuestas y, en consecuencia, amplía el ámbito de protección de los derechos de los más necesitados, está obligada a abstenerse en el futuro de desarrollar actividades que atenten contra esa situación. La no regresividad constituye una limitación constitucional a la reglamentación de los derechos sociales, vedando -en consecuencia- a las autoridades públicas de la posibilidad de adoptar medidas que reduzcan el nivel de los derechos sociales de que goza la población, más aún si se encuentran en

situaciones de extrema precariedad y exclusión social. “En consecuencia, una vez concretado el derecho a través de los diversos programas implementados a tal efecto, no puede luego la Ciudad reducir su ámbito de efectiva vigencia, invocando a tal efecto el mero transcurso del tiempo cumplido”.¹⁶

Llegado a determinado nivel o estadio de concreción, no se vuelve al anterior de mayor déficit de realización del derecho. En ese sentido, la mejora que se ha logrado funciona como un derecho adquirido para aquella persona o grupos sociales destinatarios de la política de marrras. De allí que, por el carácter de integralidad e interdependencia de los DDHH, la progresividad -con su complementaria prohibición de regresividad- impone que, quien fuera beneficiario de un plan de asistencia, sea mantenido en él –o en otro, si aquel venciera- para no retrotraer a la persona o grupo en cuestión a una situación de peores condiciones. -contrariamente a la situación de P.A.Q cuya vulnerabilidad no sólo se profundizó con la falta de respuesta de la Administración al caducar el subsidio previamente otorgado sino, a más, con el voto en mayoría del TSJ que convalida tal situación.

Para el caso que nos ocupa, los planes de asistencia hubieran necesitado el seguimiento correspondiente a los beneficiarios para ir verificando el avance de sus condiciones de vida. Recordemos que el objetivo último es la condición social en estado de igualdad en el acceso al producto social. O, como dicen los instrumentos internacionales citados en precedencia, el ideal de ser humano “libre del temor y la miseria”. Ese seguimiento hubiera permitido evaluar posibilidades y alternativas que distan enormemente (son diametralmente opuestas) a la negativa verbal que le diera el GCABA en boca del coordinador del plan de asistencia o la

negativa por escrito que firmaron los jueces que conforman la mayoría en el fallo aquí criticado.

Cuando la OG habla de “los recursos que se dispone” o del “máximo de recursos disponibles”, no lo hace con relación a ese determinado plan, programa o política para la cual fue asignada una partida presupuestaria específica. De ser así estaríamos aplicando la ley de presupuesto por encima de la CN o de la CCABA, y no como instrumento de su efectivización.

Se ha dicho acertadamente que: “El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este

aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.» (pto. 9).¹⁷

Para el caso aquí puesto en crisis, el voto que forma mayoría remite a los Arts. 14 bis y 75, inc. 22 CN y al Arts. 5; 10; 14; 31; 104, inc. 17 y el Art. 106 CCABA. A su vez, mencionan elementos de la OC 3 y de los Arts. 11 y 2 del Pacto –a más de los decretos en la materia del 2006 y del 2008 GCABA-. Menciona además la regla hermenéutica por la cual, entre dos normas, hay que estar por la de rango superior (Fallos 182:486; 184:5; 186:258; 200:165; 281:146; 296:22; 297:142; 299:93; 301:460; 304:794 y 314:1445 entre otros). Normas y principios que, luego de enunciarlos, los descalifican torciéndolos forzosamente en sentido contrario a la manda constitucional, para su aplicación concreta al caso.

El fallo “Alba Quintana” profundiza una tendencia jurisprudencial aún en danza por la cual, con desentendimiento del rol activista que le compete al Poder Judicial en la materia, alivia al Ejecutivo de su obligación constitucional de promover y asegurar políticas universales que coadyuven a concretar los derechos económicos, sociales y culturales de la población –a los que el Estado se comprometió en el orden nacional e internacional -.¹⁸

Bien que el voto de la mayoría del fallo en estudio -(Fundamentos, Pto. 5.4)-muestra conocimiento del Pacto y de la OG 3 en cuanto a que”, en cada momento, debe exhibirse, en lo posible, un paso más que los acumulados en los momentos precedentes, y, al menos, no uno en sentido contrario. Los pasos deben ser deliberados, concretos y apuntados tan claramente como sea posible hacia la satisfacción de las

obligaciones reconocidas por el Pacto¹⁹”, los mismos jueces coligen -o derivan de lo dicho- lo opuesto. En particular cuando señalan: “que no cabe medir la mejora según lo que toque a cada individuo, tal como parece ser la concepción del a quo, sino que debe serlo globalmente para toda la población. “(Fundamentos, Pto. 5.5.). Eluden que la mejora indicada no es “globalmente para toda la población” sino para la población cuya situación desigual es merecedora del actual reconocimiento y tutela normativa como sujeto de atención prioritaria. Esto hace a la diferencia fundamental del criterio interpretativo y de aplicación, tal como ya ha sido señalado por doctrina y jurisprudencia en la materia, a la que me remito. La posición adoptada mayoritariamente descompone artificiosamente la calidad de acreedora a “toda persona” frente al Estado de la deuda que éste tiene en materia de concreción de Derechos Humanos, provocando un estado de perplejidad, desamparo e inseguridad jurídica que se proyecta sobre el porvenir social y político, porque nos enfrenta una vez más a la certeza de que –más allá de todo lo logrado en materia de DDHH- resta lograr su asimilación y naturalización. La norma por sí sola no puede -tal como lo demuestran los jueces que forman mayoría en el caso en trato-. Esto ratifica que el espacio cultural sea también un campo de lucha ideológica.

5. Lo dicho se une -como punto distintivo- en la exigencia de plena efectividad.

El reconocimiento que hacen los Estados, entonces, es que los derechos lo son sólo si se ejercen efectivamente²⁰, lo cual nos remite a la operatividad de las normas de marras²¹. En este entendimiento, se ha dicho que los derechos operativos “(...) pueden ser ejercidos por el in-

dividuo con su sola invocación y sin dependencia del cumplimiento de requisito previo alguno”²². Si bien se ha sostenido que los derechos programáticos o “ideológicos” formulan una aspiración a lograr, un proyecto compartido, una ilusión común, por un lado, o enuncian desde una filosofía particular un programa a conducir²³, lo correcto es señalar que “(...) en realidad no existe una línea divisoria entre derechos operativos y programáticos, sino una serie de condicionantes que imposibilitan el disfrute de algunos derechos y que dependen de circunstancias más bien relacionadas con el marco político que dificultan o impiden el acceso a ciertos bienes en condiciones de igualdad”.²⁴

La regla es la operatividad. Dicho compromiso encuentra su razón de ser en el hecho de que tales derechos tienen como destinataria a la persona humana “(...) y, en consecuencia, requiere del Estado el máximo esfuerzo en los recursos disponibles, con lo cual destierra definitivamente interpretaciones o medidas (...) que puedan ser consideradas regresivas en la materia”.²⁵

De allí que el principio de progresividad o de progresiva efectividad -que importa la prohibición de no regresividad- resulta constitutivo del nuevo paradigma en materia de DDHH. En ese orden de cosas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentó la regla interpretativa²⁶ en cuanto a que la exigibilidad es no sólo de normatividad adoptada por el Estado de consuno con la Convención, sino de “contenido real” de los derechos reconocidos normativamente²⁷. En ese sentido, también, la Obs. gral. N° 3 cuando señala que: “(...) Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para

los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto” (Ptos. 1º y 2º).²⁸ Así lo entendió la CSJN, señalándolo con particular fuerza en “Fallos” 328:1602 *in re* “Sánchez, María del Carmen” -sentencia del 17/05/2005-.²⁹

Yerra, entonces, el voto de mayoría en el fallo “Alba Quintana.” Y su yerro genera una lesión enormísima.

De la relación del derecho a la vivienda con los otros derechos.

El derecho en trato es instrumental por ser definitorio en relación con el derecho a la salud³⁰, al de la privacidad, al de autonomía personal³¹ y al de inclusión social³².

Por ende, no se agota en el asistencialismo -por más prolongado inclusive que fuera en el tiempo-, atento que el objetivo es la superación del estado de necesidad o deficitario para que el ser humano pueda asegurarse la vivienda por sus propios medios y pueda vivir allí libre de temor y de miseria³³.

Tal como se ha dicho: “En todo caso, basta recordar que la división en dos conjuntos normativos (la autora se está refiriendo a los derechos civiles y políticos por un lado, y los económicos, sociales y culturales por el otro) intentó ser superada por una constante doctrina de la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos iniciada en la Proclamación de Teherán de 1968 y decididamente impulsada en la Declaración de Viena adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993”³⁴ La pauperización creciente de vastos sectores de la población no puede serles imputada a éstos, responsabilizán-

dolos tanto por encontrarse en tal condición como por no haberla resuelto favorablemente por sus propios medios. Porque su desigualdad frente a la de otros sectores es justamente los que los torna vulnerables. Tampoco corresponde que se les obligue a continuar en el estado deficitario porque el Estado no toma las medidas inmediatas para revertirlo. Tal reversión se produce -sí y sólo sí- cuando se aplican políticas sociales universales -y aún focalizadas- que produzcan tal igualación -es decir, los aventajen -³⁵. Nada de esto se desprende del voto de mayoría en el caso “Alba Quintana”. Antes bien, es lo opuesto.

En nuestro país, ese “intento” del que habla Pinto se ha ido materializando en algunas políticas públicas concretas, en doctrina y fallos ejemplares de las distintas instancias³⁶ o en votos en disidencia como el de la jueza Ruiz del TSJ -para el caso-.

¿Qué tipo de derecho es el derecho a la vivienda?

Para el caso del fallo del TSJ que da motivos a este trabajo, resulta necesario reiterar el equívoco que muestra la afirmación hecha por los jueces que forman la mayoría en cuanto señalan que P. A. Q. carece de un derecho subjetivo.

La eticidad del paradigma del sistema de DDHH provoca una revolución copernicana al poner en su correcta apreciación ese inescindible vínculo, tal como ya fuera señalado en la Proclamación de Teherán al declarar que “(...) como los derechos humanos son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible (...).”³⁷.

El derecho a la vivienda no es de menor jerarquía o de diferente “naturaleza” normativa que los restantes derechos constitucionales, en-

tre ellos los incluidos en el mismo Art. 14 bis. Todos los derechos, en mayor o menor medida de acuerdo a sus particularidades, requieren de regulaciones, de instituciones gubernamentales, de estructuras burocráticas y, por ende, implican un “costo” y un consiguiente gasto público. El derecho a elegir representantes, típico derecho político de “primera generación”, requiere de regulaciones (un código electoral), de instituciones (juntas electorales) y de una adecuada financiación (que a su vez se incrementa, entre otros factores, cuando se multiplican las elecciones, se aumentan los canales de participación y se establece el deber de financiar a los partidos políticos por medio de recursos públicos). Lo mismo sucede con otros derechos, como el de percibir jubilaciones móviles o el derecho a la vivienda.

Las afectaciones a derechos económicos, sociales y culturales constituyen, en general, violaciones a derechos individuales que requieren un remedio colectivo³⁸, o en su caso, violaciones a derechos colectivos que, obviamente, también requieren un remedio de tal nivel. Acordamos entonces *prima facie* con la doctrina que así sostiene³⁹. No obstante lo dicho, es relevante advertir -para disipar cualquier desinterpretación que lleve a un error de concepto- que, con relación a tales derechos y más allá de su denominación como “sociales”, “su titularidad no es privativa solamente de los grupos sociales -no se trata exclusivamente de derechos de incidencia colectiva- sino que corresponde también a los individuos, para que no se marginen del bien colectivo. Deben ser respetados por todos los sectores del ordenamiento jurídico, tanto público como privado, de manera que pasivamente resultan también exigibles a terceros, en ciertas condiciones”⁴⁰.

Por lo expuesto, corresponde entender que existen derechos que -más allá de su inclusión

doctrinaria en cualquier categoría-, deben ser reconocidos como derechos subjetivos (por su profunda vinculación con el derecho a la vida, a la dignidad y a la autonomía individual) al tiempo que constituyen derechos sociales que exigen del Estado a través de sus órganos con funciones de poder, la adopción de medidas efectivas para su concreción. En ese orden de ideas -que no es otro que el que sostiene el sistema internacional de DDHH-, Gialdino pregunta: “¿Qué sentido tiene la protección de la vida privada y familiar, y la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, respecto de quienes se ven compelidos a vivir en los umbrales de los edificios, en las plazas públicas?”⁴¹

Los operadores del derecho sabemos de la mayor posibilidad de lucha en el plano jurídico cuando -como hoy- la norma de mayor rango interpela al Estado para que dé cumplimiento a los derechos por lo menos reconocidos normativamente. No es lo mismo que exista la norma a que no exista. Pero la sola literalidad no es suficiente. Porque ni P. A. Q. ni nadie puede experimentar ser objeto de “preferente tutela” sólo porque así ha sido escrito -como lo ha hecho la CSJN cuando lo señala como criterio hermenéutico en “Vizzoti” (327:3677) en clara sintonía con el principio *in dubio pro justitia socialis* del caso “Bercaitz” (Fallos 289:430)-.

De algunas frases de los jueces Conde, Lozano, y Casás, y de la crítica fundada que merecen.

A. Cabe recordar que, mientras tanto, P.A.Q. no es el conjunto de papeles escritos que forman el expediente de marras, sino un ser humano que sigue transitando su vida en la que, al agravio de su lugar de desposesión de bienes materiales, se le sumó ahora el de un fallo que le dice que él no pertenece a la categoría de “Toda

persona” a cuya protección específica obliga la manda contenida en el Art. 75, inc. 22 CN. Esto así, al momento en que -en una insólita interpretación de la norma de rango superior referida- los jueces Lozano y Conde señalan que “No existe un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir en forma inmediata y directa de la Ciudad de Buenos Aires la plena satisfacción de su necesidad habitacional.”

Ni P.A.Q. ni la Defensoría plantearon que el Gobierno de la Ciudad le otorgara la propiedad de una vivienda. Sólo el Estado le brindara la cobertura necesaria para que su vida no sea un deambular diurno con un pernocte en un refugio -estatal o producto de la misericordia privada-, sin saber qué será del día siguiente. A eso, los jueces del TSJ que forman la mayoría le recuerdan que puede hacer uso de un *lodgement* -ya que no de un *housing*- de los que dispone la Ciudad. El voto de Casás, Pto. 7, remite al voto conjunto de Conde y Lozano, (ver Pto. 5.9 de sus Fundamentos-). Yerran los referidos jueces al interpretar que la concreción del derecho en trato se agota en la esfera de aplicación del decreto 960. El Estado Constitucional de Derecho resulta superador del llamado Estado Legal de Derecho en la medida en que se materialice la protección de los Derechos Humanos de la que habla el Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en 1948. Es la protección que -luego, en 1966- se explicita como de toda persona en su calidad de tal, por el sólo hecho de estar en condiciones de insuficiencia o vulnerabilidad producto de violencia o exclusión de clase, de género, de etnia, etaria, ideológica o de creencias políticas o religiosas⁴².

A los ojos de los jueces que conformaron la mayoría, el reclamo de inicio -receptado por los jueces de dos instancias previas con más la jueza

Ruiz del TSJ- es exorbitante: P.A.Q. se niega a vivir “pernoctando” en lugares sin pertenencia. Pretende la existencia pacífica y continua en un espacio al que, por sus condiciones materiales, la norma establece como “vivienda” y -por lo que el propio ser humano pueda aportarle- lo reconozca como “hogar”. P.A.Q. no quiere pasar ni transcurrir. Quiere, además de vivir, que lo ayuden a poder honrar la vida⁴³.

Lo que resulta por demás irrito a la concreción de la literalidad normativa es que los votos que forman mayoría, aún conociendo -es decir, no ignorando- las normas, principios, doctrina y jurisprudencia que rigen la materia⁴⁴, los han descartado, eligiendo otras -opuestas y hoy superadas a partir de la tozuda lucha social y política que diera por resultado el reconocimiento normativo señalado, a cuyo cumplimiento se comprometió oportunamente el Estado-. Tozuda lucha que deberá continuar, en la medida en que también continúe la resistencia de los órganos con funciones de poder a asumir su rol institucional en la efectivización de derechos de rango constitucional.

B. Aquello que los votos que forman mayoría del TSJ le atribuye a los decisorios de instancias previas, es lo mismo que el TSJ utiliza como criterio. Así cuando señala que “(...) no resulta inconstitucional un subsidio que otorga un monto que no sea suficiente, por sí sólo, para acceder a una vivienda (...). Tampoco es inconstitucional, *per se*, un subsidio cuando es otorgado por período acotado; cuestiones ambas que, a su vez, el a quo resolvió en forma dogmática.” Y con esto, P.A.Q. queda doblemente desamparado (por el GCABA y por el TSJ en mayoría). Nótese que la urgencia de un nuevo subsidio -a partir de la caducidad del anterior- con el que P.A.Q. pudiera solventar íntegramente los gastos de una vivienda, responde a la situación en particular:

persona en situación de calle, sin trabajo estable y con afección cardíaca. Por ende, es indudable que los subsidios otorgados por períodos acotados no produzcan efectos lesivos en la medida en que la situación a posteriori de su caducidad sea progresivamente favorable para el beneficiario. No así cuando -como en el caso- el beneficiario no ha podido resolver su situación de carencia o está en igual o peor condición a la que tenía al otorgársele el subsidio anterior. Entonces, la interrupción sin ningún tipo de respuesta de cobertura, configura un retroceso irrazonable para el afectado que es obligado a desandar el derecho conseguido. Esta situación es la que constituye la regresividad prohibida en la materia que nos ocupa, más allá de lo que pueda haber estipulado el Dec. 960/07 al que los jueces Conde, Lozano y Casás se atienen⁴⁵.

Las sentencias deben mostrar un razonamiento por el que se deriva la aplicación de determinada norma para el caso. Este razonamiento no puede eludir -como sí lo hace el voto en mayoría puesto en crisis- la regla primaria del sistema jurídico por la que debe estarse a la norma de rango superior y, especialmente en materia de DDHH, a los principios que la fundamentan. Para el caso, el dec. 960/07 no es ni la una ni los otros. De allí que los jueces de primera instancia, Cámara y -en disidencia- la jueza Ruiz, se hayan correctamente apartado de su aplicación en los referidos autos.

Mientras tanto -como decía el poeta- “el tiempo pasa; nos vamos volviendo viejos”. El tiempo⁴⁶ es un elemento de peso en el estudio y diseño de políticas para la concreción de los DDHH, porque el reconocimiento constitucional de éstos está enraizado con el reconocimiento también del tiempo en que determinada parte de la población fuera arrastrada a la desigualdad en el proyecto de vida personal y social

frente al resto que tiene sus necesidades más que básicas satisfechas. La situación de calle de P.A.Q lo enfrenta cotidianamente con su lugar de “diferente” a los otros -que están en la calle porque caminan en ella, ven vidrieras, trabajan, vuelven a su hogar...-. Estar en situación de calle, somete a las inclemencias del clima, de la polución, de la indiferencia social, del desprecio, de las miradas misericordiosas -que a veces duelen más que el desprecio-, e inclusive a la mirada de otros que también están en situación de calle.

Reflejado en la imagen de los otros desamparados, ¿Terminará P.A.Q. creyendo que esto es “lo que le tocó vivir”? ¿Enjuiciará su vida pasada por no haber tenido logros que lo tuvieran hoy en otra situación que ésta a la que está expuesto? ¿Buscará consuelo en la bebida? ¿Podrá encontrar esperanza, en clave religiosa, en un paraíso que lo espera recién después de la muerte? ¿O lo asaltará también el temor de que, después de la muerte, un dios sea menos misericordioso que justo y le aplique la expulsión, también, de ese paraíso esperado? ¿Llegará -en estas condiciones- P. A. Q. a sentir que no merece vivir dignamente o, peor aún, que no merece vivir?⁴⁷

Morello y Vallefn señalaban que “(...) el temor, la zozobra y la duda son elementos que destruyen la seguridad jurídica de cada particular y debe suponerse que no hay íntegro goce cuando hay temor o limitación intimidante”⁴⁸.

En referencia a un fallo de la CCAyT de la Ciudad, titulé un trabajo⁴⁹ de esta forma: “De por qué los votos de Corti y Balbín conforman una de esas sentencias que me dan un respiro y, al mismo tiempo, me mantienen alerta”⁵⁰. Lo explicaba en dos frases: “Porque no hubo unanimidad en la resolución. El fallo fue por mayoría.” *A contrario sensu*, frente al fallo dividido del TSJ en el caso “Alba Quintana” correspondería

titular: “De por qué los votos conforman una de esas sentencias que me mantienen alerta y, al mismo tiempo, me dan un respiro.” Y, también esta vez, podría explicarlo en dos frases: “Porque el fallo fue por mayoría. Aún queda Ruiz y su conciente voto en disidencia.”

C. Los jueces Conde y Lozano afirman que: “5.8. A esta altura de la exposición resulta necesario recordar que la interpretación del Pacto Internacional no incumbe solamente a los jueces (art. 31 de la CN) sino también al Poder Ejecutivo Nacional en su carácter de conductor de las relaciones exteriores. Esto obliga a un delicado equilibrio en el cual los jueces deben tener presente la necesidad de que la República pueda operar como un coherente sujeto de derechos en la comunidad internacional (...)”.

¿Qué significa políticamente este señalamiento como fundamento del voto que rechaza un legítimo reclamo judicial por asistencia a una persona en estado de alta vulnerabilidad? ¿Cómo se han manifestado los poderosos sujetos de derecho de la comunidad internacional?⁵¹

La comunidad internacional no es un todo equilibrado. Antes bien, se debate en la unipolaridad capitalista, bajo la abierta o solapadamente férrea directriz de los EEUU -con su poderoso aparato industrial-militar⁵²-, las instituciones financieras internacionales y las grandes unidades de capital transnacionalizado. Son relaciones profundamente asimétricas por las que se generan condiciones de explotación económica o exclusión social que se incorporan a la dinámica de las sociedades hasta convertirse en algo connatural, quedando subvertida la necesidad de reclamar estos derechos por sus titulares, o exigir la transformación injusta de las relaciones⁵³. En ese marco, la Argentina firmó y ratificó instrumentos internacionales de DDHH que, en 1994, fueron integrados a la CN y, en 1996, a la CCABA. En

estos términos, para que la República Argentina pueda operar como un coherente sujeto de derechos en la comunidad internacional, debe atenerse a cumplir con las obligaciones contraídas en cuanto a la prioritaria concreción de derechos humanos de su población, igualando el acceso al producto social y promoviendo la modificación de patrones de conducta que coadyuven a la democracia de tal contenido. Tales obligaciones presuponen el diseño de políticas que generen el desarrollo económico con justicia social, asumiendo -a través de sus órganos con función de poder- las tensiones sociales y políticas que importa la concreción de los derechos humanos y resolviendo tal tensión a favor de éstos. Ello, seguramente (y a tenor de las relaciones desiguales de poder en el orden internacional) traerá más tensiones -las que habrán de ser resueltas oportunamente y en el mismo sentido-⁵⁴.

Coincidimos con los jueces del TSJ cuando señalan que la República Argentina tiene que operar como un coherente sujeto de derechos en la comunidad internacional. El debate de fondo es dónde ponemos el acento para fundar esa coherencia, en qué ideología nos ubicamos para discernir los criterios de esa coexistencia. Justamente, es por su calidad de coherente sujeto de derechos en la comunidad internacional, que, en el período de mayor profundización de las políticas neoliberales en la Argentina, la CSJN ratificó: "(...) la existencia de un principio de derecho de gentes que permitiría excepcionar al Estado de responsabilidad internacional por suspensión o modificación en todo o en parte del servicio de la deuda externa, en caso de que sea forzado a ello por razones de necesidad financiera impostergradable"⁵⁵.

D. Si -como dicen los jueces Conde y Lozano: "5.8. (...) No hay evidencias de que los órganos políticos federales hayan querido que el conte-

nido de las obligaciones asumidas mediante el PIDESC exceda el que el GCBA se propuso, ni que haya asignado recursos a través de políticas nacionales de vivienda para que la CABA los implemente en su territorio", eso debería haber sido planteado y resuelto políticamente en su oportunidad por el GCABA, ya sea confrontando o conciliando con el Estado Nacional, ya sea promoviendo un caso judicial ante el fuero federal⁵⁶. De la asignación de recursos por parte de la Nación, es el GCABA quien asume -a tenor de la normativa constitucional federal a la que la local debe seguir, entre ellas el PIDESC- la responsabilidad de materializar lo reconocido por lo menos normativamente. No corresponde se endilgue su falta de previsión o de acción -que es toda una definición política como "plan de gobierno"- a quien es el sujeto priorizado por la norma de rango superior para la concreción de los derechos (para el caso: la referida persona en situación de calle). No corresponde le sea transferida al sujeto más débil de la relación -que es P.A.Q.- aquello que no reclamó o logró el órgano político encargado de tal cumplimiento. Es el Poder Judicial el que debe salir en su salvaguarda y no -como en el fallo de marras- a la del GCABA, amparándolo de una supuesta "indefensión" a la que los jueces de grado lo habrían sometido al ordenarle la provisión de un subsidio que le permitiera a P.A.Q. abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones de habitabilidad.

E. El juez Casás hace un entendible señalamiento a la posibilidad de que existan maniobras clientelares en la adjudicación de los subsidios. Así también se ha dicho que "El acudir en la satisfacción de una necesidad que debe ser puntual, conforme a las circunstancias de lugar y tiempo, y convertirlas en asistencialismo permanente e indeterminado, engendra numerosos males, entre

los mas graves: que la voluntad del individuo asistido se torne en fácil presa del que asiste y que quien asiste, se vea atentado a perturbar ese ciclo. De una ética de trabajo y evolución personal basada en el sacrificio y la exigencia, fácil es transitar a una del asistencialismo, cediendo libertades a cambio de protección social.”⁵⁷

Coincidimos en esa preocupación, a la que -en distintas oportunidades- nos hemos referido críticamente como uno de los engranajes de la corrupción sistémica que desbasta la igualdad de oportunidades y trato, y, por ende, al sistema de convivencia democrática. Esa tendencia sistemática también es a que “el hilo se corte por lo más débil”, recayendo en los más necesitados la insatisfacción de derechos constitucionales que los órganos con funciones de poder no saben, no quieren o no pueden cumplir. Si P. A. Q. no entra en los parámetros de un subsidio ni en los de otro subsidio ni en los de ningún subsidio, hay una deficiencia de la política para el caso -deficiencia que los jueces que conforman el voto en mayoría no sólo no señalan sino que aparecen negándola-.

F. El TSJ de la CABA sentó posición -con la disidencia de la jueza Ruiz- en cuanto a que no siendo la instrumentación del derecho a la vivienda una facultad reglada de la Administración, sino una facultad discrecional, no correspondía a los jueces imponer al GCBA una obligación de ejercer una función propia de otro órgano. Es un criterio interpretativo del principio de división de poderes -división de funciones del poder- de tipo formalista y restrictivo, que contraviene el estado actual del desarrollo teórico y jurisprudencial en la materia⁵⁸. Nótese que, para el caso, la CSJN tiene dicho “que aun aquellos actos en los que se admite un núcleo de libertad no puede desconocerse una periferia de derecho toda vez que ‘la discrecionalidad otor-

gada a los entes administrativos no implica el conferirles el poder para girar los pulgares para abajo o para arriba’ (D. M. K. Realty Corp. v. Gabel, 242 N. Y. S. 2d. 517, 519 (Sup. Ct. 1963), en tanto ello llevaría a consagrar -como bien se ha señalado- ‘una verdadera patente de corso en favor de los despachos administrativos’ (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, ‘Curso de derecho administrativo’, t. I, p. 433, 4ª ed., Ed. Civitas, 1984, Madrid).⁵⁹”

G. Es errada la interpretación que hace el juez Casás en cuanto a que la fórmula flexible en la parte dispositiva de la sentencia dictada por el juez de primera instancia Gallardo -ratificada por la Sala II de la Cámara del Fuero- pone en indefensión al GCABA. Por el contrario, tal flexibilidad permite a la demandada elegir entre los distintos medios que son resorte de la autoridad administrativa para dar cumplimiento a la manda constitucional vulnerada en la cabeza -para el caso- de P. A. Q.⁶⁰ De ese diálogo entre órganos con funciones de poder da cuenta la modalidad de resolución al llamado “litigio estructural”⁶¹-categoría que estrictamente no podría aplicarse al caso, atento a que presupone un colectivo de actores-. No obstante merece señalarse como una creativa modalidad de intervención judicial que abre el marco de la división estricta de poderes por el cual la función del juez finaliza al dictar sentencia. Así, aquélla se proyecta a posteriori, asumiendo el carácter de parte activa del plan constitucional de gobierno. Este modelo de litigio estructural, como lo califica la Cámara -y que ha sido también receptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación-,⁶² presupone una nueva lectura de la función administrativa, entendida ahora como gestión del derecho⁶³; y el abandono definitivo de los dogmas tradicionales del derecho administra-

tivo que limitaban el control judicial de la actividad administrativa.⁶⁴

Si bien la determinación de las políticas de gobierno le corresponde a los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ello no obsta a que el Poder Judicial controle: a) si los otros poderes cumplen con el diseño de las políticas públicas que le ordena la Constitución; b) si tales políticas son razonables; y, finalmente, c) si ellas efectivamente son cumplidas⁶⁵. Abundando, entre las medidas “de otro carácter” que aparecen o pueden resultar supletorias o alternativas de las legislativas⁶⁶ están las sentencias, porque los jueces tienen la obligación de aplicar y dar eficacia a los derechos reconocidos por los tratados sobre DDHH⁶⁷. Esto, atento a que el mencionado mandato que integra el bloque federal de constitucionalidad se ve frustrado cuando las autoridades que representan al Estado actúan de manera omisiva⁶⁸. Así, las omisiones incurridas por el legislador o el administrador, no contemplando partidas o bien contemplándolas de manera insuficiente para satisfacer el sistema de derechos de base constitucional de los ciudadanos -a la salud, cultura, seguridad social, etc.- pueden corregirse por vía judicial, con la finalidad de brindar pronta y expedita satisfacción al sistema mencionado, a través de la redistribución, en su caso, de las asignaciones presupuestarias realizadas⁶⁹. Afirmando las consideraciones vertidas, tiene dicho la CSJN⁷⁰: “La intervención de esta Corte en los términos precedentemente expuestos no entraña injerencia alguna en el ámbito del Poder Legislativo, ni quiebre del principio de separación de poderes o división de funciones. Se trata del cumplimiento, debido y necesario ejercicio del control de constitucionalidad de las normas y actos de los gobernantes que le impone la Constitución Nacional. Es bien sabido que esta última asume el

carácter de una norma jurídica y que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando, como en el caso, se encuentra en debate un derecho humano. Asimismo, los derechos constitucionales tienen, naturalmente, un contenido que, por cierto, lo proporciona la propia Constitución. De lo contrario, debería admitirse una conclusión insostenible y que, a la par, echaría por tierra el mentado control: que la Constitución Nacional enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último. Todo ello explica que la determinación de dicho contenido configure, precisamente, uno de los objetos de estudio centrales del intérprete constitucional. Explica también que al reglamentar un derecho constitucional, el llamado a hacerlo no pueda obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquél toda la plenitud que le reconozca la Constitución Nacional. Los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero esta última está destinada a no alterarlos (Art. 28 cit.), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda a asegurarlos. Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar ‘el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos’ (Constitución Nacional, Art. 75 inc. 23).

El mandato que expresa el tantas veces citado Art. 14 bis se dirige primordialmente al legislador, pero su cumplimiento atañe asimismo a los restantes poderes públicos, los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima a dicho precepto

(Fallos 301:319, 324/325, considerando 5°).⁷¹

Esa es la correcta interpretación aún antes de la incorporación del art. 75, inc. 22 CN. De allí que Bidart Campos la resumiera como título de una nota a fallo⁷²: “El mandato constitucional del Art. 14 bis no se limita al legislador”.

Del impacto del derecho en la economía.

“Reconocer un derecho pero negarle un remedio apropiado equivale a desconocerlo” (CSJN, causa “Mignone, Emilio F.”, del 9/04/2002).

De la lectura de los votos que forman la mayoría en el caso en estudio, surge la insistencia de los mencionados jueces en cuanto a que los recursos son escasos o finitos o limitados⁷³. Tal tajante descripción es, a su vez, ponderada y les resulta de utilidad para explicar su voto de rechazo a la pretensión del accionante -quien, paradójicamente, es quien más entiende de la limitación de los recursos, atento a las condiciones deficitarias e injustas de su vida-. Dejemos en claro que los recursos no son escasos sino que están distribuidos inequitativamente. Los intereses en juego para la distribución de los recursos señalan el conflicto de base. “El Estado no cuenta con una amplia discrecionalidad política para fijar el quantum de recursos a criterio de su voluntad benévola, sino que está obligado a hacer una evaluación objetiva y no arbitraria mediante la cual, al distribuir los ingresos y los gastos de la hacienda pública, confiera prioridad a los derechos sociales”⁷⁴. Así señaló la CSJN que la materia presupuestaria debe ser examinada observando puntualmente las disposiciones constitucionales o con idéntica jerarquía⁷⁵.

El derecho a la vivienda, como todos los derechos, es susceptible de reglamentación, en la medida que ésta -en su faz legal o administrativa-, no lo altere, conculque o deniegue. Tampoco

co puede ser el derecho a la vivienda alterado por las omisiones legales y administrativas de los poderes públicos, todo ello según el principio de razonabilidad, tal como es enunciado en el Art. 28, CN y en el Art. 10, CCBA. La ley de presupuesto, como toda ley, puede tener efectos semejantes a las reglamentaciones de los derechos, de tal manera que podría “condicionar” su ejercicio en términos de desnaturalización o aniquilación de los derechos reconocidos normativamente⁷⁶. Adviértase que, en una sentencia superadora de “Chocobar”, la CSJN -en su actual composición- dijo que: “(...)Debe suponerse que el legislador ha sopesado los factores humanos, sociales y económicos al establecer la extensión de las prestaciones reconocidas y no corresponde a los jueces sustituir dicha valoración mediante razonamientos regresivos que, en la práctica, sólo conducen a negar el goce efectivo de esos derechos en los momentos de la vida en que su tutela es más necesaria”. Cuánto más de regresividad tienen esos razonamientos en el caso que ponemos en crisis, cuando el TSJ revierte las sentencias saneadoras de los jueces de mérito y desestima el reclamo de un ser humano frente a la omisión del Ejecutivo “en los momentos en que su tutela es más necesaria”⁷⁷.

Dijeron los jueces Conde y Lozano: “Los jueces de mérito con su decisión no vinieron a revisar el criterio de distribución de los recursos presupuestarios asignados, en el caso, a subsidios para acceder a una vivienda, en base a parámetros constitucionales, cosa que habría sido el ejercicio de competencias que le son propias (cf. puntos 7 y 8 de este voto) sino que decidieron directamente cómo afectar esos recursos públicos, facultad esta última privativa del Poder Legislativo y, por ende, ajena al Poder Judicial. Ello, a su vez, fue decidido sin siquiera contar con elementos que muestren qué impacto

puede tener esa resolución en el presupuesto.”

El interrogante que plantea la última frase de los jueces Conde y Lozano, es el siguiente: suponiendo que los jueces de mérito hubieran contado con los elementos que mostraran qué impacto pudiera tener esa resolución en el presupuesto, ¿por qué habría de cambiar esto el decisorio? El fallo favorable a la concreción de derechos humanos –sobre todo para los sectores o personas vulnerables-, ¿está sujeto a que los jueces tengan elementos que muestren que eso no tendrá impacto en el presupuesto?.

Resulta altamente preocupante la ideología que subyace en el enunciado, porque tiene la marca de una tendencia a la econometrización de la decisión judicial. Y, con esto, la posible restauración de un orden inconstitucional como es el de poner en la cúspide de la pirámide cualquier otro interés que no sea el de la tutela efectiva del derecho que tiene toda persona a que ver concretados los derechos reconocidos normativamente. La expectativa de un cambio de criterio favorable al paradigma de los DDHH sobre el que fueron juridizados, tiene sustento en la cantidad de fallos –algunos de los cuales son citados en el presente- que visibilizan la tarea de los jueces en ese sentido. Así, como cuando se ha señalado⁷⁸ que: “(...) es claro que el modo en que concretamente corresponde asistir al actor es resorte exclusivo de la Administración. Sin embargo, ello no empece a que, frente a la omisión estatal, el Tribunal ordene la debida asistencia, con las exigencias normativas transcriptas (se refiere a los Arts. 17 y 31 CCA-BA y Art. 2° y 11 del PIDESC) sin por ello suplir las tareas propias del poder de ejecución.”

Los jueces tienen el deber de mantener la supremacía de la Constitución y los tratados internacionales⁷⁹ porque hoy allí se explicita la obligación del Estado en concretar los dere-

chos que para tantos –como es el caso de P. A. Q.- resultan ilusorios o ficcionales. Asimismo las sentencias de la CSJN en la materia –algunas citadas en el presente- que “(...) deben ser lealmente acatadas tanto por las partes como por los organismos jurisdiccionales que intervienen en las causas” (Fallos 252:186 y 255:119)⁸⁰

No nos es ajeno ni desconocido el estudio de las tensiones y contradicciones internas que supone realizar el ideal de justicia con un sistema jurídico que atiende funcionalmente la reproducción del capital. Hoy podemos dar cuenta de brechas que se lograron abrir a fuerza de victorias políticas en las que los teóricos también dieron su aporte. Así fue constituyéndose el espacio de las ideas plasmadas en el constitucionalismo, en el constitucionalismo social y en lo que hoy se denomina el neoconstitucionalismo⁸¹.

La interpretación judicial de la Constitución debe ser “interesada” en el sentido del interés que orienta el norte elegido: efectivizar un sistema de derechos y garantías por el que se viva el compromiso de concretar el anhelo superior que alguna vez ya fuera consignado como modelo: que los hombres sean sagrados para los hombres y los pueblos para los pueblos. “Máxime frente a la crisis del Estado-Nación y el poderío agresivo y dominante de los grupos económicos que requieren el armado de tales defensas sostenidas por una convicción muy firme, a fin de poder utilizarlas con éxito”⁸². La jurisprudencia permite detectar el permanente enfrentamiento entre lógicas antagónicas que, como función del poder, subsisten hacia su interior. La mentada divisoria entre jueces garantistas y aquellos que no lo son, muestra el punto de tergiversación discursiva que se proyecta desde los medios manipulando significado, causa y consecuencias.

El Derecho de los DDHH constitucionaliza-

do hace que -por lo menos, en teoría- no cabría la posibilidad de que un juez no sea garantista ni activista, ya que ha quedado resignificada la imparcialidad que hace a la independencia de los jueces.⁸³ La concreción del proyecto igualitario contenido en la norma de mayor rango atraviesa toda la institucionalidad, reordenando prioridades. No un “legislador negativo” declarando la inconstitucionalidad de una norma⁸⁴. No un operador para “resolver litigios intersubjetivos mediante la pura aplicación de las leyes.”⁸⁵ Y menos para que -en casos como el que aquí ponemos en crisis-, fallen de tal suerte que la normativa garantista queda fosilizada como elemento legitimador de un Estado cínico que, en la práctica, desconoce la titularidad de los DDHH reconocidos o que -en el é mejor? de los casos- lleva a los grupos desaventajados y vulnerables a ser considerados (y considerarse a sí mismos) ‘beneficiarios’ de políticas públicas y no titulares del derecho.⁸⁶ De allí que hayamos señalado las dos facetas que entrañan la exclusión prohibida hoy por la norma superior vigente: la del “(no) acceso a la Justicia” y la del “acceso a la (no) Justicia”. Esta última cuando -como en el fallo en estudio- la sentencia para el caso prescinde de aplicar la norma superior en materia de DDHH, los principios que las sustentan y los objetivos que explicitan. Las dos modalidades encomilladas son parte del “Estado de no derecho” -en la correcta nominación que hace Horacio González, y que da título a su obra-.⁸⁷

El temor a que se “judicialice” la política se funda en la ficción naturalizada de que el Poder Judicial no es copartícipe del poder de decisión del Estado. Considerar eso como contenido vigente, en el mejor de los casos, es un error. En el peor, es la base de sustentación ideológica para seguir reproduciendo las modalidades preexistentes de un Poder Judicial supuesta-

mente “neutro”, el así llamado “autómata jurídico”. “La ‘fuerza normativa’ de la Constitución depende de la interpretación judicial que se haga de ella, por lo que una exégesis judicial puede, de hecho, contribuir decisivamente a robustecer o a corromper la C.N.”⁸⁸

Resulta entonces vigente aquello de que los derechos no se declaman, se ejercen, lo que importa no sólo voluntad ciudadana en acción sino la existencia de un Poder Judicial independiente y con coraje civil.⁸⁹ Por lo tanto, deberá ser resignificada la “imparcialidad” como categoría que nos ha sido enseñada como fundante de la independencia de los jueces. El magistrado deberá tener la parcialidad ideológica que le marca el plexo normativo. La voz de la magistratura -como una de las funciones del Poder- deberá tener un compromiso vital en clave con el modelo constitucional: debiendo tener el juez, en materia de D.D.H.H., una posición de defensa y de protección de ellos, “su imparcialidad será puesta aquí a prueba: en principio, tendrá que ser ‘parcial’ a favor de la custodia del derecho humano afectado.”⁹⁰ “En resumen, no hay imparcialidad judicial frente a los valores de la Constitución. El juez que pretendiera dictar su sentencia prescindiendo de esas valoraciones estaría dictando una sentencia francamente inconstitucional”⁹¹. En sentido contrario, el voto de la jueza Ruiz en el caso “Alba Quintana” es un claro ejemplo de lo señalado doctrinariamente por los autores referidos hasta el presente, en cuanto al cumplimiento de la función que le cabe a la magistratura en el objetivo constitucional de marras⁹².

La manda igualitaria en el acceso al producto social atraviesa todos los órganos con funciones de poder. Cada uno dentro de sus competencias. Pero, ante la falta de adopción de medidas por parte de los denominados órganos

políticos o cuando éstas se revelen como insuficientes o inadecuadas, corresponde al Poder Judicial reprochar esa omisión⁹³ y “en caso de incumplimiento [de las obligaciones positivas y negativas] a ordenar su remedio, sin que esto importe violación alguna de la división de poderes o de la ‘zona de reserva’ de la administración”⁹⁴. Todo lo cual presupone una intervención judicial fuerte⁹⁵, un activismo judicial que asuma con coraje y convicción su función para con la realización de lo que fuera llamado “la revolución inconclusa”⁹⁶, que no es otra cosa que el deber ético -hoy normado como obligación concreta del Estado- de estar por los derechos y garantías de los sectores más vulnerables, desventajados y hasta hoy desprotegidos.⁹⁷

tra las propias ganas de no luchar- que logró impregnar el Derecho, paradójicamente, en medio del auge privatizador del Consenso de Washington, cuando se develaba con mayor claridad que “la práctica jurídica es la condición de reproducción de la forma de producción” .

Decía Bidart Campos “Hace falta calar hondo para ver qué hay debajo de cada superficie plagada de iniquidades”. Tal vez no sea tan hondo lo que hace falta calar.

Palabras de cierre.

“No acepten lo habitual como cosa natural, pues en tiempos de confusión generalizada, de arbitrariedad consciente, de humanidad deshumanizada, nada debe parecer imposible de cambiar”. Bertolt Brecht.

La norma garantista escrita sirve: es un paso conseguido. Pero fallos como el de “Alba Quintana” muestran que todavía perviven vetustas ideas que ensombrecen, dilatan o conculcan su concreción. La desesperanza y la angustia aparecen entonces paliadas por otros votos, como -para el caso- no sólo son los de los jueces de mérito sino el de impecable factura de la jueza Ruiz, en minoría.

Coincidiendo con Ferrajoli: “Puede afirmarse tranquilamente que, en la historia del hombre, no ha habido ningún derecho fundamental que haya descendido del cielo o nacido en una mesa de despacho, ya escrito y redactado en los textos constitucionales. Todos son frutos de conflictos, a veces seculares, y han sido conquistados con revoluciones y rupturas, al precio de transgresiones, represiones, sacrificios y sufrimientos.”

Final abierto a la tenaz lucha -inclusive con-

Notas

¹ TSJ en el caso “Alba Quintana” -sentencia del 12/05/2010-

² Nota a fallo SC Buenos Aires *in re* “P., C. I y otro c/Pcia. De Buenos Aires”, sentencia del 14/06/2010. La Corte condena a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de La Plata a que provean “en un plazo no mayor de 60 días de una vivienda adecuada” a la familia constituida por una pareja y su hijo menor de edad en situación de grave vulnerabilidad por su discapacidad, “y a incluir a los mismos en un régimen de subsidio mensual que garantice un equivalente al monto móvil del salario mínimo y vital” (del fallo, tomado del voto del juez de Lazzari). Cfr. Cornaglia, Ricardo J. “El derecho social y constitucional a la vivienda. La operatividad de los derechos humanos”, en *LA LEY BUENOS AIRES*, Año 17, Nº 6, de julio del 2010. (Cornaglia, 2010:628)

³ Así lo expone la OG 4.

⁴ Cfr. CSJN *in re* “Sánchez, Claudia” (L.L. 2003-D-484)

⁵ Esto último, en referencia particular a los grupos comprendidos por el Art. 75, inc. 17 CN.

⁶ Así lo reconoció la CSJN en “Aquino”. (Fallo; 327:3753)

⁷ Véase Gialdino, Rolando E. “Los desalojos y los Derechos Humanos”. En *LA LEY*, Año LXXIV Nº 40, del 26/02/2010; “Introducción a las Observaciones Generales de los Comités de Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos”, en *Investigaciones* Nº 1/2, 2001, p.157 a los que *brevitatis causae* me remito.

⁸ La ley 153 -ley básica de salud de la CABA- garantiza el derecho a la salud integral (Art. 1) y establece que esta garantía se sustenta entre otros principios -en la solidaridad social como filosofía rectora de todo el sistema de salud, y en la cobertura universal de la población (Art. 3, incs. “d” y “e”)-. La referida ley prevé que la autoridad de aplicación -esto es, el nivel jerárquico superior del gobierno local- garantiza en el subsector estatal los derechos objeto de tutela (Arts. 5 y 8). Fija como objetivos de este subsector del sistema -entre otros- contribuir a la disminución de los desequilibrios sociales, mediante el acceso universal y la equidad en la atención de la salud, dando prioridad a las acciones dirigidas a la población más vulnerable, y a las causas de morbilidad prevenibles y reductibles; asegurar la calidad de la atención; desarrollar una política de medicamentos que garantice calidad, eficacia, seguridad y acceso a toda la población, con o sin cobertura; garantizar la atención integral de las personas con necesidades especiales y proveer las acciones conducentes para su rehabilitación y reinserción social (Art. 14, incs. “a”, “g”, “o” y “r”).

⁹ Albanese, Susana: “Derechos Humanos. Estudio de Casos y Opiniones Consultivas”. Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1997, T II, pág. 647 (y sigue). El ‘efecto útil’ es un giro que la autora toma de una sentencia de la Corte de La Haya en la que se establece que “(...) las cláusulas de un compromiso por el cual un diferendo es sometido a la Corte, deber ser interpretadas, si con ello no se violentan sus términos, de manera que se permita a dichas cláusulas desplegar su efecto útil (Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Order of Augusto 1929, P.C.I.J., Series A, Nº 22, p. 13). La cita, en la misma página.

¹⁰ Entre los instrumentos internacionales que receptaron el principio de primacía de la cláusula *pro homine* podemos mencionar: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 29; el PIDCP, Art. 5.2; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, Art. 23; la Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 41; la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Art. 5; la Convención Europea para la Prevención de la Tortura, Art. 17; la Carta Social Europea, Art. 32. En el mismo sentido, lo dicho por la CSJN aún antes de la última reforma constitucional en “Fallos” 315:1492 *in re* “Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros”, considerando 21 - sentencia del 7/07/1992-, donde se debatía el alcance que corresponde asignar al derecho a réplica reconocido en el artículo 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Allí la CSJN siguió la interpretación efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Serie A Nº 7. Este criterio fue ratificado con posterioridad a la reforma constitucional en el caso “Girolodi”.

¹¹ Sobre este concepto, lo señalado por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías en su resolución 1991/26; la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social de las Naciones Unidas -en los objetivos de la Parte II y en el párrafo f) del artículo 10 de la Declaración, proclamada por la Asamblea General en su resolución 2542 (XXIV) de 11/XII/1969; la Declaración de Vancouver sobre los asentamientos humanos -párrafo 8 de la sección III y párrafo 3 de la sección A del capítulo II-, aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos en 1976; Resolución

42/146 de la Asamblea General titulada "Realización del derecho a una vivienda adecuada", aprobada el 7 de diciembre de 1987; Resolución 1987/62 del Consejo Económico y Social, titulada "Realización del derecho a una vivienda adecuada", aprobada el 29 de mayo de 1987; Resolución 1986/36 de la Comisión de Derechos Humanos titulada "Realización del derecho a una vivienda adecuada", aprobada el 12 de marzo de 1986; Resolución 1987/22 de la Comisión de Derechos Humanos, titulada "Realización del derecho a una vivienda adecuada", aprobada el 10 de marzo de 1987; Resolución 1988/24 de la Comisión de Derechos Humanos, titulada "Realización del derecho a una vivienda adecuada", aprobada el 7 de marzo de 1988; Resolución 1993/77 de la Comisión de Derechos Humanos, titulada "Desalojamiento forzosos", aprobada el 10/03/1993; Resolución 14/6 de la Comisión de Asentamientos Humanos, titulada "El derecho humano a una vivienda adecuada", adoptada el 5/05/1993, Resolución 1991/12 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, titulada "Desalojamiento forzosos", aprobada el 28/08/1991; Resolución 1991/26 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, titulada "Fomento del derecho a una vivienda adecuada", aprobada el 29/08/1991. Cfr. particularmente Galdino, Rolando E. "El derecho a un nivel de vida adecuado en el plano internacional e interamericano, con especial referencia a los derechos a la vivienda y a la alimentación adecuadas. Su significación y contenido. Los sistemas de protección". En Investigaciones, publicación de la CSJN, N° 3, 2000, p. 795.

¹² Obs. gral. 4, párrs. 8.a y 18; Obs. gral. 7, párrs. 1 y 9.

¹³ Pautassi, Laura C. "Límite en la agenda de reformas sociales. El enfoque de derechos en la política pública" en Courtis, Chr. (comp.): *Desde otra mirada*, Buenos Aires, EUDEBA, 2009, p.193.

¹⁴ Habida cuenta de las políticas llevadas a posteriori de 1853/188 contra los pueblos originarios (exterminio, sometimiento a servidumbre y trabajos forzados, secuestros, violaciones, traslado compulsivo a otras tierras, usurpación de los territorios que poblaban para enriquecimiento de los dominadores –la explotación de sus recursos naturales–), éstas ponen de manifiesto que el mencionado objetivo enunciado por el Preámbulo de la CN responde al modelo liberal del Estado capitalista, por el que las clases dominantes deciden, a su arbitrio y beneficio, qué derecho podrán ejercer los "quiénes" que formarían la categoría de "todos los habitantes". Las interpretaciones que no articulan el elemento "poder" en la descripción o en las premisas, navegan entre olas de certezas que, acotadas y relativas, hacen de cualquier producto teórico que se base en ellas, una muestra de irresponsabilidad académica.

¹⁵ Habremos de estar muy atentos a aquéllas –sean cuales fueren los órganos de las que emanen– para verificar en la realidad tanto los avances y retrocesos como las tensiones y contradicciones que se producen en el seno del poder en su relación con el capital y con los grupos sociales de mayor vulnerabilidad.

¹⁶ Cfr. CCAyT CABA -Sala I- *in re* "Mansilla Maria Mercedes contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)", expte: exp 13817/0; sentencia del 13/10/2006 –con profusión de citas al respecto-. Asimismo, OG N°12, pto. 19; OG N° 13, pto. 45 y OG N° 14.

¹⁷ Cfr. caso "Mansilla" ya citado en la nota al pie. En línea con lo dicho, las Directrices de Maastricht, cuando se refieren a las violaciones mediante actos de comisión, indican a modo de ejemplo "(a) La anulación o suspensión de cualquier legislación que sea necesaria para seguir ejerciendo un derecho económico, social y cultural que esté vigente en ese momento [...]; (d) La aprobación de cualquier legislación o política que sea claramente incompatible con las obligaciones legales preexistentes relativas a estos derechos, salvo cuando esto se hace con el propósito y efecto de aumentar la igualdad y mejorar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos más vulnerables; (e) La adopción de cualquier medida que sea intencionalmente regresiva y que reduzca el nivel de protección de cualquiera de estos derechos; (f) La obstaculización o interrupción intencional de la realización progresiva de un derecho previsto en el Pacto, salvo cuando el Estado actúa dentro de los parámetros de una limitación estipulada en el Pacto o debido a la falta de recursos disponibles o fuerza mayor [...]" (Cfr. asimismo OG N° 12 pto. 19, OG N° 13 pto. 45 y OG N° 14).

¹⁸ Tiene dicho la CSJN que "en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde –en la medida de su jurisdicción– aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional" (considerando 12). (Cfr. CSJN, "Simón, Julio Héctor y otros", sentencia del 17/06/2005, LA LEY 2005-D, 510).

¹⁹ "Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible

hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.” (cf. OG3, punto 2, *in fine*).

²⁰ Cfr. Declaración Universal -en su Art. 28-.

²¹ La distinción tradicionalista/conservadora entre derechos operativos y derechos programáticos (o derechos establecidos por normas de carácter operativo o programático) no surge de la letra del texto constitucional. En interpretación contraria, respecto al Art. 14 bis CN, Fayt cuando dice: “todos los derechos contenidos en la norma son de carácter programático, dado que requieren para su ejercicio una reglamentación previa, tal como surge del propio texto de la norma” (Fayt, 2007:11). Por la certeza de sus afirmaciones -sostenidas en todo por doctrina y jurisprudencia vigente- me remito a la parte pertinente del voto de los jueces Corti y Balbín que hicieron mayoría en el caso “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/GCABA s/amparo (Art. 14 CCABA)”, Expte: EXP20898/0 resuelto por la Sala I de la CCAyT CABA.

²² Cf. CSJN, “Urdiales, Susana Magdalena el Cossarini, Franco y otro”, sentencia del 08/08/96, del voto en disidencia del Dr. Adolfo Vázquez.

²³ Cf. Gozafini, Osvaldo Alfredo: *Alcance y vigencia de los derechos humanos en el derecho interno*, LL 1990-E, 751.

²⁴ Loianno, Adelina, “Los derechos económicos sociales y culturales en la Constitución de la Ciudad Autónoma”, Suplemento *LA LEY* Constitucional 2006 (noviembre), p. 54.

²⁵ Cf. CSJN, sentencia del 17/05/2005, en autos “Sánchez María del Carmen c. Administración Nacional de la Seguridad Social”, LL 2005-C, 616, del voto del Doctor Maqueda.

²⁶ OC-5/85 del 13/11/1985, párrafo 52.

²⁷ *Ibidem*, párrafo 67.

²⁸ Cfr. También Obs. Gral. Nº 14, pto 30; principios 25º y 72º de los principios de Limburg y Directrices de Maastricht, de enero de 1997, ptos. 8 y 9. Este último señala [...] incurre en *prima facie* en una violación del Pacto un Estado Parte en el cual un número significativo de personas se ven privados de alimentos esenciales, atención básica de salud, habitación y vivienda mínima o las formas más básicas de enseñanza. Estas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independientemente de la disponibilidad de recursos en el país de que se trate o cualquier otro factor o dificultad.

²⁹ *LA LEY*, 2005-C,432. En un impecable trabajo de doctrina, Carnota (2007:37) da cuenta de posiciones en contrario y pone de relieve la diferencia que aún divide a la doctrina: la progresividad, ¿pauta normativa o tan sólo descriptiva o fenomenológica del derecho internacional de los derechos humanos? De excelente fundamentación respecto a la primera opción, la obra de Courtis y Abramovich (2002) *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Dentro de la segunda, se inscribe Manili (2003) en su tesis doctoral con cita de Nikken.

³⁰ Se ha dicho que el derecho a la vida “se descompone en cuatro elementos esenciales, a saber: a) el derecho a la alimentación adecuada; b) el derecho a contar con agua potable, c) el derecho a la vivienda y d) el derecho a la salud.” (Bengoa, José -Coordinador del Grupo Ad Hoc-, “Pobreza y Derechos Humanos”. Programa de Trabajo del Grupo Ad Hoc para la realización de un estudio tendiente a contribuir a las bases de una ‘Declaración Internacional sobre los derechos humanos y la extrema pobreza’, E/CN.4/sub.2/2002/15, del 25/06/2002, pp. 3 y 4 párrafos 4, 15 y ss.).

³¹ CCATCABA, -Sala I- *in re* “Mansilla, María Mercedes c/GCBA sobre amparo -Art. 14 CCABA-, exp 13817/0 -sentencia de /08/2006, citando otros precedentes). Allí, el voto del Dr. Horacio Corti señala que “el derecho a condiciones mínimas de asistencia e inclusión social es un derecho fundamental que resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía individual (conforme artículo 19 de la Constitución Nacional)”. Cfr. en sentido concordante, de esa Sala I: “Pérez, Víctor Gustavo y otros c/GCBA s/ Amparo” Exp. 2069, J.2 S.3 del 16/11/01; “Benítez, María Romilda y otros c/ GCBA. s/Medida Cautelar” Exp. 2069, J. 2, S. 3 del 16/11/01; “Lazzari, Sandra I. c/OSBA s/otros procesos incidentales”, Exp Nº 4452/1; “Asoc. Civil por la Igualdad y la Justicia c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)” exp 20898/0 con sentencia del 18/07/2007). Señala Nino que “el principio de autonomía personal sirve para determinar el contenido de los derechos individuales básicos, ya que de él se desprende cuáles son los bienes que esos derechos protegen. Tales bienes son las condiciones necesarias para la elección y materialización de ideales personales y los planes de vida basados en ellos: la vida psicobiológica, la integridad corporal y psíquica (...), la libertad de acceso a recursos materiales, (...). -Nino, Carlos Santiago: *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 167-. En ese sentido se manifestó la CSJN en el precedente “Benghalensis” (Fallos, 323:1339), haciendo suyo el dictamen del Procurador General de la Nación.

³² Cfr. Art. 17 CCABA.

³³ Así lo tiene dicho la CSJN Fallos 323:1339 *in re* "Asociación Benghalensis y otros c/Ministerio de Salud y Acción Social -Estado Nacional- s/Amparo Ley 16.986", sentencia del 01/06/2000, Causa A.186 LXXXIV). En el mismo sentido (Fallos 323:3229, considerando 16); (Fallos 324:3569, considerando 13).

³⁴ Pinto, Mónica: *El derecho internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, Buenos Aires, Fondo de Cultura económica, 2008, p. 96.

³⁵ Convención contra toda forma de Discriminación contra la Mujer, Art- 4º. Igualdad de oportunidades y trato que plantea como objetivo el Art. 23 CCABA y el 75, inc. 23 CN.

³⁶ Algunos referidos en el desarrollo del presente trabajo.

³⁷ Conferencia Internacional de Derechos Humanos -Teherán el 13/05/68- con el objetivo de examinar los progresos logrados en los veinte años transcurridos desde la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, verificados los límites de su concreción. En esa misma línea la Opinión Consultiva OC-17 sobre "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño" -28/08/2002- del Juez de la CIDH Sergio García Ramírez en su voto concurrente); Comisión Interamericana de Derechos Humanos -Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Paraguay OEA/ser.C/V/II. 110. Doc. 52, 9.3.2001, capítulo V, Introducción, Pto. 4º. En línea con el Tercer Informe aludido, cfr. la sentencia de la CIDH en los autos "Villagrán Morales y otros" (19/11/99), voto concurrente de los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli. La indivisibilidad, interdependencia y exigibilidad -plena efectividad- es asimismo explicitada en Declaración y Programa de Acción de Viena, párrafo 5, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 14 al 25/06/1993; Principios de Limburg sobre la aplicación del PIDESC -principio 32-, 1986; Opinión Consultiva OC-4/84.Voto separado del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, párrafo 3.Cfr. también Pinto, Mónica: *El derecho internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, Fondo de Cultura económica, Buenos Aires, 2008, p. 96. Cfr. también Costante, Liliana B: "Relación funcional de la desigualdad real de oportunidades y trato con el ejercicio de las libertades públicas" en *Revista Realidad Económica* N° 246 (agosto/septiembre 2009).

³⁸ Señala Courtis que: "este supuesto se caracteriza por dos rasgos: primero, un mismo hecho, acto u omisión ilícitos afecta a una pluralidad de individuos; segundo, los remedios individuales resultarían insuficientes y, por ende, la afectación requiere un remedio necesariamente colectivo o, en términos empleados por la doctrina procesal contemporánea, la intercomunicabilidad de resultados de la decisión judicial adoptada. Es decir, los miembros del grupo o clase de los afectados ven menoscabado un derecho individual, pero el remedio para evitar, hacer cesar o reparar esa afectación supone una medida de alcance colectivo y no individual, de modo que nadie puede exigir un remedio individual sin que trascienda a otros en la misma situación". Courtis, Chistian, "Tutela judicial efectiva y afectaciones colectivas de derechos humanos", SJA 21/6/2006 – JA 2006 II 1215.

³⁹ Por indivisibilidad del remedio se hace se hace referencia "a aquellas medidas que, por no permitir su distribución en partes, benefician colectivamente a un grupo". Por razones de escala, se entiende "la conveniencia, por motivos de planificación y costo, de adoptar una medida de alcance colectivo para remediar la afectación denunciada. En otras palabras, puede decirse que existen razones de escala cuando la solución individual de la afectación resulta inviable por su alto costo o por generar excepciones a un régimen que requiere una disciplina o planificación colectiva". Courtis, Chistian: *Tutela (...)*, Ob. cit., p.6.

⁴⁰ Christe, Graciela Elena: "Los derechos sociales y su control judicial en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires". *LA LEY*, 2004-A, 626.

⁴¹ Gialdino, Rolando: Op. Cit. En nota 10, p. 800

⁴² La CSJN en Fallos 295:157. La CSJN ha receptado, en consonancia, lo así prescripto, al sostener la vigencia de los principios que ampara la Constitución Nacional, principios éstos que surgen de la necesidad de proveer al 'bien común', entendido como el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible tanto a la comunidad como a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de su propia perfección. Nótese que, respecto al contenido que le da a la mencionada categoría, toma las palabras de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-5/85 ya mencionada.

⁴³ Acabo de escuchar "Honrar la vida" de Eladia Blázquez, cantado en el festival de homenaje por el nacimiento de Mercedes Sosa dentro de las festividades del Día de la Independencia en la Provincia de Tucumán. Me fue imposible no relacionarlo con este trabajo y así lo hago, con la convicción certera de que determinados poetas iluminan nuestro espíritu y nos permiten un desarrollo humano libre del temor y la miseria -como lo describieran los instrumentos internacionales mencionados en este trabajo-.

⁴⁴ De hecho, la mencionan -aunque de manera parcial y con restrictiva interpretación-.

⁴⁵ Para el particular, lo manifestado por Casás en el punto 4 de su voto, remitiendo al punto 13 del voto conjunto.

⁴⁶ Las garantías vinculadas con el acceso a la Justicia, con la inviolabilidad de la defensa en juicio y con la importancia del factor 'tiempo' en la respuesta judicial han sido reconocidas normativamente, entre otros, en los Arts. 18 y 43 de la Constitución Nacional; Arts. 18 y 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Arts. 8, 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y Arts. 2 inc. 3, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (...). Del voto del juez Fernández Madrid en autos "Balaguer, Catalina Teresa c/ PEPSICO de Argentina S.R.L. s/ juicio sumarísimo" -Expte. 33.975/2002- CNA Trab. Sala VI, sentencia N° 56.971 del 10 de marzo de 2004.

⁴⁷ Hace años leí una obra teatral que tiempo después pude verla expuesta por la compañía inglesa "Eagles Co.". La obra en cuestión se llamaba "Un inspector llama" -de Priestley-. El título lo es en clara alusión a un inspector de policía que tocaba a la puerta de una familia bien avenida y de holgada situación económica, inquiriendo por una joven que se había suicidado. Su foto le es mostrada a cada uno de los integrantes de la familia por separado, los que -en su oportunidad- van recordando el aporte que habían hecho en el desmoronamiento económico y emocional de aquella.

Morello, Augusto y Vallefn, Carlos A.: *El amparo. Régimen procesal*, 4° edición, Librería Editora Platense, p. 22.

⁴⁹ El trabajo en cuestión integra el Anexo final de la obra "Conocimiento, trabajo y dominación. Construcción de la desigualdad social" -de la suscripta-, Prometeo, Buenos Aires, 2010, pp. 495.

⁵⁰ Ambos jueces conformaron la mayoría en la sentencia de Cámara -Sala I-, recaída en autos: "Asociación Cristo Sacerdote y Otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires S/ otros procesos incidentales" -Expte: EXP 14194 / 1- del 27 de diciembre de 2004- que se hizo conocido como el "Caso León Ferrari" por el artista plástico contra cuya presentación de obras en el Centro Cultural Recoleta se manifestaron las asociaciones mencionadas. Es el mismo caso en que la Fiscal de Cámara Daniela Ugolini se pronunciara a favor de mantener cerrada la exposición del mencionado artista plástico por tratarse de "una obra anticristiana" -ver diario *Página 12*, 10/07/2010, p. 8-. Sobre el tema, cfr. Giunta, Andrea (comp.): "El caso Ferrari. Arte, censura y libertad de expresión en la retrospectiva de León Ferrari en el centro Cultural Recoleta, 2004-2005", Ediciones Licopodio, Buenos Aires, 2008.

⁵¹ Inglaterra era un sujeto coherente de derechos en la comunidad internacional mientras propiciaba la guerra fratricida que -como uno de sus brazos ejecutores- llevó adelante la Argentina contra la hermana República del Paraguay. El objetivo era truncar el desarrollo de ese territorio que se estaba dando, como Estado soberano, con proyección autonómica. Paraguay contaba con altos hornos, siderurgia, ferrocarril y una población expectante del producto de una reforma agraria indispensable. Inglaterra también era coherente sujeto de derechos mientras ejercía su dominación ilegítima en el territorio de India, cortándole los pulgares a los hiladores para mantener los precios del producto textil inglés. Francia, Bélgica y Holanda fueron coherentes sujetos de derecho en la comunidad internacional mientras ejercían su impronta imperialista en los territorios de África sujetos a su dominación. EEUU, como coherente sujeto de derechos en la comunidad internacional, "vela" por las democracias globalizadas que le sean funcionales al tanto que no se ha adherido a acuerdos internacionales de Derechos Humanos vigentes (Cfr. Gutiérrez, 2003)

⁵² Así hizo docencia de formas de represión directa en la Escuela de las Américas, donde civiles y militares latinoamericanos recibieron instrucción sobre todo tipo de torturas (materiales y simbólicas) que luego implementaron en los regímenes del terrorismo de Estado -también propiciados, acompañados y funcionales a los EEUU y al gran capital transnacional-. Cfr. Dossier: EEUU y la militarización de América Latina -en Revista *Periferias* (Revista de Ciencias Sociales) N° 18, del segundo semestre de 2009.

⁵³ Con respecto a las diversas lecturas e implicaciones de la condicionalidad, puede consultarse el documento *Porta Voz*, N° 13, que registra los principales debates sobre la materia (ILSA, 1996).

⁵⁴ La comunidad internacional en la que la República Argentina debe operar como coherente sujeto de derecho, muestra -en la región-, procesos constituyentes como los de Bolivia, Ecuador y Venezuela que -diferentes entre sí, aún con contradicciones propias de la etapa gestada- son centros de referencia ineludibles al momento de verificar las luchas emancipatorias para el ejercicio pleno de la soberanía social. Cfr. Rajland, Beatriz y María Celia Cota

relo (coord.): La revolución en el Bicentenario. Reflexiones sobre la emancipación, clases y grupos subalternos, Edic. FISYP y CLACSO, Colección Grupos de Trabajo, Buenos Aires, 2009. En particular sobre los procesos constituyentes, en esa obra colectiva: Rajland, Beatriz y Liliana Costante: “Los nuevos Poderes Constituyentes en la América Latina y Caribeña de hoy y su relación con los procesos de cambio”.

⁵⁵ CS. “Brunnicardi, A.C. c/Bco. Central”, 10/12/96 Expte. 96.456.-

⁵⁶ La CSJN, erróneamente, desconoce el status de provincia de la CABA y en consecuencia, tiene declarado que no resulta de aplicación la competencia originaria del art. 117, CN (Fallos 322:2856; 329:2316 y 330:5279, entre otros) sino la establecida, cuando el Estado Nacional es la contraparte de la Ciudad, por el art. 116, CN, y arts. 2, inc. 6, y 12 de la ley 48 (Fallos 323:1199; 327:2357,2536, 2857, 5254 y 6063), es decir que las causas deben iniciarse ante los juzgados federales de primera instancia. Acerca del carácter de ente federal aforado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires alcanzado por el art.117 CN, cfr. disidencia de Eugenio Raúl Zaffaroni en “Fallos” 330:5279; cfr. también, arts. 44; 45; 54; 75, inc. 2, párrafos tercero, quinto y sexto; 125; 129, CN.

⁵⁷ Pulvirenti, Orlando D. “Dar la caña de pescar y no sólo el pescado: ¿hacia un nuevo enfoque judicial de los Derechos Económicos, Culturales y Sociales?” -nota a fallo en “Suplemento LA LEY ADMINISTRATIVO”, Director Agustín Gordillo, 22/06/2009, pág. 53.

⁵⁸ Cfr. García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández: Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Décima Edición, Ed Civitas, p. 452 y ss.

⁵⁹ Cfr. voto de Belluscio en la causa L. 268. XXII ‘Leiva, Amelia Sesto de c. Poder Ejecutivo de la Provincia de Catamarca’ sentencia del 19 de setiembre de 1989 (considerandos 8º y 9º).

⁶⁰ Así, la actuación judicial en la etapa de ejecución de sentencias como las revertidas por el TSJ en el caso “Alba Quintana”, permiten el seguimiento de la instrucción fijada en términos generales, cuyo contenido concreto habrá de ser construido a partir del “diálogo” que necesariamente se producirá entre el tribunal y la autoridad pública que corresponda. Cfr. Fiss, Owen: “Las formas de la Justicia”, en Marcial Pons: *El derecho como razón pública*, Madrid, 2007, pp.47-48.

⁶¹ Cfr. Thea, Federico: Hacia nuevas formas de Justicia administrativa: Apuntes sobre el ‘Litigio estructural’ en la Ciudad de Buenos Aires. En “Suplemento LA LEY ADMINISTRATIVO”, Director Agustín Gordillo, 08 de febrero de 2010, p. 16-20.

⁶² Ver, por ejemplo: CSJN, 03/05/2005, “Verbitsky, Horacio”; CSJN, 20/06/2006 y 08/07/2008, “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros”; CSJN, *in re* “Badaro, Adolfo Valentín c. Administración Nac. de la Seguridad Social”, sentencia del 8 de agosto de 2006, LA LEY 14/08/2006, 7.

⁶³ D`ARGENIO, Inés, Trascendencia Institucional de Litigio de derecho publico, disponible en: www.adaciudad.org.ar/pdfs/documentos/material_interes/TRASCENDENCIA_INSTITUCIONAL_DEL_LITIGIO_DE_DERECHO_PUBLICO_INES_D_ARGENIO.pdf (visitado por última vez el 19/12/2009)

⁶⁴ Sobre la carencia de sustento normativo de las doctrinas que niegan la posibilidad de control judicial pleno de la administración, ver: Gordillo, Agustín, Tratado de derecho administrativo, t2, “La defensa del usuario y del administrado”, Buenos Aires, FDA, 2009, 9º ed., Cap. VIII. Ver, también las críticas del autor a “Las pseudo nociones fundantes del derecho administrativo”, en Gordillo, Agustín, Tratado de derecho administrativo, t3, El acto administrativo, Buenos Aires, FDA, 2007, 9º ED., Introducción.

⁶⁵ Dijo la Cámara: “no cabe duda -y, a su vez, no es objeto de cuestionamiento- que corresponde a los poderes Legislativo y Ejecutivo la determinación de las política de gobierno que cumplan con la obligación constitucional de asegurar los derechos objeto de tutela en este proceso. A su vez, la decision en torno a los cursos de acción que resultan idóneos para hacer efectivo este derroches materia privativa de la ley y la administración y, a tal efecto, disponen de un amplio margen de actuación. Ello no obsta a que, tal como se sostuvo en otras oportunidades, frente a una controversia -y en caso de resultar procedente la acción por encontrarse reunidos los diferentes presupuestos procesales de admisibilidad-, corresponda al órgano jurisdiccional corroborar, en primer lugar, si el órgano político cumplió con su deber constitucional de reconocer los derechos y, a tal efecto, diseñó políticas públicas tendientes a asegurar su efectiva vigencia. En segundo termino, corresponde al juzgador determinar si la política o el programa a tal efecto creados son razonables, es decir, si estos se ajustan a los estándares constitucionales y, asimismo, si resultan adecuados para satisfacer los derechos. Si los mencionados programas cumplen con tales presupuestos, ninguna consideración corresponde hacer a los jueces sobre políticas alternativas. Finalmente y en

tercer lugar, es necesario que el magistrado compruebe si, una vez delineadas las políticas y creados los programas respectivos, estos efectivamente se cumplen". CCAyT CABA, Sala I, 23/12/2008, "Acuña María Soledad c/Gobierno de la Ciudad de Bs. As s/amparo.

⁶⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–, Art. 2.

⁶⁷ Cfr. Bidart Campos Germán J: "El artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional" en la obra "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales", Buenos Aires, ps. 77/88.

⁶⁸ Cfr. CS, doctrina de Fallos 311:224.

⁶⁹ Cfr. Corti, Arístides Horacio M. "Tutela jurisdiccional en materia tributaria", en la obra Derechos y Garantías en el siglo XXI, EDIAR, Buenos Aires, 2005, pp. 113/114.

⁷⁰ Con respecto, además, a uno de los derechos consagrados en el Art. 14 bis, circunstancia que refuerza la relevancia de sus consideraciones generales para el caso en estudio en el presente. (caso "Vizzoti", Fallos: 327:3677).

⁷¹ Así también, la CSJN en el caso "Verbitsky", donde deslinda lo propio de los poderes políticos de lo propio de los jueces, pero ello de manera acorde a los nuevos problemas que plantea nuestra sociedad y a una interpretación sistémica y dinámica de la Constitución. El considerando 27 señala

⁷² CSJN in re "Valles, Eleuterio S." -sentencia del 29/10/1987- publicado en JA 127 (pág. 327) con nota de Bidart Campos.

⁷³ Como ejemplo fundamento 5.2; 5.6; 5.7.

⁷⁴ CSJN "Fallos 327:3753, 3773; LA LEY, 2004-F, 95. Cfr. también Bidart Campos, Germán J., "La Constitución Económica -un esbozo desde el derecho constitucional argentino-", en JA 2002-II, p. 1144)

⁷⁵ CS, doctrina de Fallos 311:224.

⁷⁶ Ya en "Fallos" 302:1284 *in re* "Saguir y Dib, Claudia Graciela", sentencia del 6/11/1980, la CSJN señaló que resulta fundamental "evitar que la aplicación mecánica e indiscriminada de la norma conduzca a vulnerar derechos fundamentales y a prescindir de la preocupación por arribar a una decisión objetivamente justa en el caso concreto lo cual iría en desmedro del propósito de 'afianzar la justicia' enunciado en el Preámbulo de la Constitución Nacional". Sobre esto dice Kesselman: "(...), la Corte no prescindió de las consecuencias naturales que podían derivarse de un fallo razonable y congruente con el sistema en que estaba engarzada la norma (sobre la ley 21.541 de Trasplante de órganos), ya que esas consecuencias, de apegarse al texto legal, podían derivar en la pérdida de una vida humana. Como se advierte, ese fallo priorizó un derecho humano por sobre la normativa legal imperante." (Kesselman, Pedro. "La Acordada 36/2009 y la jurisprudencia de la Corte sobre Derechos humanos sociales" en *La Ley*, Año LXXIV N° 122, del 29/06/2010, p. 1, columna 3). El trabajo de Kesselman está en línea con la conclusión a la que arribó la XVI Conferencia Nacional de Abogados (2010) -a partir de la ponencia que presentara la suscripta-. Cfr. Costante, Liliána B. "La abogacía organizada se pronunció en contra de la Acordada 36 CSJN del 09/09/09" en *LA LEY ACTUALIDAD*, 22/7/2010. En ese sentido, a más de la intachable doctrina del caso "Benghalensis", la CSJN reiteró que no es excusable la lesión de derechos o su falta de respeto, sobre la base de genéricas consideraciones de índole presupuestaria. Así, en "Rubén Badín" (Fallos: 318:2002) señala que "(...) las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones de este tipo. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el estado de derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquella (Art. 5° inc. 2°, Convención Americana sobre Derechos Humanos)". Los mismos términos fueron retomados por la Corte en el caso "Verbitsky" -con remisión expresa al caso "Badín" (ver considerando 28)-, constancia que revela que no se trata de una referencia circunstancial del más Alto Tribunal, sino de una doctrina ya consolidada.

⁷⁷ CSJN in re "Sánchez" -sentencia del 17/05/2005, superadora de "Chocobar" ("Fallos" 319:3241)-.

⁷⁸ CCAyT, CABA, Sala II, 27/04/2010, in re "Balduvino, Carlos Alberto c. Ciudad de Buenos Aires" -en Suplemento *LA LEY ADMINISTRATIVO*, 22/06/2010, pp.73/75. Lo transcrito en p. 74. El mencionado fallo da cuenta de jurisprudencia reciente y atinada del TSJ, de la que vale mencionar lo dicho por la jueza Ruiz en cuanto a que "En el caso, la regresividad que no es tolerada ni por el orden jurídico nacional ni por el local, se configura respecto del derecho a la vivienda digna. El recurrente (se refiere al GCABA) entiende el derecho a la vivienda digna de modo tal que éste no implica que 'los individuos tienen derecho sine die a disfrutar de subsidios otorgados con carácter excepcional'. La expresión 'disfrutar' es poco

afortunada ante personas carenciadas, que cabe imaginar preferirían ser autosuficientes y no requerir la ayuda del Estado. Tampoco se trata, como continúa la Procuración, de que el subsidio 'tenga carácter excepcional'. En un caso como el de autos y en la medida en que el Estado no pueda proporcionar soluciones permanentes, el subsidio es regla. (...) es razonable que las autoridades recurran a diversos sistemas de atención, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de las prestaciones ya reconocidas. Entonces, si la vigencia del decreto ha cesado, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado. 'El derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados 'derechos sociales' que sólo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los 'derechos sociales' sean promesas o programa, que no pueden ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla' (cfme. autos 'Tolosa, Estela Carmen c/GCBA s/amparo [art. 14 CCABA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido', del 9/8/06). En el mismo sentido, el juez Maier en autos "González, Cornelia c/GCBA s/amparo [Art. 14 CCABA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido", del 5/3/08.

⁷⁹ Cfr. D'Argenio, Ines, en Suplemento *LA LEY Administrativo*, director Agustín Gordillo, Buenos Aires, 28 de junio de 2007.

⁸⁰ CSJN, *in re* "Cisneros de Bau, Norma Beatriz c/Telecom Argentina Stet France Telecom SA" del 20/10/2009.

⁸¹ Cfr. Carbonell, Miguel (edit.): *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003 y 2005.

⁸² Morello, A: "El amparo después de la reforma constitucional", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Anticipo de *Anales*. Año XL, Segunda época, Número 33, Julio de 1995, p. 19.

⁸³ Sagüés, Néstor P.: *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 5

⁸⁴ Bidart Campos llegó a proponer -reconociendo la audacia de su propuesta- que el juez puede declarar la inconstitucionalidad de una norma -en caso de injusticia notoria de ésta- "por su pugna con el deber constitucional de afianzar la justicia, aún si directamente no le es posible detectar la inconstitucionalidad por infracción extensible a una norma determinada y concreta en tal o cual artículo de la constitución" (Bidart Campos, G.: *Casos de derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar S.A. Editora, 1997, p. 83).

⁸⁵ Peña Freire, Antonio Manuel: *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Edit. Trotta, Madrid, 1997, p. 232. Señala acertadamente el catedrático: "La centralidad de la persona postula una apertura epistemológica de los procedimientos judiciales al entorno social del sistema jurídico, de modo que la localización de los títulos habilitadores para requerir tutela y garantía en el sistema se halle no sólo en las normas legales elaboradas, que responden a un sentido político específico que determinará una determinada concepción del interés público según los criterios de las mayorías gobernantes, sino en los planos superiores de normatividad indisponibles al legislativo y frente a esas normas legales." (Peña Freire, Ob.cit., p. 231). Algunos ejemplos jurisprudenciales al efecto: CSJN *in re* "Brunnicardi, A.C. c/Bco. Central", 10/12/96 Expte. 96.456; (Caso "Ortega") "Defensor del Superior Tribunal de Justicia c/Estado Provincial s/acción de amparo", Juzg. De Familia y Menores N° 1 Sec. 4 de Paraná. Fallo del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos (09/04/2003); "Ramallo, Beatriz c/GCBA y otros s/amparo (Art. 14 CCABA)" Expte. 3260, sentencia del 16/07/2004 (por cobertura de la emergencia habitacional). Pr. Sala II. (12/03/2002), criterio ratificado luego por el TSJ. El Juez Andrés Gallardo fue el primero que tomó la decisión de hacer reconocimiento judicial in situ por denuncia de las condiciones de vivienda en el denominado "Programa de Hoteles" de la CABA. Cfr. asimismo interesante trabajo de Peyrano, Jorge W. "Los "ismos" en materia procesal civil". En *LA LEY*, Año LXXIV N° 127, del 06/07/2010.

⁸⁶ Cfr. Pautassi, Laura C.: Ob.Cit.

⁸⁷ González, Horacio R: *Estado de no derecho, emergencia y derechos constitucionales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pp. 392

⁸⁸ Cfr. Sagüés, Néstor: Ob. Cit en nota 83 del presente, p. 9.

⁸⁹ Irons, Peter: *El coraje de sus convicciones*, Dijsktra, Bs.As. 1994, p. 10

⁹⁰ Espinal Arias, Rigoberto: *Los jueces y su responsabilidad para la vigencia de un Estado de Derecho*, Inst. Interamericano de Derechos Humanos, 1993, p. 42/3-48 (s.l). Corrobora esta posición lo sustentado por Corti, Horacio G. en *Derecho Financiero*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1997

⁹¹ Sagüés, Néstor P.: Ob. Cit., p. 5

⁹² En esa línea de actividad, la jueza federal en lo contencioso administrativo Rodríguez Vi-

dal en el caso "Asociación Benghalensis y osts. c/Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional- s/amparo" Expte.33.629/96, confirmada por la Sala I de la CNA en lo CAF el 05/03/98. Cfr. también "Ramallo, Beatriz c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA)" Expte. 3260, sentencia del 16/07/2004.

⁹³ Abramovich, Víctor, "Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política", JA 2006-II, Fascículo N° 12, p. 17. Cfr. Corti, Horacio Guillermo, "Derecho Financiero", Ob. Cit., ps. 126, 563 y ss. y doctrina y jurisprudencia allí citada. En línea coincidente lo he manifestado en "Acción de amparo. Sistema de derechos de base constitucional", en LL del 14/X/99 (Año LXIII, N° 196); "Partidas presupuestarias insuficientes" -Colaboración para la Revista Plenario de la Asociación de Abogados de Buenos Aires (Septbre. 1999). Cfr. también sentencia de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, 15/03/07, autos "Roble, Mariana Alejandra y otro c/Estado Nacional s/amparo", y doctrina y jurisprudencia también allí citadas.

⁹⁴ Del voto de los jueces Ruiz y Maier, en TSJ CABA *in re* "Pérez, Víctor G. y otros c/GCABA s/amparo" -sentencia del 21/06/2001. En esa línea argumental, cfr. nota a fallo CCAyT Sala II, "Comisión Municipal de la vivienda c. Saavedra, Felisa y otros" del 09/04/2002, de Moreno, Gustavo D.: "La Defensa jurisdiccional de la vivienda", en LA LEY, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, del 28/06/2002, p.30.

⁹⁵ Cfr. Fiss, Owen: "Grupos y cláusula de igual protección" en Gargarella, Roberto (coord.) *Derechos y grupos desaventajados*, Ob.Cit., pp. 137-159.

⁹⁶ Subtítulo del libro coordinado por Bidart Campos, Germán y Guido Riso: *Los derechos humanos del siglo XXI. La revolución inconclusa*. Ob.cit.

⁹⁷ En el sentido señalado, dos fallos recientes son de manifiesta ejemplaridad, por la valentía que demuestran -en cada uno de ellos- los magistrados intervinientes en ejercer su función en plenitud, sin violentar por ello el principio de división de poderes: 1) SCJBA, fallo del 14/06/2010 en la causa A. 70.717, "P., C.I. y otros contra Provincia de Buenos Aires. Amparo. Recurso de inaplicabilidad de ley", con voto de los doctores Eduardo Néstor de Lázzari, Daniel Fernando Soria, Juan Carlos Hitters, Eduardo Julio Pettigiani y Héctor Negri (*LA LEY BUENOS AIRES*, año 17, N° 6, julio 2010, con nota laudatoria de Ricardo J. Cornaglia -pp. 627 a 629-). Anota Cornaglia: "(...) El marco referencial que guía a los jueces de la instancia inferior y la superior es el garantismo, instrumento propio del Estado Social de Derecho, que define la sinceridad de lo que proclama a partir de continuos test de eficacia a demostrar. Y en esto está la nota diferenciadora que se advierte en el fallo de la instancia superior, al profundizar las medidas a adoptar por la autoridad pública imponiéndole deberes perentorios a cumplir por la misma, desvirtuando las cargas posibilistas de los decisorios que difieren el cumplimiento de esos deberes, a la determinación por el poder obligado de cumplirlos, según recursos presupuestarios. Recursos que ese mismo poder desde su protagonismo, genera o niega. En definitiva, pone límites a 'la potestad de selección que incumbía al poder administrador' (usando los cautos conceptos del ministro Dr. De Lázzari), que coloca a las urgencias de las necesidades perentorias en el limbo atemporal de la burocracia. El fallo sienta doctrina de la S.C.J.B.A. para otras sentencias que lo sucederán, desafiando a otros poderes y también desafiándose. Implica al Poder Judicial, un reconocimiento de sus incumbencias y competencias, que abre puertas de necesitados a la satisfacción de sus urgencias."; 2) Cámara Federal de San Martín- Sala II, en la Causa 2591/09 " T.N.E. c/ CONADIS (presidencia de la nación) s/Amparo". Publicado en *LA LEY BUENOS AIRES*, año 17, N° 6, julio 2010. Con nota en igual sentido que el anterior, de Raúl R. Rovira. La Cámara tomó en cuenta las condiciones materiales de vida de la amparista, las que son descriptas en la magnitud de sus carencias, confirma la sentencia de Primera Instancia y le fija a la Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas (CONADIS) un plazo de diez días para que se le otorgue a la recurrente un subsidio del Programa de la Vivienda no Accesible. Al respecto dice el comentarista del fallo: "Y ahora que nuestro país puede exhibir con orgullo una copiosa y moderna legislación tuitiva y ha creado una red asistencial operativa adecuada a la naturaleza de la demanda, 'constituye una incongruencia inadmisibles que el aparato administrativo se encuentre en manos de funcionarios carentes de sensibilidad o ineficaces'".

⁹⁸ Ferrajoli, Luigi. Cit. por Duquelsky Gómez, Diego J. en Courtis (Ob.Cit., p. 135).

⁹⁹ Corti, Horacio G.: *La guerra silenciosa -Lecturas de Filosofía de Derecho*. EUDEBA, Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho UBA, 2000, p. 275.

¹⁰⁰ Bidart Campos, Germán J. Prólogo a *Derecho al desarrollo*, Ob. Cit., p.p.

Dr. Demián Zayat y Dra. Victoria Ricciardi

Secretaría General de Planificación Estratégica y Acceso a la Justicia
Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El derecho de defensa en los casos de usurpaciones en la Ciudad de Buenos Aires: un estudio empírico

I. Introducción.

La Ciudad de Buenos Aires está sumergida desde hace varios años, en una grave crisis habitacional, producida tanto por la suba del precio de la tierra como por la falta de políticas públicas adecuadas para promover el acceso a la vivienda. Una gran parte de la población, que ve vulnerado su derecho a la vivienda digna, recurre entonces a los sectores informales de vivienda, y en consecuencia, se incrementan los conflictos en torno al suelo urbano y el hábitat.

La justicia juega un papel relevante en la solución o, mejor dicho, la administración de este conflicto. En general, los propietarios recurren a los tribunales para lograr el desalojo de sus viviendas o terrenos ocupados, a través de distintas modalidades. La denuncia por usurpación es uno de los mecanismos que han encontrado los propietarios para lograr la desocupación de un inmueble con mayor celeridad. La denuncia por usurpación pone en marcha el aparato represivo del Estado, que puede concluir con la privación de libertad de las personas que ocuparon el inmueble. De este modo, el delito de usurpación puede ser utilizado para criminalizar a quienes carecen de vivienda digna o títulos suficientes.

El delito de usurpación fue transferido a mediados de 2008 a la competencia de la Ciudad por el Segundo Convenio de Transferencias Penales, y desde entonces es perseguido por los Fiscales de la Ciudad. El Código Procesal Penal porteño permite obtener de modo anticipado

la restitución del inmueble, aún cuando no hubiera condena firme por este delito, y esto es lo que más interesa a los propietarios. A su vez, el Fiscal General aprobó la Resolución 121/08 que establece un protocolo de actuación frente a las denuncias de usurpación, con el objetivo declarado de obtener la restitución anticipada del inmueble a su propietario, más allá de la persecución del delito.

Sin embargo, esta normativa puede poner en peligro la vigencia del derecho de defensa de los ocupantes de los inmuebles, permitiendo que sean desalojados sin ser escuchados previamente, o sin que hayan tenido un patrocinio letrado previo. Esto resulta contrario a los estándares internacionales sobre Derechos Humanos, en particular a la normativa sobre el debido proceso en casos de desalojos. Por ello, la Defensoría General y la Asesoría General Tutelar, a través de la Resolución conjunta DG 210/09 y AGT 172/09 pusieron de manifiesto que en la mayoría de los casos de usurpación no se daba intervención ni a la Defensa ni a la Asesoría Tutelar y solicitaron al Fiscal General que adoptase las medidas necesarias para poder participar en estos casos desde un primer momento.

Resulta entonces necesario contar con datos empíricos sobre cómo se están llevando adelante las causas por usurpación. El objetivo de esta investigación es conocer si se respetó el derecho de defensa y el debido proceso en las causas por usurpación que tramitaron en el fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires.

Fue así que relevamos una muestra representativa de 240 casos seleccionados aleatoriamente de las 1169 causas por usurpación iniciadas durante el año 2009. Como veremos, entre otros hallazgos, podemos concluir que en el 70% de los casos no participó un defensor o defensora

de modo previo a la restitución del inmueble y que en el 88% no existió una defensa material.

La estructura del presente trabajo es la siguiente. En la próxima sección haremos referencia al desarrollo del mercado inmobiliario de la Ciudad de Buenos Aires, analizaremos las razones que profundizaron la crisis habitacional existente. Luego, en la sección tercera desarrollaremos el marco normativo que rige en la Ciudad así como a los estándares internacionales en materia de desalojos a los que nuestro país está comprometido, los derechos constitucionales involucrados. Realizaremos un análisis de las características del delito de usurpación, de la restitución anticipada establecida por el Código Procesal Penal y del protocolo que dictó la fiscalía para la restitución. En la sección cuarta se describirá la metodología utilizada para recopilar los datos de las 240 causas relevadas en la investigación empírica. En la sección quinta desarrollaremos los principales hallazgos obtenidos de la investigación y finalmente, en la sección sexta, extraeremos algunas conclusiones y recomendaciones.

II. La paradoja del mercado inmobiliario de la Ciudad.

En la última década, la Ciudad de Buenos Aires junto con otras ciudades del país experimentó una expansión extraordinaria del mercado inmobiliario y del mercado de la construcción. Con el estallido de la crisis del 2001, las bajas tasas de interés, la desconfianza en el sistema bancario, la caída del precio real del dólar, sumado a las altas tasas de rentabilidad del sector o la garantía como reserva de valor, alentaron a que aquellos inversores con dinero en efectivo se volcasen a la construcción y al desarrollo inmobiliario¹.

El “boom inmobiliario”² queda de manifiesto sólo con repasar los números del sector: ³por ejemplo, en el año 2006, se solicitaron permisos para construir un total de 3.100.540 m², diez veces más que en el año 2002-. En el año 2005 se registraron 6869 escrituras por mes ⁴, y el precio del suelo ya superaba el valor en dólares registrado antes de la crisis. Para el 2006, el precio del suelo experimentó el mayor incremento interanual, alcanzando un promedio de U\$S 1.014 el metro cuadrado. De este modo, en el período 2002-2006, el precio del suelo en la Ciudad aumentó en promedio un 375%.

El crecimiento de la demanda especulativa provocó un aumento de los precios de los inmuebles en toda la Ciudad, hasta superar el valor en dólares que registraban en 2001. Al mismo tiempo, se puede señalar que el 43% de los metros cuadrados que obtuvieron permiso para construir viviendas multifamiliares, se correspondieron con la categoría “suntuosa”, lo que normalmente se conoce como edificios de “torres *premium*” o “torres *countries*”, destinados a los sectores de mayores ingresos. Otro 38% de los permisos se solicitaron para desarrollos en las categorías “lujosas” y “confortables”, destinados a sectores de ingresos altos y medio-altos⁵. De este modo, el mercado inmobiliario amplió mayormente la oferta residencial de los sectores de mayores ingresos de la Ciudad⁶.

Ahora bien, la dinámica del crecimiento del mercado inmobiliario ha provocado, paradójicamente, la restricción del acceso a la vivienda para la población de medianos y bajos recursos⁷, agudizando la crisis habitacional de la Ciudad⁸. Como consecuencia se registra un aumento de población en los sectores informales de hábitat y al mismo tiempo un aumento de los conflictos habitacionales.⁹

Parte del aumento de estos conflictos se ex-

plica a partir de la comprensión de la incidencia del precio del suelo en la rentabilidad de los emprendimientos inmobiliarios¹⁰ y, en particular, la extraordinaria valorización de los precios del suelo registrada en los últimos años¹¹. La incidencia del precio del suelo en los desarrollos inmobiliarios pasó de un 20-25% hasta un 40% del total del proyecto, lo que incrementó la rentabilidad de la oferta de terrenos para la construcción. Esto se tradujo en la valorización de los terrenos que pueden ser volcados al mercado de la construcción -muchos de ellos anteriormente se encontraban en estado ocioso y de abandono- sin que medie ninguna inversión por parte de los particulares propietarios, utilizando el suelo urbano como valor de reserva e inversión.

La presión del mercado por incorporar lotes para la construcción repercute directamente sobre las familias de menores recursos, en especial, sobre aquellas que desarrollan sus estrategias habitacionales en el mercado informal de vivienda. En efecto, en los últimos años se verificó un crecimiento de los procesos de desalojos, sea a través del uso de procedimientos civiles, administrativos o bien a través de la vía penal. Aunque no es posible contar con cifras exactas sobre el crecimiento de estos procesos como tampoco el nivel de impacto diferenciado que tienen en las familias que habitan el sector informal, distintas instituciones dan cuenta del aumento de estos procesos. De acuerdo a un informe de la Presidencia de la Comisión de Vivienda de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, basado en datos del Ministerio de Desarrollo Social de la Ciudad de Buenos Aires, durante el 2008, se desalojaron 9 familias por día en la Ciudad de Buenos Aires¹². Asimismo, de acuerdo a la Defensoría del Pueblo de la Ciudad, entre el año 2005 y el año 2006 se duplicaron los desalojos. Para el primer semes-

tre de 2007 se calculaba que 11.400 personas fueron expulsadas a través de procedimientos civiles.¹³ Por su parte, datos provenientes de la Fiscalía General de la Ciudad de Buenos Aires, dan cuenta del aumento de las denuncias por usurpación: mientras que en el año 2004 se recibieron 570 denuncias, en el año 2009 se tramitaron 1169 denuncias.¹⁴ En definitiva, las cifras constatan el agravamiento de los conflictos habitacionales en un contexto de agudización del déficit habitacional provocado por la restricción en el acceso a la vivienda que se vio potenciado desde la salida de la crisis del 2001-2002.¹⁵

Es en el marco de la crisis habitacional en donde se persigue penalmente a los ocupantes de inmuebles, amenazándolos con la aplicación de una pena privativa de la libertad.¹⁶ Es en este contexto que los procesos de desalojos han priorizado la protección del derecho de propiedad sobre el respeto al debido proceso, el derecho de defensa, el derecho a la vivienda adecuada y los estándares internacionales en materia de procedimientos de desalojos. A esto nos dedicaremos en la próxima sección.

III. La criminalización de los “sin techo”: el delito de usurpación.

La canalización de graves problemas sociales, en particular, conflictos habitacionales a través del sistema de justicia merece ser repensado. Si bien el sistema penal todo ha mostrado serios déficits de legitimidad que deberían hacernos rediscutir el modelo punitivo estatal,¹⁷ cuando se lo utiliza para responder a conflictos sociales, su utilización es aún más alarmante ya que en estos casos la selectividad es extrema. En el delito de usurpación es aún más patente que “quienes son sometidos a procesos penales y finalmente quedan en la cárcel son siempre las personas

pobres. El derecho penal, con su terrorífico arsenal de instrumentos de control social, recae sobre los más débiles. No porque ellos cometan más delitos -lo que cada día queda demostrado con mayor holgura-, sino porque la práctica del sistema penal está orientada a castigarlos y dejar impunes a los otros sectores, aunque éstos causen daños más graves”.¹⁸

Desde hace un tiempo existe un debate acerca de la legitimidad o de las dificultades teóricas que existen para justificar el uso de la coerción estatal en contextos de fuerte desigualdad e injusticia.¹⁹ Esta dificultad se agudiza cuando se trata de justificar el uso de la coerción penal y en particular cuando los medios coercitivos pueden servir como medio de preservación de las desigualdades existentes, o en contra de personas en situaciones de carencia extrema.

El delito de usurpación parece ser un tipo penal dirigido a castigar a las personas que no tienen una vivienda estable. De este modo, la promoción de denuncias de usurpación puede ser utilizada para criminalizar a los “sin techo”, que sólo buscan un lugar donde encontrar refugio. Al mismo tiempo, se ha utilizado la figura para perseguir a los pobladores de barrios informales, ya sean villas, asentamientos o bien loteos precarios. La falta de regularización dominial afecta a un gran número de familias en Argentina, como el resto de América Latina, ya que el loteo popular ha sido una estrategia utilizada por los sectores de menores recursos para acceder al suelo y a partir de allí construir su vivienda. Aunque han existido algunos programas e iniciativas destinadas a avanzar en la regularización dominial de los sectores informales -principalmente el denominado *Plan Arraigo*, implementado a través del Decreto 2441 en los términos de la Ley 23.697 y la Ley 24.374 que permite la regularización de tierra priva-

das (aunque no ha sido reglamentada en la Ciudad)- estos han sido parciales e insuficientes.²⁰

Con estas hipótesis como guía es posible analizar los efectos de la persecución penal a través de la figura de usurpación²¹, sobre aquellas familias o personas que han procurado un lugar donde habitar a través de estrategias que colisionan con el derecho a la propiedad. En efecto, existen antecedentes judiciales²² en los cuáles o bien se desistió de perseguir el delito o bien se absolvió a los imputados utilizando como fundamento las condiciones de pobreza de las personas imputadas o denunciadas. Al mismo tiempo, existieron casos judiciales donde se abrieron canales de diálogo entre las partes involucradas a los fines de lograr una mejor solución al conflicto planteado ante la justicia²³.

En esos casos se trató de evitar la sanción a la pobreza. Así, en el caso “Capristo” la Sala I de la Cámara Criminal y Correccional Federal decidió sobreseer a la imputada que había sido denunciada por la supuesta usurpación de terrenos públicos al construir una casilla en terrenos linderos a las vías del tren. Lo trascendente del caso, además de la interpretación realizada sobre la forma de acreditar los elementos constitutivos del delito de usurpación, es que los magistrados evaluaron el contexto, y por tanto consideraron las dificultades de acceso a una vivienda de la afectada, recordando el carácter fundamental de este derecho constitucional. Así indicaron que “(...)creemos que es claro que la ocupación de una casilla precaria a la vera de las vías por las que transitan permanentemente trenes demuestra el estado de excepción donde el mínimo resguardo del que es acreedor todo habitante de este suelo pareciera estar ausente, y en este sentido, resulta rayano a lo perverso exigir que se acredite que quien ocupaba la propiedad lo hacía en una situación de estado de

necesidad justificante o de inculpabilidad.(...) La respuesta penal no debe ser, en consecuencia, la primera ni la principal respuesta a la que el Estado debería apelar, pues cuando se lo hace apresurada o despreocupadamente, compromete la responsabilidad política del Estado que deberían garantizar.”²⁴

Por supuesto, la justificación de la existencia del tipo penal está referida a la necesidad de que el Estado intervenga y proteja los bienes de los particulares. Se alega que, aún cuando mediare responsabilidad del Estado en la creación de las condiciones de vulnerabilidad de los involucrados, no sería posible hacer pesar las consecuencias de la inacción estatal sobre los particulares afectados²⁵. De hecho, fue el crecimiento de los conflictos habitacionales y las ocupaciones, lo que motivó²⁶ la incorporación de las cláusulas de *desalojos express*, tanto en los procesos civiles²⁷ como en los procesos penales²⁸ en vez de alertar sobre la necesidad de redoblar los esfuerzos a través de una intervención estatal que permitiera superar las dificultades en el acceso a la vivienda de los sectores de menores recursos.

La incorporación de estas cláusulas se encuentran en contradicción con las normas supranacionales aplicables en materia de desalojos forzosos. En efecto, las modificaciones legales efectuadas en el país han estado orientadas a reforzar y garantizar la protección del derecho de propiedad, vulnerando lo establecido en los tratados internacionales de derechos humanos en materia de debido proceso. Esto entra en tensión con el deber de garantizar el derecho a una vivienda digna, conforme lo establece el art. 14 bis de la Constitución Nacional y los tratados de Derechos Humanos incorporados a la Constitución a través del Art. 75 inciso 22²⁹ como brevemente veremos a continuación.

A. Principios constitucionales y de los Derechos Humanos involucrados.

De acuerdo al derecho internacional de los Derechos Humanos, el derecho a la vivienda comprende la protección contra los desalojos forzados. En efecto, en principio, los desalojos son incompatibles con los requerimientos de, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).³⁰ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Comité DESC) define los desalojos como “el hecho de hacer salir de personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles el acceso a ellos.”³¹

Es por ello que el Comité DESC, interpretando el alcance del derecho a la vivienda adecuada del artículo 14 del PIDESC, estableció que los desalojos sólo pueden justificarse en las circunstancias excepcionales y siempre que éstos se realicen en conformidad con las normas del derecho internacional de los derechos humanos. Esta interpretación debe ser considerada parte de las “condiciones de su vigencia” según la consolidada doctrina de la Corte Suprema.³²

El Comité DESC, en su Observación General N° 7, ha establecido los criterios que permiten identificar la legalidad de un procedimiento de desalojo de inmuebles destinados a viviendas, de conformidad con el derecho internacional.³³ De acuerdo al Comité, las personas frente a un desalojo tienen los siguientes derechos: **1)** disponer de todos los recursos jurídicos apropiados; **2)** a que se adopten medidas apropiadas para impedir toda forma de discriminación que el desalojo pueda dar lugar **3)** a que se estudien, conjuntamente con los afectados, todas las de-

más posibilidades que permitan evitar o, cuando menos, minimizar la necesidad de recurrir a la fuerza, antes de que se lleve a cabo cualquier desalojo; **4)** a la debida indemnización en caso de ser privados de bienes personales inmuebles; **5)** a contar con las debidas garantías procesales, entre ellas: (a) disponer de una auténtica oportunidad procesal para que se consulte a las personas afectadas, (b) disponer de un plazo suficiente y razonable de notificación de todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo, (c) que se facilite a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas, (d) contar con la presencia de funcionarios del gobierno o de sus representantes en el desalojo, especialmente cuando éste afecte a grupos de personas, (e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo, (f) que el desalojo no se produzca cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas lo permitan expresamente, (g) que se les ofrezcan recursos jurídicos a los afectados, (h) que se le ofrezca a los afectados asistencia jurídica, siempre que sea posible, a fin de solicitar reparación a los tribunales; **6)** el derecho a que se proporcione otra vivienda, reasentamientos o acceso a tierras productivas si las personas afectadas no disponen recursos económicos.

Por su parte, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires otorga una robusta protección de los derechos sociales a todos sus habitantes y establece una fuerte vocación para luchar contra la desigualdad social. En ese sentido el derecho a la vivienda encuentra una amplia protección en el artículo 31 de la Constitución de la Ciudad,³⁴ que no sólo reconoce su existencia sino que avanza en detallar el contenido de este derecho, en clara consonan-

cia con los principios del derecho internacional de los Derechos Humanos.³⁵

B. El delito de usurpación.

Como se ha explicado anteriormente, el delito de usurpación fue transferido a mediados de 2008 a la competencia de la Ciudad por el Segundo Convenio de Transferencias Penales. Aunque escapa el objetivo del presente trabajo presentar detenidamente los elementos del tipo penal de usurpación, y su aplicación jurisprudencial, reseñaremos únicamente algunas de sus notas características. El interés es presentar algunas claves para posibilitar la comprensión del estudio empírico realizado.

El Código Penal tipifica el delito de usurpación en el artículo 181, que establece que: “Será reprimido con prisión de seis meses a tres años: (1) el que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojar a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes; (2) el que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo; (3) el que, con violencias o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble.”

De acuerdo al texto legal son tres las acciones delictivas previstas en el artículo 181 del CP. La doctrina las ha agrupado metodológicamente del siguiente modo: (1) despojo; (2) turbación de la posesión, y (3) destrucción o alteración de términos o límites.³⁶ Es el tipo de despojo el que usualmente se denuncia ante la Justicia de la Ciudad.

Comete despojo aquella persona que me-

dante un acto de violencia, engaño, abuso de confianza o clandestinidad priva la posesión, tenencia o cuasiposesión de un bien inmueble a que el título confiere derecho, o de la tenencia o posesión ejercida sin título que de derecho a ellos. En otras palabras, consiste en la privación de la ocupación del inmueble a su tenedor, poseedor o cuasiposeedor. Éstos, o sus representantes deben resultar desplazados o excluidos de su ocupación.³⁷

El despojo mediante violencia se da cuando la ocupación del inmueble es adquirida o mantenida por vías de hecho, acompañada de violencia física³⁸ o moral³⁹. El autor despojará del inmueble por engaño si logra su ocupación con una conducta contraria a la verdad, usando o no ardid, siempre que sea eficaz, esto es, que induzca a error en el sujeto pasivo⁴⁰. El abuso de confianza se configura cuando el despojo del sujeto pasivo se realiza aprovechando la confianza que se le ha otorgado al permitirle el acceso o el uso del inmueble, manteniéndose en él como ocupante, o intervirtiendo el título en virtud del cual se le permitía la tenencia o el goce de otro derecho real sobre el inmueble⁴¹. Por último, de acuerdo al Art. 2.369 del Código Civil, habrá clandestinidad en tres supuestos: por la ocultación de los actos, por ausencia del poseedor, y tercero, cuando se toma con precauciones para que, quien tenga derecho a oponerse, no se entere⁴².

El acto llevado a cabo a través de alguno de esos medios comisivos, debe recaer sobre la posesión, la tenencia o algún derecho real constituido sobre un inmueble, siendo esto el objeto y, a su vez, presupuesto del delito⁴³.

Será central analizar entonces, cómo se adquiere, mantiene y pierde la posesión o tenencia para saber si estamos frente al objeto del delito o no. De acuerdo al Código Civil, en sus artículos 2.355⁴⁴ y 2.460⁴⁵, la tenencia es el

ejercicio de un poder físico sobre la cosa, pero reconociendo la propiedad en otra persona. En definitiva, el tenedor es el poseedor que reconoce la propiedad en un tercero⁴⁶. La posesión se configura cuando se tiene una cosa bajo su poder, con intención a someterla al ejercicio de un derecho de propiedad.⁴⁷

Ahora bien, cuando se discute la posible usurpación de un inmueble, es importante recordar que si un inmueble es ocupado o usurpado por más de un año, la posesión será del usurpador, conforme el artículo 2.456⁴⁸. Uno de los modos de adquirir la posesión, aunque sea ilegítima, es mediante la usurpación u ocupación.⁴⁹

La ocupación, entonces, es un medio unilateral de adquirir la posesión, tanto de muebles como inmuebles, contra la voluntad del actual poseedor⁵⁰. Asimismo, de la posesión -legítima e ilegítima- se desprenderán derechos y obligaciones (artículos 2.416 a 2.444 del Código Civil).⁵¹

Estas referencias al Código Civil nos permiten tener por identificado el objeto del delito de usurpación: el sujeto pasivo debió ser el anterior poseedor, y debió haber intentando recuperar la posesión del inmueble mediante alguna acción posesoria, en el último año anterior a la denuncia penal. Si el usurpador/poseedor actual lograra mantener la posesión por más de un año sin ser turbado en su posesión, no procede la vía penal del artículo 181 inc. 1.

C. La inconstitucionalidad del artículo 335 y del protocolo de la Fiscalía.

El último párrafo del artículo 335 del Código Procesal Penal de la Ciudad establece que “En los casos de usurpación de inmuebles, en cualquier estado del proceso y aún sin dictado de auto de elevación a juicio, el/la Fiscal o el/la jueza, a pedido del/la damnificado/a, podrá dis-

poner provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado fuera verosímil. Se podrá fijar una caución si se lo considerare necesario”. Como se puede apreciar, el artículo 335 es la versión local del procedimiento de los desalojos *express a* nivel nacional relatados⁵² y que colisiona con la Constitución Nacional y la de la Ciudad de diversos modos.

En primer lugar, a diferencia de la normativa nacional y las similares en otras provincias, el Código de la Ciudad faculta directamente al Fiscal a ordenar la restitución anticipada de la vivienda supuestamente usurpada. Esta atribución que no es investigativa, sino que resuelve sobre la vigencia de derechos fundamentales, de existir, debería estar exclusivamente en manos de un juez imparcial e independiente. Por ello, resulta contraria a los principios procesales establecidos en el artículo 13.3 de la Constitución de la Ciudad⁵³.

Al mismo tiempo, el artículo 335 se ha incorporado en el Capítulo 3 del Título III del Código Procesal Penal de la Ciudad, dedicado a la “ejecución civil” de la sentencia, claro está, una vez recaída una sentencia condenatoria firme. Por lo tanto, se argumenta que a menos que se considere irrelevante la técnica legislativa y la lógica en la organización normativa del Código, el artículo 335 regula la manera de obtener la restitución de un inmueble una vez recaída una sentencia y no de forma anticipada previo a la sentencia condenatoria. Haber establecido la posibilidad de restituir “en cualquier estado del proceso” resulta así, violatorio de la lógica del Código⁵⁴. A su vez, el artículo no distingue si se está frente a un caso del inciso 1, 2 o 3 del artículo 181 del Código Penal.

Además el artículo 335 contradice las garantías del debido proceso, defensa en juicio

y el principio de presunción de inocencia, en particular debido a que implica un adelantamiento inapropiado de las consecuencias de la sentencia condenatoria. La medida anticipada de restitución significa la imposición de una verdadera pena sin que haya mediado sentencia condenatoria, se haya evaluado grado de culpabilidad, o en ocasiones se haya individualizado a los autores del ilícito. Además de afectar derechos fundamentales de las personas, como mencionamos, como el derecho a la vivienda digna y otros derechos fundamentales. Resulta asimismo una medida cautelar en el proceso penal⁵⁵, que no tiene fundamento procedimental, en contra del principio constitucional de excepcionalidad de las restricciones durante el proceso penal. Al violar estas garantías establecidas en el artículo 18 de la Constitución Nacional el artículo 335 resulta inconstitucional.

No hay que olvidar que la CSJN, en el caso “Fiscal c/ Vila, Nicolás y otros” interpretó una norma similar a la del 335 del Código Procesal Penal, y estableció que las “atribuciones de carácter coercitivo cautelar personal o real(...) deben adoptarse con la mayor mesura que el caso exija, respetándose fundamentalmente el carácter provisional de las medidas y observando que su imposición sea indispensable y necesaria para satisfacer- con sacrificios provisorios del interés individual, el interés público impuesto para evitar -en ciertos casos- que el presunto delito siga produciendo efectos dañosos”. En el mismo sentido, advirtió sobre la necesidad de determinar la indispensabilidad de la medida impuesta después de haber escuchado al ocupante, y consideró que el juez debía asegurar que la medida revistiese, en cuanto a sus efectos y alcances, carácter provisorio⁵⁶.

Permitir la restitución del inmueble objeto del delito, antes de la condena penal (o cuanto menos

de la elevación a juicio) resulta inconstitucional.

Por su parte, la Fiscalía General dictó un criterio general de actuación que reglamenta esta medida de restitución. La Resolución FG 121/08 establece un protocolo para la restitución anticipada del inmueble con el objeto de obtener “su reintegro a su propietario o quien resulte ser legítimo poseedor/tenedor del mismo”. Este protocolo establece el siguiente procedimiento que deberán seguir los fiscales:

1. Requerir al programa Buenos Aires Presente (BAP) que se constituya en el lugar y realice un censo completo de los habitantes y a la Guardia de Auxilio y Emergencias un plano y fotos del inmueble.

2. Si se pudo realizar el censo, instará la mediación o composición del conflicto.

3. El fiscal ordena una consigna policial para que no ingresen nuevos ocupantes.

4. Si se llegó a un acuerdo en mediación sobre cuándo restituir el inmueble, el fiscal verificará su cumplimiento.

5. Si no se llegó a un acuerdo o este se incumplió, el fiscal solicitará al juez el allanamiento, para ejecutar la restitución.

6. Si no se pudo realizar el censo, el fiscal solicitará al juez el allanamiento, para ejecutar la restitución.

7. Durante el desalojo, deberá estar presente el BAP, la Guardia de Auxilio, el Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, etc.

8. Si lo indica el propietario, se tapiará el ingreso al inmueble o de lo contrario se dispondrá una consigna policial.

El primer punto controversial de este protocolo es que no hace foco en que el sujeto pasivo del delito es el poseedor anterior, sino que lo reemplaza por el “propietario o el legítimo poseedor/tenedor”. Al mismo tiempo, su objetivo

es “restituir el inmueble a su propietario”. De este modo el protocolo asimila al propietario o al poseedor legítimo con el poseedor anterior, lo que no necesariamente es equivalente.

Un segundo punto conflictivo del protocolo es que el censo que debe hacer el BAP y el plano y las fotografías de la Guardia de Auxilio pueden vulnerar la garantía a la inviolabilidad del domicilio. El problema es que estos organismos administrativos, o incluso la policía, no contarán con la orden de allanamiento de un juez, que franquee el ingreso al edificio o vivienda presuntamente usurpada. Esto constituye un allanamiento ilegal, de donde se obtendrán pruebas que luego serán utilizadas en contra del presunto usurpador, que podrán ser, al mismo tiempo, los propios habitantes censados. Asimismo puede vulnerar la garantía que protege contra la autoincriminación, si se les dirigen preguntas a los ocupantes que pueden autoincriminarlos, si no existió antes la lectura de derechos respectiva.

El protocolo establece distintos escenarios, uno en donde “los ocupantes franquean el acceso”, y un otro, donde “se obtenga la negativa de los ocupantes”. Para este último supuesto, el fiscal deberá solicitar la orden de allanamiento. Sin embargo, el primer escenario, con este “franqueo” del acceso, sin más, resulta violatorio de la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio.

La Corte Suprema, en el caso “Hansen” estableció el estándar para que el franqueo del acceso a las autoridades sea equivalente a la renuncia a la inviolabilidad del domicilio. Así, remitiéndose al dictamen del Procurador General, la Corte dijo que “(...) De la misma manera, para asignar valor a la renuncia a la garantía de la inviolabilidad del domicilio ésta debe estar rodeada de varios requisitos. Uno de ellos sería el

conocimiento cabal de la garantía. No basta que el funcionario policial solicite el permiso para entrar sino que es necesario que el ciudadano conozca que hay una garantía que le permite excluir al funcionario policial que le solicita permiso.”⁵⁷ Asimismo, en “Ventura”, complementó esta doctrina al invalidar un allanamiento en el cual “el acta confeccionada por los funcionarios que efectuaron el registro, concebida con la habitual terminología que suele emplearse en estos casos, consigna que la persona que atendió a los inspectores, enterada del motivo de la presencia de estos últimos manifiesta no tener impedimento en acceder el acceso al lugar. Nada dice el acta de cuáles fueran esos motivos ni de cómo le habrían sido explicados al circunstancial morador.”⁵⁸

El tercer aspecto cuestionable del protocolo consiste en que el trámite podría vulnerar la garantía de defensa en juicio. Si las restituciones anticipadas se hicieran sin escuchar debidamente a los ocupantes, se estaría vulnerando esta garantía esencial de todo proceso penal.

Cabe destacar que la vulneración o no de la garantía de la defensa en juicio en los procesos de usurpación no surge manifiestamente del protocolo, sino que dependerá de su aplicación en cada caso concreto. Si se le dio intervención a la defensa o no, y si los ocupantes fueron escuchados antes de decidir sobre sus derechos de modo previo a la restitución anticipada son los aspectos que habrá que analizar para determinar si existe una violación a las garantías de defensa en juicio o no.

Es en razón de este último aspecto que se decidió realizar esta investigación empírica, sobre qué sucedió en las causas judiciales sobre usurpación en relación con el derecho de defensa en juicio. A esto dedicaremos las próximas secciones.

IV. Metodología.

Cómo vemos, analizar si los ocupantes fueron escuchados o no antes de la restitución del inmueble constituye el piso mínimo de lo exigible. Hemos visto que toda restitución anticipada que se realice de modo previo a la condena firme vulnera derechos. Empero, resulta escandaloso que se lo realice sin haber siquiera escuchado a los ocupantes. Consideramos que pueden existir distintos grados de vulneración de este derecho, una escala que iría desde la condena firme, pasando por condena no firme y la elevación a juicio, hasta la intimación del hecho y la posibilidad de ser oído. En la investigación medimos principalmente estos dos últimos escalones, que consideramos las más graves violaciones a los derechos constitucionales básicos.

La investigación que realizamos es principalmente cuantitativa por muestreo. Así, obtuvimos un listado de todas las causas de usurpación (Art. 181 incisos 1, 2 y 3) ingresadas al fuero Penal, Contravencional y de Faltas durante el año 2009. La población está constituida, entonces, por estas 1169 causas. Con este listado, realizamos una muestra aleatoria simple de 240 casos. Este tamaño de muestra garantizaría un margen de error de más/menos 10%.

Accedimos a estos 240 casos a través de la base de gestión judicial JusCABA, y completamos una grilla con las siguientes variables e indicadores:

- A. Número de causa
- B. Fiscalía interviniente
- C. Juzgado interviniente
- D. Nombre del denunciado
- E. Tipo de inmueble (particular, estatal)

F. Denunciante (particular, representante del Estado)

G. Dirección del inmueble

H. Tipo de inmueble (departamento, hotel, villa de emergencia, complejo habitacional, comercial, predio, centro cultural, cochera)

I. Cantidad de afectados

J. Existencia de instancia de mediación (no, acuerdo, fracaso)

K. Defensor en la mediación (sí, no)

L. Patrocinante en la mediación (sí, no)

M. Determinación de los hechos (al inicio, tardía, no)

N. Intimación del hecho (anterior a la restitución, posterior a la restitución, no)

O. Defensor (público (número), privado, no)

P. Momento de la intervención del Defensor (antes de la restitución, posterior a la restitución, no)

Q. Restitución (voluntaria, mediación, juez, policía, no)

R. Restitución solicitada por el Fiscal (sí, no)

S. Allanamiento ordenado (sí, no)

T. Apelación del allanamiento (sí, no)

U. Resolución del caso (archivo, pendiente, *probation*, elevada, juicio, incompetencia)

V. Tipo de archivo (incisos a-i del Art. 199 CPPCABA)

W. Existencia de caso (sí, no)

X. Cuestión de género involucrada

Colectar la información y completar el cuadro fue una tarea difícil que insumió una considerable cantidad de tiempo de esta investigación⁵⁹. Los abogados no estamos acostumbrados a realizar este tipo de trabajo empírico, y la recopilación de datos muchas veces es más compleja de

lo previsto. Una vez concluida esta recolección, realizamos una segunda revisión de las causas para disminuir los errores que se podrían haber producido, y compatibilizar los criterios, sobre todo en los casos más dudosos.

Asimismo, encontramos más problemas de los esperados en la disponibilidad de la información en la base de datos de JusCABA. Las Fiscalías no completan del mismo modo la base, y algunas son más detallistas que otras con la información que agregan. Lo mismo ocurre con los juzgados, y lamentablemente no pudimos acceder a los fundamentos de ninguna sentencia de Cámara a través de JusCABA (sino sólo a su parte resolutive). A su vez, los escritos de la Defensoría no están cargados para las causas 2009, sino sólo sus pasos procesales. Obtuvimos varios casos sin ninguna información, y también bastante ausencia de respuesta en determinadas variables. Podríamos haber completado estos datos consultando las causas respectivas, empero se decidió utilizar como única fuente a JusCABA en razón del plazo de la investigación.

A su vez, algunas causas se acumulaban con otras por otros delitos, e incluso, por la misma denuncia ya realizada con anterioridad. Esto nos induce a sospechar que con el actual sistema informático, es posible que haya más de una investigación penal en contra de la misma persona por el mismo hecho, violando la garantía constitucional que protege contra la doble persecución. Esto produjo que la muestra aleatoria al azar se viera modificada sutilmente en su tamaño y resulte de 238 causas.

Aún con estas dificultades, la existencia de JusCABA nos permitió realizar esta investigación cuantitativa de un modo veloz y sencillo. Empero, no tenemos que dejar de tener en cuenta estas debilidades al analizar los datos obtenidos.

Algunas variables fueron más complicadas

de completar que otras. Claramente la más subjetiva era la de la columna (w) referida a la existencia o no de caso. La idea era analizar si la denuncia y la investigación tenían aspecto de usurpación. Cuando veíamos que difícilmente se cumplieran los requisitos del tipo, considerábamos que no existía un caso. En cambio, si pensábamos que al momento de la denuncia, podíamos estar frente al tipo penal, considerábamos que sí existía un caso. Al analizar esta variable habrá que tener en cuenta tal subjetividad.

La variable (q) “restitución” indica si se produjo la restitución del inmueble durante el proceso penal. Así puede tener cuatro indicadores: (1) juez, cuando la orden de allanamiento dictada por la justicia es la que establece la restitución; (2) mediación, cuando la restitución es fruto del acuerdo en una instancia de mediación; (3) policía, cuando es la policía la que ingresa en el inmueble y detiene a los ocupantes, llevándoselos por la fuerza, y (4) voluntaria, cuando los ocupantes deciden irse del inmueble por sus propios medios, en cualquier momento de la causa judicial. Decidimos incluir este indicador de las restituciones voluntarias como un tipo de restitución aunque no pueda decirse que es exclusivamente en razón de la justicia que los ocupantes deciden abandonar el inmueble, en virtud que la existencia de una causa penal abierta limita sensiblemente la “voluntariedad” del abandono. Este indicador también se incluye en otros informes con una metodología similar a éste⁶⁰.

V. Hallazgos.

En esta sección relevaremos los hallazgos de mayor relevancia para la investigación. El primero es que la Defensa, tanto pública como de confianza, participó en aproximadamente el

22% de los casos de usurpación, sin poder constatarse diferencia de resultados en virtud de tratarse de una Defensa de confianza o pública. El segundo hallazgo fue que el 32% de las denuncias ingresadas al fuero son archivadas por atipicidad, aunque no necesariamente al inicio de la investigación. En tercer lugar, el 21% de las causas investigadas es archivada por falta de pruebas, lo que se eleva al 52% si el inmueble se encuentra en una villa y desciende al 14% si es un hotel. En cuarto lugar, en el 14% de las denuncias se accede a una instancia de mediación, y en el 66% de ellas se culmina con la restitución del inmueble. Al mismo tiempo, se constató que el 15% de esas causas no deberían haber accedido a una instancia de mediación por no constituir, prima facie, un caso de usurpación. En quinto lugar, y ya con relación a la restitución anticipada de inmuebles, vimos que se restituyó el 23.3% de los inmuebles denunciados, la mayoría de ellos (el 8.9%) de forma “voluntaria” o en instancia de mediación. En sexto lugar, observamos que sólo en el 60% de las causas en las que se restituyó un inmueble había sido dictado un decreto de determinación de los hechos, y tan sólo en el 12% de los casos se intimó del hecho a persona determinada de modo previo a la restitución. Por último, en séptimo lugar, observamos que sólo en el 28% de los casos en los que se produjo una restitución anticipada participó un defensor -público o de confianza- de modo previo a la restitución. En lo que sigue, analizaremos estos hallazgos detalladamente.

1. Hallazgo.

La Defensa participó en el 22% de las causas de usurpación.

El primer aspecto que analizamos fue la participación de la Defensa en las causas de usurpación. Vimos que en la gran mayoría de las causas no existió tal participación. Así, de las 198 causas con respuesta sobre si existió defensor o no, obtuvimos los siguientes datos:

	Sí			No
	Confianza	Pública	Total	
Muestra	15	29	44	154
Porcentaje	7.6	14.6	22.2	77.8

Cuadro Nº 1 . Participación de la Defensa en causas de usurpación.

Este cuadro muestra que la Defensa participó en la causa en el 22% de los casos y no lo hizo en el 78% restante. Esta participación no necesariamente fue desde el primer momento, ni antes de la restitución.

Con respecto a la resolución de las causas donde no participó la Defensa, la mayoría terminó en el archivo (142 causas, 92.2%), en tres se declaró la incompetencia y existían aún nueve en etapa de investigación. De estas 142 causas archivadas, 55 lo fueron por atipicidad (38.7%), 46 por falta de prueba (32.4%), 30 por oportunidad (21.1%), 7 por composición (4.9%), una por inimputabilidad y otra por incompetencia (0.7% cada uno).

En las causas donde no interviene la Defensa, los fiscales deciden archivar o declarar la incompetencia. Empero el archivo no es siempre la primera medida frente a las denuncias, ya que se pudo observar que, dejando de lado las que están en trámite, el 21% fue archivado en virtud del principio de oportunidad, y un 5%

por composición del conflicto. Previo a estas decisiones existió alguna actividad de las fiscalías.

Por el contrario, las causas donde sí participó la Defensa, tanto pública como de confianza, se resolvieron de la siguiente manera:

	Causas	Archivo	Elevado	Absolución	Juicio	<i>Probation</i>	Pendiente	Incomp.	Total
Pública	Cantidad	12	5	0	0	1	10	1	29
	%	41.5	17.2	0	0	3.4	34.5	3.4	100
Particular	Cantidad	7	1	1	2	1	2	1	15
	%	46.7	6.7	6.7	13.3	6.7	13.3	6.7	100
Total	Cantidad	19	6	1	2	2	12	2	44
	%	43.2	13.6	2.3	4.6	4.6	27.3	4.6	100

Cuadro N° 2 . Resolución de las causas donde intervino la Defensa.

El 43.2% de las causas en donde sí intervino la Defensa terminó en el archivo. En un 4.6% se acordó una *probation*, y el 20.5% (9 causas) fue elevado a juicio. Aún restan causas pendientes en la etapa de investigación (27.3%) y en la etapa de juicio (4.6%).

Puede verse que no existió una diferencia significativa entre las resoluciones de las causas donde intervino la Defensa Pública o la Defensa de confianza. Se puede observar, también, que tanto en los casos con intervención en la Defensa Pública como particular son elevados a juicio de un modo similar: están elevadas 5 causas con patrocinio de la Defensa Pública, y 4 están en esa instancia con abogados particulares (1 elevada, 2 en juicio, y una cuarta absuelta).

2. Hallazgo.

El 32% de las denuncias es archivada por no constituir delito

En este apartado analizaremos el estado y la resolución de los casos de usurpación, pero ya no focalizando en la participación o no de la Defensa, sino en la actividad de las Fiscalías.

Así, de nuestra base de 238 causas, podemos extraer los siguientes estados procesales de las investigaciones iniciadas durante el año 2009:

	Archivo	Juicios	Elevadas	Pendientes	Probation	Incompetencia	<i>Probation</i>
Muestra	166	2	6	55	2	1	1
Porcentaje	71.2	0.8	2.6	23.6	0.8	0.4	0.4

Cuadro Nº 3 . Estado procesal de las causas.

Vemos de este modo que, según la muestra, del total de las denuncias recibidas en el 2009 más del 70% fue archivado, el 23% continúa en la investigación preparatoria y el 3.5% fue elevado a juicio. Al mismo tiempo, si nos centramos en las razones del archivo, podemos observar la distribución por sus razones en el **Cuadro Nº 4**.

Para realizar estos cálculos de los porcentajes de causas archivadas (sobre el total de causas resueltas) habrá que excluir a las que aún están en trámite. De este modo, las causas resueltas fueron 178, y los 166 archivos se distribuyeron del siguiente modo.

	Aticipidad	Prescripción	Ininputabilidad	Falta de prueba	Oportunidad	Composición
Muestra	57	1	1	50	38	15
Porcentaje	32	0.6	0.6	28	21.3	8.4

Cuadro Nº 4 . Razones de los archivos de las denuncias sobre el total de causas resueltas.

De este modo podemos ver que, de acuerdo a la muestra, el 32% del total de las causas que ingresan al fuero son archivadas por resultar atípicas. Este archivo es realizado por el Fiscal,

luego de las investigaciones pertinentes, en las cuáles en alguna se ha dado intervención a la Defensa y en otras no.

Al mismo tiempo, podemos cruzar estos datos con nuestra variable “caso”. Según nuestra base, el 65% de las causas iniciadas no constituyen un caso de usurpación (101 causas de 182 con respuesta). De las 101 denuncias que no consideramos caso, se archivaron 89, siete están aún pendientes, en tres se declaró la incompetencia, una suspensión de juicio a prueba, y una absolución en juicio.

Con respecto a los 89 archivos, se realizaron por las siguientes razones:

	Aticipidad	Prescripción	Ininputabilidad	Falta de prueba	Oportunidad	Composición
Muestra	39	1	1	25	20	3
Porcentaje	43.8	1.1	1.1	28	22.5	3.4

Cuadro Nº 5 . Razones de archivo en denuncias sin caso.

Era esperable que las denuncias que no constituyeran caso fueran archivadas por atipicidad, sin embargo eso sucedió únicamente en el 43.8% de las denuncias. Así, el 28% de causas archivadas por falta de pruebas o el 22.5% archivado en virtud del principio de oportunidad, podrían haber recibido otro tratamiento. Esto dependerá, obviamente, de lo que cada Fiscal considere caso para investigar o no.

Quizás la diferencia principal entre el criterio de las Fiscalías sobre cuándo existe tipicidad, y nuestro parámetro de “caso”, responda a cómo el protocolo de la Fiscalía interpreta el tipo penal. Como hemos visto, se asimila posesión a la propiedad, y eso es incorrecto. Por ello, en los casos donde no surgiera que el denunciante gozaba de la posesión anteriormente a la denuncia, consideramos que no se configuraba un caso de

usurpación. En cambio, muchos fiscales continuaron con las investigaciones en estos casos.

Aún más, el modo de probar la posesión no podría ser mediante el título de propiedad o un informe de dominio al Registro de la Propiedad (ya que sólo prueba el dominio), sino mediante la prueba de la posesión a través de actos posesorios, o testigos. Empero en muchos casos, los fiscales únicamente solicitaron un informe de dominio al Registro. Por otro lado, aún si no existiera dominio pero sí posesión se podría estar ante un caso de usurpación.⁶¹

No es correcto asimilar la posesión a la propiedad. Esta circunstancia viola el derecho de los tenedores o poseedores actuales, en virtud que el Fiscal establece que el denunciante no requiere probar, en sede penal, su posesión sino sólo su dominio. Esto podría permitir a propietarios no poseedores desalojar a los actuales poseedores en sede penal (y no mediante un juicio civil), lo que les impedirá seguir poseyendo -legítima o ilegítimamente- con los consiguientes efectos que eso acarrea, que incluso pueden llegar a la adquisición del dominio vía prescripción adquisitiva⁶². Al mismo tiempo, esta interpretación deja sin protección a poseedores no propietarios, que no pueden demostrar la propiedad del inmueble, aunque hayan sido usurpados.

3. Hallazgo.

El 21% de los casos son archivados por falta de pruebas, lo que se eleva al 51% si el inmueble está ubicado en una villa y disminuye al 14% si es un hotel.

Los casos archivados por falta de prueba ponen de manifiesto los problemas que tiene la Fis-

calía para llevar adelante la investigación. De los 238 casos de nuestra base de datos, se archivaron 162 causas, resultando 50 archivos por falta de pruebas, lo que representa el 21% de los casos.

Datos interesantes surgen si cruzamos los archivos por falta de prueba con el tipo de inmueble denunciado como usurpado, para analizar en qué casos los Fiscales tienen mayores dificultades para realizar la investigación. En el **Gráfico N° 1** figuran los porcentajes de archivos por falta de prueba, sobre el total de denuncias por cada tipo de inmueble: establecimiento comercial, vivienda en un complejo habitacional, departamento de edificio o casa, habitación en hotel, predio no construido e inmuebles en una villa.

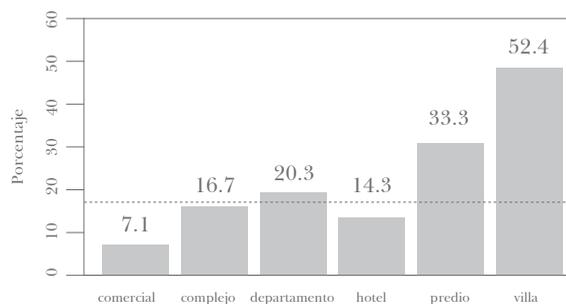


Gráfico N° 1. Porcentaje de las causas achivada por falta de prueba, por tipo de inmueble.

En promedio, se archivó por falta de pruebas el 18% de los casos por cada tipo de inmueble (línea de puntos en el gráfico). Sin embargo, puede observarse que más del 50% de las denuncias de usurpación de viviendas ubicadas en villas, son archivadas por falta de pruebas. En estos casos queda claro que el sistema judicial no da respuesta cuando el delito es cometido en contra de personas vulnerables.

Muchas veces el archivo por falta de pruebas en inmuebles ubicados en villas se dicta en vir-

tud de que los testigos no responden al dato de contacto ofrecido, o no existe un número telefónico donde pudiera ubicarse a los denunciantes, o cuestiones similares que no son más que los problemas propios de las personas que viven en el hábitat informal. La falta de estrategias de la Fiscalía para superar estos inconvenientes, podría explicar la desproporción significativa⁶³ en las investigaciones en estos supuestos. Al respecto es importante aclarar que se hace referencia a las situaciones donde un ocupante de una vivienda en un barrio informal tiene un conflicto con otro habitante del barrio. Distintas consideraciones merece la situación donde el titular dominial intenta el desalojo de las familias asentadas que han consolidado su vivienda y una forma de hábitat.

En este punto, vale hacer un paréntesis a fin de analizar una de las problemáticas relevadas durante la investigación que se relaciona con el impacto en la vida de las mujeres de cuestiones que, en ocasiones, se ventilan en los procesos de usurpación. En el presente estudio a través de la variable “género” medimos aquellos casos donde se podía verificar que el conflicto discutido en el proceso penal involucraba alguna cuestión de género. Por supuesto, esto aparecía de forma clara cuando se denunciaba por usurpación en el marco de una relación violenta que culminaba con algún miembro de la pareja expulsado del inmueble que se compartía. Se suscitó una cuestión de género en 17 causas de las 224 donde fue posible identificar la existencia de la variable (el 7.6%).

Esta problemática afecta especialmente a las mujeres que habitan en barrios informales, quienes si son removidas de sus viviendas, sin título dominial, verán disminuidas sus posibilidades de obtener protección judicial, a través de otras vías. En virtud de esta ausencia de ele-

mentos para recurrir a otras vías, muchas veces, estos casos se ventilan en la justicia penal a través de la figura de usurpación. En efecto, un 23% de los casos suscitados en las villas involucraron una cuestión de género. En claro que no es a través de esta vía donde deben procesarse estos conflictos pero es importante alertar sobre la existencia de cuestiones que afectan de forma negativa a las mujeres y que requiere vías de redireccionamiento de los conflictos que permita avanzar en la protección efectiva de los derechos de las mujeres.

Por su parte, el caso de los hoteles es paradigmático. Pudimos observar casos donde los dueños o explotadores de hoteles y pensiones denunciaron a todos sus inquilinos, cuando deseaban vender o darle un destino distinto al bien inmueble en cuestión. En estos casos, la cantidad de personas desalojadas es considerablemente elevada: en los tres casos de nuestra base de datos en los que un juez ordenó la restitución de un hotel, se desalojaron a 70 personas en total.

El principal problema surge de la falta de un contrato de alquiler escrito entre los inquilinos y los dueños o explotadores de los establecimientos, que permitiría probar la relación contractual existente, e inhibiría la acción penal⁶⁴. Por ello es frecuente que los inquilinos de habitaciones de hoteles o pensiones, frente a la imposibilidad de probar la existencia de una relación contractual, sean denunciadas por usurpación y que este proceso avance sin que los afectados pueden esgrimir las defensas que les corresponde, obteniendo así los dueños la restitución de los inmuebles⁶⁵.

Esto se suma a una jurisprudencia tanto nacional como local que contradice el derecho de defensa y el principio de inocencia. En efecto, la Cámara Nacional y de la Ciudad han dicho que

(...) en la mayoría de los casos por usurpaciones urbanas se verifica la sistemática excusa de los intrusos que alegan haberle alquilado la casa a una persona desconocida e inclusive suelen exhibir para justificar su ocupación contratos de alquiler fraguados vulgarmente conocidos como ‘contratos pantalla’... Si a ello se le suma la circunstancia de haber entregado diversas sumas de dinero sin procurarse respaldo documental alguno ni haber tomado los recaudos mínimos necesarios para asegurar la legitimidad de la operación que dicen haber llevado a cabo(...) O si se esgrime un supuesto contrato de locación con un tercero sin proporcionar los supuestos recibos de alquiler que abonaban mensualmente, demostrando así que aprovecharon la ausencia del propietario para ocupar la vivienda en cuestión(...)”⁶⁶ De este modo, la Defensa, de existir, se ve impedida a seguir una línea argumental frecuente si no aporta un contrato de alquiler escrito y los recibos correspondientes que en general no existen. Esto resulta contrario al principio de inocencia y a su derivado, el *in dubio pro reo*, que se debe aplicar también al modo de interpretar la prueba existente⁶⁷.

4. Hallazgo.

El 14% de las denuncias accede a una instancia de mediación, y el 66% de ellos culminan en la restitución del inmueble.

El protocolo sobre usurpaciones dictado por la Fiscalía General establece que el Fiscal deberá proponerle a las partes alternativas para la composición del conflicto, en una instancia oficial de mediación.

De nuestra base de datos, obtuvimos la siguiente información:

	Acuerdo	Fracaso	Sin instancia	Total
Muestra	11	16	176	203
Porcentaje	5.4	7.9	86.7	100

Cuadro Nº 6. Instancia de mediación en los procesos de usurpación.

Podemos observar que de la muestra realizada, el 86% de los casos denunciados no acceden a la instancia de mediación mientras que el 14% sí lo hacen. Al mismo tiempo, se observa que se llega a un acuerdo en el 5.4% de los casos.⁶⁸

En las causas donde se pudo acceder a una instancia de mediación, fue más probable obtener la restitución: además de las 11 restituciones logradas en esa instancia (acuerdos, 40.7%), se produjeron 7 restituciones “voluntarias” posteriores a la audiencia (26%), mientras que tan sólo en 9 causas de 27 (33.3%) no se obtuvo la restitución.

El requerido asistió a las mediaciones con asistencia letrada excepto en 1 caso (22 de 23 casos, 95.7%), ya sea con abogado de confianza (36.4%) o de la Defensoría Pública (54.6%). En estos últimos casos, la asistencia letrada en las mediaciones fue realizada por funcionarios de las Defensorías.

Con relación a las mediaciones efectivas y la existencia de “caso”, pudimos ver que en 17 de las 25 causas con respuesta sí existía un caso (68%), mientras que en 8 no lo había (32%). Esto implica que, de acuerdo a la muestra, casi un tercio de las mediaciones realizadas no deberían haber sido siquiera convocadas. En estos casos, el Fiscal (o la unidad de intervención temprana) debería haber archivado la denuncia.

Abrir una instancia de mediación en casos que deberían haberse archivado apenas recibidos, es consecuencia del nuevo diseño organizacional del Ministerio Público Fiscal. Según el Fiscal General, las Unidades de Intervención Temprana

deben recibir la denuncia y: (a) promover una solución alternativa del conflicto, (b) disponer el archivo, (c) efectuar una solicitud de incompetencia o (d) remitir el caso a una unidad fiscal para iniciar la investigación. Este diseño agrega la posibilidad (a) de promover una instancia de mediación luego de recibida la denuncia, en contra de lo establecido por el artículo 85 del Código Procesal Penal de la Ciudad⁶⁹.

El Código es bastante claro en que inmediatamente después de recibida una denuncia, debe dictarse un decreto de determinación de los hechos. Recién una vez delimitada la investigación penal podrá pensarse en una instancia de autocomposición o en otras vías alternativas, conforme lo establecen los artículos 204 y 205.

El decreto de determinación de los hechos es el acto que fija el alcance de la cosa juzgada, evita la doble persecución, y fija el marco de la investigación en caso de no arribarse a un acuerdo.

El problema de este accionar, además de ser contrario a lo establecido por el artículo 85 del Código Procesal Penal, es que se utiliza a la justicia penal -y a la amenaza de una pena privativa de libertad- para resolver un conflicto entre dos particulares, que debería ser llevado a cabo en otro fuero. Esto afecta el principio de legalidad, según la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en numerosas oportunidades ha dicho que el derecho penal debe ser entendido como la *última ratio* del ordenamiento jurídico⁷⁰.

5. Hallazgo.

Se restituyó el inmueble en el 23.3% de los casos.

Nuestra base relevó lo sucedido en una muestra de 238 casos de usurpación sobre una

población de 1169 casos. En 59 de ellos no pudimos acceder al dato sobre si se produjo o no la restitución, debido quizás, a que las causas se encontraban en trámite y aún no se había adoptado una decisión sobre la restitución. De este modo, obtuvimos respuesta respecto a lo sucedido con la restitución anticipada en 179 casos.

De estas 179 denuncias sobre usurpación, observamos que no existió restitución en el 76.7% de los casos (137 casos) y sí se llegó a la restitución efectiva en el 23.3% (42 casos), siendo la mayoría realizada voluntariamente. Los datos se presentan en el **Cuadro N° 7**.

Muestra	Con restitución					Sin restitución	Total
	Voluntarias	Mediación	Juez	Policía	Total		
	16	11	9	6	42	137	179
Porcentaje	8.9	6.1	5	3.4	23.4	76.6	100

Cuadro N° 7. Restituciones efectivas

De este modo, en el 8.9% de los casos denunciados por usurpación se obtuvo una restitución del inmueble luego de iniciada la causa penal, pero por fuera del proceso, extrajudicialmente (voluntario). En cambio, en el 14.5% de las causas denunciadas, la restitución fue producto del sistema de justicia, ya sea en la instancia de mediación (6.1%), ordenadas por los jueces de la Ciudad (5%) o directamente por la policía (3.4%). Si bien en este último supuesto existieron pocos casos, llama la atención en virtud de que las fuerzas de seguridad no tienen competencia para ejecutar un desalojo. En estos casos se estaría frente a desalojos ilegales⁷¹.

6. Hallazgo.

Sólo en el 61% de las causas con restitución fue dictado de modo previo el decreto de determinación de los hechos y tan sólo en el 12% hubo intimación a persona concreta, previo a la restitución.

De nuestra base de datos surgió que en muchas ocasiones los Fiscales actuaron sin auto de determinación de los hechos. De los 212 casos con respuesta, existió determinación de los hechos sólo en 81 de ellos, es decir, el 38.2%.

Analizando ahora la determinación de los hechos en relación a aquellas causas en donde se produjo efectivamente la restitución del inmueble, los datos son los siguientes:

	Con determinación	Sin determinación	Total
Muestra	25	16	41
Porcentaje	61	39	100

Cuadro N° 8. Determinación de los hechos en las causas con restitución.

En el 39% de los casos donde se efectivizó una restitución anticipada del inmueble (voluntaria, mediación, juez o policía) no existió determinación de los hechos. Que exista una investigación o una causa que produzca como consecuencia la restitución de un inmueble sin que exista al menos determinación de los hechos es sumamente grave.

El peligro de procesar causas sin determinación de los hechos es que resulta posible que se hubiera denunciado un hecho totalmente atípico, y que existiera, de este modo, una causa

abierta que no superaría una primera revisión sobre la existencia de un caso. Para medir esta situación es que creamos la variable “existencia de caso” descrita en la sección de metodología. Según esta variable, sobre 192 causas con respuesta, existió “caso” en 81 supuestos, y no lo había en 101 denuncias, donde debió haberse archivado la denuncia inmediatamente.

Si cruzamos la existencia de caso con las causas en donde se restituyó efectivamente el inmueble, vemos que no había caso en 8 de las 37 causas con respuesta en las que hubo restitución.

	Con caso	Sin caso
Muestra	29	8
Porcentaje	78.4	21.6

Cuadro N° 9. Existencia de caso en las causas con Restitución.

El **Cuadro N° 9** nos muestra que en más del 21% de las restituciones efectivamente producidas, no existían indicios de que se estaba en presencia de una causa sobre usurpación. En esos casos el Fiscal (o la unidad de atención temprana) debería haber archivado la denuncia al primer momento de haberla recibido. En estos casos no se debió haber acudido al ámbito penal para solucionar el conflicto, y sin embargo se produjo de todos modos la restitución del inmueble.

En segundo lugar, observamos que existió intimación del hecho a algún imputado concreto solamente en 26 de las 199 causas (con y sin restitución) en las que obtuvimos respuesta, esto es, en el 13% de las causas. Sin embargo, cuando cruzamos la intimación del hecho sólo con las causas en las que existió restitución de cualquier tipo (voluntaria, mediación, juez, policía), vemos que sólo en 12 causas de 41 existió intimación del hecho, esto es, en el 29.3% de aquellas. Empero, la intimación del hecho en

estas causas con restitución, no necesariamente fue realizada de modo previo a la restitución: sólo 5 de las 12 intimaciones del hecho fueron realizadas de modo previo a la restitución obtenida, esto es, sólo en el 12% de los casos se intimó del hecho de modo previo a la restitución (**Cuadro Nº 10**).

	Con intimación		Sin intimación	Total
	Anterior	Posterior		
Muestra	5	7	29	41
Porcentaje	12.2	17.1	70.7	100

Cuadro Nº 10. Intimación del hecho en las causas con Restitución.

Estos datos muestran algo muy importante: en el 88% de las restituciones efectivas no existió de modo previo a la restitución, una intimación del hecho a algún imputado en concreto. Sólo en el 12% de las causas con restitución existió una intimación del hecho al imputado.

La intimación del hecho es el acto de defensa por excelencia, en donde el fiscal presenta las pruebas existentes en contra del imputado y hace un relato claro, preciso y circunstanciado del hecho investigado (conf. Art. 161 CPPCA-BA). Por su parte, el imputado puede brindar su versión de los hechos, y ofrecer citas de testigos o pruebas que el Fiscal deberá evacuar (Art. 168 CPPCABA). En general, es a partir de la intimación del hecho al imputado que interviene un abogado defensor en la causa.

Al mismo tiempo, es esta intimación del hecho la que permite realizar una defensa material en el caso. Antes de la imputación, si bien puede ser que participe un abogado o abogada defensora, difícilmente se pueda realizar una defensa material. Esta intervención sería la única que garantiza la defensa en juicio, y la disponibilidad de

recursos jurídicos, según lo establecen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

No hay que olvidar que la intimación del hecho de modo previo a la restitución de los inmuebles es también un requisito establecido por la jurisprudencia. Antes del traspaso de la competencia a la Ciudad, la Cámara Nacional Criminal y Correccional había dicho reiteradamente que “Si no media convocatoria en los términos del Art. 294 del CPPN deviene prematura la entrega del inmueble fundada en el Art. 238 bis del CPPN pues se requiere, cuanto menos, la sospecha de que quien habita el inmueble participó de la comisión del hecho delictivo aquí investigado”.⁷² Otra sala de la misma Cámara ha agregado que, “En una causa por usurpación, corresponde rechazar el desalojo del inmueble presuntamente ocupado, que fuera solicitado en los términos del Art. 238 bis del Cód. Procesal Penal si no se ha ordenado aún la citación de ninguna persona a prestar declaración indagatoria desde que, la adopción de una medida de este tipo debe estar respaldada por la sospecha de que los imputados han participado en el hecho investigado”⁷³.

La Cámara Penal, Contravencional y de Falta de la CABA también lo ha sugerido. Así, la Sala I dijo que para que proceda la restitución inmediata debe darse “la necesidad de que exista una imputación a persona concreta, como así también la presencia de un cuadro fáctico necesario para tener por acreditada la verosimilitud del delito de usurpación cuyos efectos se buscan conjurar con la medida bajo análisis, es decir, la concurrencia de indicios de que se está en presencia de tal delito”⁷⁴. Empero, en un reciente caso la misma Sala revisó esta posición al decir que “ (...) no resulta ser *conditio sine qua non* la intimación del hecho ilícito a persona determinada para la aplicación del Art. 335 CPP(...)

[sino que] es necesario establecer verosímilmente la existencia de un hecho delictivo del mismo modo que la verosimilitud del derecho invocado por el damnificado, ello surge de la propia regulación legal que exige que estemos en presencia de un caso de usurpación de inmueble como así también el peligro en la demora(...)"⁷⁵

Este nuevo giro de la jurisprudencia sorprende, en virtud de que, si bien no necesariamente la justicia local sigue siempre a la nacional, esto suele observarse, frecuentemente por el prestigio de esos tribunales. Resultaría así necesario requerir que el fuero local tome una decisión al respecto, siguiendo la jurisprudencia nacional sobre la necesidad de que exista imputación a persona concreta previo al dictado de una restitución anticipada.

Al mismo tiempo, pudimos observar que muchas veces, invocando el principio de oportunidad, los Fiscales ordenan el archivo de la causa, una vez efectivizada la restitución anticipada. De las 42 causas restituidas, sólo dos fueron elevadas a juicio (4.8%), en otras dos se pactó una probation (4.8%), dos están aún pendientes (4.8%), en una fue declarada la incompetencia (2.4%) y 35 fueron archivadas (83.3%), la mayoría por el principio de oportunidad⁷⁶.

7. Hallazgo.

En el 71% de los casos en que se produjo una restitución anticipada no participó un Defensor, público o privado, de modo previo.

Finalmente cruzamos las restituciones efectivas con el momento de intervención de la Defensa, ya sea esta pública o de confianza, aunque no

hubiera constituido una defensa material. De los 42 casos de restituciones efectivas, sólo conseguimos el dato de 39 de ellas, con los resultados del **Cuadro Nº 11**.

	Con intervención		Sin intervención	Total
	Anterior	Posterior		
Muestra	11	10	18	39
Porcentaje	28.2	25.6	46.1	100

Cuadro Nº 11. Momento de la intervención de la Defensa en causas con restitución.

De este modo podemos observar que únicamente en el 28.2% de las restituciones existió intervención de la defensa de modo previo a la restitución. En el restante 71.7% de los casos o bien directamente no existió esta defensa, o bien comenzó a intervenir una vez producida la restitución anticipada. Los datos del **Cuadro Nº 11** muestran entonces que en más del 71% de los casos se produjeron restituciones sin garantizar ni aún mínimamente el derecho a ser oídos de los ocupantes de los inmuebles.

Analizando un poco más en detalle estos datos, podemos cruzar la participación de la Defensa con el tipo de restitución que se efectuó, esto es, si fue ordenada por el juez, por la policía, decidida en mediación o voluntaria.

	Juez	Policía	Mediación	Posterior
Sin intervención	2	2	0	14
Anterior	4	0	7	0
Posterior	3	4	1	2

Cuadro Nº 12. Participación de la Defensa según el tipo de restitución.

Puede verse que en las causas donde no intervino la Defensa se dio un número más elevado

de restituciones “voluntarias”. Quizás esto se explique porque la participación de un Defensor posibilita tener un panorama más amplio y completo de las opciones que tienen los ocupantes, discutir la legitimidad del derecho, argüir sobre mejores derechos, a la vez que limitan las presiones de la policía y de la Fiscalía.

Por otro lado, lo sorprendente de este cuadro es que tanto los jueces como la policía efectúan por igual restituciones anticipadas sin garantizar la presencia de un abogado defensor. No se garantiza tampoco el derecho al recurso frente a este tipo de decisión. Entonces, parecería ser que no existe un estándar procesal cierto de escuchar las defensas que puedan oponer los ocupantes antes de decretar la restitución anticipada. Esto resulta preocupante para la vigencia del derecho de defensa en juicio y la vigencia del derecho internacional de los Derechos Humanos.

Este último hallazgo es el que responde a nuestro interrogante inicial. La aplicación del protocolo de la Fiscalía para los casos de usurpación, en la práctica, se tradujo en que en más del 71% de los casos no se escuchó a las personas que fueron expulsadas de sus inmuebles de modo previo a la restitución.

VI. Conclusiones.

Como hemos visto, el crecimiento del mercado inmobiliario de los últimos años ha provocado la restricción del acceso a la vivienda para la población de medianos y bajos ingresos en la Ciudad de Buenos Aires. Esto se tradujo en el aumento de los conflictos territoriales y de los procesos de desalojos, siendo la denuncia por usurpación uno de los mecanismos más utilizados.

En el ámbito de la Ciudad, el Artículo 335 del Código Procesal Penal permite la restitución anticipada de un inmueble. Este artículo tiene serios problemas constitucionales, ya que vulnera el principio

de inocencia, la lógica de las medidas cautelares en el proceso penal y autoriza al Fiscal a ordenar por sí mismo la restitución.

Las denuncias por usurpación tramitan, en general, conforme al protocolo establecido por la Fiscalía General. De acuerdo a nuestra investigación hemos podido comprobar que este procedimiento viola el derecho de defensa en juicio y el debido proceso legal de los ocupantes de los inmuebles denunciados. Esto puede acarrear responsabilidad internacional, en tanto también vulnera normas del derecho internacional de los derechos humanos a los que el Estado se comprometió.

En nuestra investigación vimos que se ofrece una instancia de mediación en todos los casos, aún en aquellos que deberían ser archivados por no constituir un caso de usurpación. El 33% de los casos en los que se realizó una mediación no debió siquiera haber sido convocada. Acá la utilización del proceso penal para resolver un conflicto que no es penal patentiza el mal uso de la amenaza de la pena estatal que ocurre en la actualidad.

Asimismo, vimos que aún cuando el 32% de las denuncias que se realizan son archivadas por resultar atípicas, este valor debería rondar el 66%, que es el porcentaje de denuncias que no constituyen casos de usurpación. En parte esto se debe a que el protocolo de la Fiscalía General, y los Fiscales, confunden “poseedor” con “propietario”, y en muchos casos no archivan causas en las que, en realidad, está en juego el derecho real de dominio y no la posesión (que deberían tramitar en sede civil). Al mismo tiempo se archivan otras -por cuestiones de atipicidad o falta de pruebas- que sí se deberían investigar, sobre todo de poseedores informales.

No hay que olvidar que en caso de encontrarse inhibida la vía penal, los afectados podrán encontrar la satisfacción de su pretensión a través de otras vías, tal cuál lo ha dispuesto nuestro ordenamiento jurídico tomado en su conjunto. Debe sonar una alarma cuando la vía penal es utilizada como principal medio para

solucionar conflictos entre las partes y no como medio de ultima ratio destinado a reparar las transgresiones contra derechos de otros.

El censo y las fotografías que realiza el BAP y las fuerzas de seguridad vulneran el derecho a la inviolabilidad del domicilio al no informar debidamente a los ocupantes que tienen derecho de no franquearles el acceso, y que eso no será interpretado en su contra. También puede vulnerar el derecho contra la autoincriminación si las declaraciones de los ocupantes son utilizadas en su contra. La violación de estas garantías nos retrotraen al tiempo donde las fuerzas de seguridad allanaban sin orden, y luego recibían declaraciones “espontáneas”.

Ahora bien, la anomalía más grave detectada es la falta de intervención oportuna de la Defensa. Sólo en el 12% de las causas donde se dicta una restitución anticipada del inmueble existió una intimación del hecho previo a alguna persona determinada. Es esta intimación del hecho lo que permite mínimamente ejercer una defensa material en el caso. La jurisprudencia nacional entiende que sólo podrá disponerse la restitución anticipada luego de escuchar al imputado. Empero, la Cámara Penal de la Ciudad aún no ha fijado este punto. Afecta el principio de inocencia que la restitución se ordene de modo previo a la condena, pero es aún más grave la afectación al derecho de defensa cuando se lo realiza sin siquiera escuchar al imputado en la audiencia de intimación del hecho.

Al mismo tiempo vemos que hay algún tipo de participación de la Defensa, ya no ejerciendo una defensa material, sino presentándose en el caso aún sin intimación del hecho solo en el 30% de los casos. Esto implica que en el 70% de los casos ni siquiera se escuchó a los ocupantes. Por ello, luego de analizar los hallazgos de esta investigación, pensamos que es urgente revisar algunas cuestiones claves en torno a los procesos penales:

En primer lugar, es necesario introducir reformas al protocolo de la Fiscalía, para respetar los derechos

fundamentales y los compromisos internacionales. Habrá que rodear de garantías la actuación del BAP y las fuerzas de seguridad para que no se produzca una violación del domicilio o una afectación a la garantía contra la autoincriminación.

Deberá garantizarse el dictado de un auto de determinación de los hechos para actuar, y, si se decide no esperar hasta la condena, garantizar cuanto menos que exista una intimación del hecho previo a solicitar la restitución. Verificar que el tipo penal está pensado para proteger al poseedor y no al propietario, y que la posesión no se prueba con un informe del Registro de la Propiedad Inmueble.

En segundo lugar, es necesario provocar una jurisprudencia local que respete los derechos constitucionales y los garantizados por el derecho internacional de los derechos humanos. Para esto, la estrategia de la defensa deberá pensarse de modo tal de ir logrando modificaciones a la jurisprudencia del fuero local, para que se adecue a los requisitos impuestos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para la restitución anticipada de inmuebles,⁷⁷ y que gozaba de una mayor protección cuando la competencia del delito era nacional.

En tercer lugar, es necesario ponderar el derecho de propiedad con el derecho a la vivienda a fin de articular estrategias durante el proceso, que garanticen el mínimo de los derechos de acuerdo a los establecido por el derecho internacional en la materia. En particular, resulta conveniente abogar por la apertura de instancias de diálogo entre las partes que permitan arribar a alternativas que logren evitar el uso de la fuerza. Esto será requerido en sede penal, pero también resulta necesario articular la actuación con los defensores del fuero Contencioso Administrativo y Tributario para garantizar que más allá de la restitución anticipada no queden personas en la calle. La presentación de un amparo en sede contenciosa administrativa puede lograr un paraguas de protección frente a esta situación. A su vez, esto es lo

que se desprende del Criterio General de Actuación aprobado por la Res. DG 155/10.

Pensamos que la situación actual produce una seria violación del derecho a la vivienda adecuada, y también al debido proceso y la defensa en juicio. Esto afecta especialmente a las personas con escasos recursos, en contra de lo garantizado, entre otras normas, por el Artículo 31 de la Constitución porteña. Esperamos que esta investigación contribuya a lograr un cambio efectivo en los procesos de usurpación y en especial a repensar el rol de la justicia en los conflictos por la vivienda digna.

Bibliografía

1. Baer, Luis: "Crecimiento económico, mercado inmobiliario y ausencia de política de suelo. Un análisis de la expansión del espacio residencial de la Ciudad de Buenos Aires en el 2000", *Proyección* 5, Año 4, Vol. 2, Buenos Aires. 2008.
2. Baer, Luis: "Lineamientos empíricos y conceptuales para comprender las paradojas del mercado inmobiliario porteño", Buenos Aires, Instituto de Geografía, 2006.(s.e)
3. Binder, Alberto: *De las repúblicas aéreas al Estado de Derecho*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, , 2004.(s.e)
4. Centro de Estudios Legales Sociales (CELS): *Más mercado y menos derechos: la respuesta del Estado a la crisis habitacional*. Buenos Aires, 2009. (s.e)
5. Centro de Estudios para el Desarrollo Económico Metropolitano (CEDEM). Coyuntura Económica de la Ciudad de Buenos Aires. "Boom inmobiliario en la Ciudad y proceso de reconversión territorial. El caso de Caballito y Villa Urquiza". Nº 17 Buenos Aires, 2006. (s.e)
6. Centro de Estudios para el Desarrollo Económico Metropolitano (CEDEM): Coyuntura Económica de la Ciudad de Buenos Aires. Mercado Inmobiliario. Nº 29, Buenos Aires, 2010.
7. Clichevsky, Nora: "Pobreza y Políticas Urbano-Ambientales en Argentina", Santiago de Chile, CEPAL, *Serie Medio Ambiente y Desarrollo* Nº 49, 2002.
8. Clichevsky, Nora: "Pobreza y acceso a la suelo. Algunos interrogantes sobre las políticas de regularización en América Latina", Santiago de Chile, CEPAL, *Serie Media Ambiente y Desarrollo* Nº 75, 2003.

9. Cravino, Del Río y Duarte: "Magnitud y crecimiento de las villas y asentamientos en el Área Metropolitana de Buenos Aires en los últimos 25 años". Ponencia presentada en Facultad de Arquitectura. Buenos Aires, 8 de noviembre 2008.
10. Centro por el Derecho a la Vivienda y contra los Desalojos (COHRE): *Desalojos en América Latina. Los casos de Argentina, Brasil, Colombia y Perú*, 2009.(s.d)
11. Defensoría del Pueblo de la Ciudad : *Informe Los desalojos y la emergencia habitacional en la Ciudad de Buenos Aires*. Buenos Aires, 2007.(s.c)
12. Diaz Bardelli, J. "La interpretación de las normas sobre desalojos anticipados". Buenos Aires, *El Dial* DC10DC.
13. Donna, Edgardo: *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II-B*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2001.(s.i)
14. Gargarella, Roberto: *La coerción penal en contexto de injusta desigualdad*, SELA, *Yale Law School*, 2010.(s.i)
15. Manes, Silvina: "Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: de la cultura inquisitiva al sistema adversarial", *El Dial* DC148C.(s.i)
16. Mariani de Vidal: *Curso de Derechos Reales, Tomo I*. Buenos Aires, Zavalía, 1997.
17. Nakagawa, Alexis Alvarez: "El deber de soportar (la usurpación a la luz del derecho social a la vivienda)" Buenos Aires, *El Dial* DC1034.
18. Riccono Rafaella: "Usurpación y restitución del inmueble", Buenos Aires, *El Dial* DC11EF.
19. Romero Villanueva, Horacio J: *Código Penal de la Nación. Anotado*, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2005.
20. Rossi, J. Filippini L: "El derecho internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales" En Arcidiácono, Espejo Yaksic y Rodríguez Garavito (coords). *Derechos Sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010.
21. Zaffaroni, Eugenio: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2008.

Notas

¹ Ver Sergio Braticevic y Cecilia Vitto : “Boom inmobiliario en la Ciudad y proceso de reconversión territorial. El caso de Caballito y Villa Urquiza”, en *Coyuntura Económica de la Ciudad de Buenos Aires*, CEDEM, N° 17, 2006.

² Ver Diario *Página/12*, 21-08-05, “Yo compro”, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/cash/17-2020-2005-08-21.html> (accedido en octubre 2010).

³ Datos extraídos de Luis Baer: “Lineamientos empíricos y conceptuales para comprender las paradojas del mercado inmobiliario porteño”, Instituto de Geografía, 2006, p. 5.

⁴ De acuerdo a Baer, citado en la nota anterior: De estas, solo 450 fueron con garantía hipotecaria, lo que indica que la mayoría de las transacciones se hicieron con ahorros de los inversores.

⁵ Baer, citado en la nota anterior, p. 5. El autor utilizó los datos de la Dirección de Fiscalización de Obra y Catastro (DGFYOC) del GCBA.

⁶ Aunque en el año 2009 se registró una merma en la cantidad de escrituras traslativas de dominio producto, en parte, del impacto de la crisis internacional en el mercado local, en el 2010 se verificó una cierta recuperación del mercado inmobiliario, quizás sostenida por la apertura de nuevas líneas de créditos hipotecarios. De todas formas, esta tendencia bajista no se reflejó en una reducción de los precios. Ver Sección Mercado Inmobiliario (A. III.) en *Coyuntura Económica de la Ciudad de Buenos Aires*, CEDEM N° 29, Mayo 2010.

⁷ Para más detalles ver Baer, Luis “Crecimiento económico, mercado inmobiliario y ausencia de política de suelo. Un análisis de la expansión del espacio residencial de la Ciudad de Buenos Aires en el 2000”, *Proyección* 5, Año 4, Vol. 2, 2008, disponible en www.proyección.cifot.com.ar.

⁸ La Legislatura de la Ciudad declaró la emergencia habitacional en el año 2004 a través de la ley 1408, por el lapso de tres años. Este plazo fue prorrogado por otros tres años en octubre de 2007, a través de la ley 2472. A su vez, la ley 2973 modificó algunos artículos de la ley de emergencia, lo que fue vetado parcialmente por el Jefe de Gobierno en diciembre de 2008, especialmente lo referido a la suspensión de los desahucios promovidos por el gobierno. De acuerdo a información del Director General de Estadísticas y Censos de la Ciudad, la población en villas creció un 50% en los últimos diez años. En 2001, 107.000 personas vivían en villas, en la actualidad se calcula que son 150.000 los habitantes de barrios informales. De acuerdo a declaraciones para el Diario La Nación del 14 de octubre de 2010. Disponible en http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1314690. Para información detallada sobre la evolución de la población en el Área Metropolitana ver Cravino, Del Río y Duarte “Magnitud y crecimiento de las villas y asentamientos en el Área Metropolitana de Buenos Aires en los últimos 25 años”. Disponible en http://www.fadu.uba.ar/mail/difusion_extension/090206_pon.pdf.

⁹ Para más detalles, ver Baer, citado en nota 7.

¹⁰ La demanda cumple así un papel fundamental en la determinación del precio ante una oferta que, a corto y mediano plazo, se mantiene inelástica, especialmente en ciudades como la de Buenos Aires donde la disponibilidad de suelo vacante es escasa, ver Baer citado en nota 7.

¹¹ Ahora bien, la demanda compite por suelo, no para su consumo final, sino por los usos que en términos económicos y normativos soporta. Sobre el tipo e intensidad de uso que se espera de la localización de un terreno, se construyen expectativas de ganancia económica, y tales expectativas de rentabilidad son precisamente las que determina los precios del suelo urbano, ver Baer citado en nota 7.

¹² Ver *Informe Buenos Aires sin techo. Informe sobre la emergencia habitacional en la Ciudad de Buenos Aires*, Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, 2010, p. 93.

¹³ Informe Defensoría del Pueblo de la Ciudad “Los desalojos y la emergencia habitacional en la Ciudad de Buenos Aires”, 2007, disponible en <http://www.defensoria.org.ar/noticias/396.php>.

¹⁴ Según datos de la Procuración General de la Nación, se recibieron las siguientes denuncias por el delito de usurpación: 2004, 570 casos; 2005, 686 casos; 2006, 745 casos; 2007, 820; 2008 (con la transferencia a mitad de año), 1083 casos en total; y 2009, 1198 casos en total.

¹⁵ Aunque no hay cifras definitivas sobre la cantidad de personas que sufren condiciones inadecuadas de hábitat. De acuerdo al Gobierno de la Ciudad 85.000 familias se encuentran en situación de déficit habitacional. Disponible en <http://www.buenosaires.gov.ar/areas/>

jef_gabinete/vivienda/sit_habitacional.php?menu_id=7538, al 4 de noviembre de 2010. Ahora bien distintas organizaciones dan cuenta de lo agudo de la situación: de acuerdo a un Informe del CELS para Social Watch, el déficit de vivienda en la CABA, al año 2002 alcanzaba a 400 mil de un total de 2.776.138 habitantes. Ver "Más mercado y menos derechos: la respuesta del Estado a la crisis habitacional", Año 2009, Disponible en <http://www.socwatch.org/es/book/export/html/10513> Ver también al respecto informe CEDEM "Desarrollo inmobiliario y déficit habitacional en la Ciudad de Buenos Aires" disponible en http://www.cedem.gov.ar/areas/des_economico/cedem/pdf/coyunt/01/01_07_espec_des_inmob.pdf.

¹⁶ La justicia de la Ciudad ya produjo su primera condena a pena privativa de libertad efectiva por una causa de usurpación. Causa "Valenzuela, Javier A. y O. S/ Infr. Art. 181 inc. 1) C.P.", Expte. N° 57.516/09, sentencia del 12 de octubre de 2010, del Juzgado Penal Contravencional y de Faltas N° 20, a cargo de la Dra. María Luisa Escrich.

¹⁷ Ver Zaffaroni, Eugenio: *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2008, p.7.

¹⁸ Binder, Alberto: *De las Repúblicas aéreas al Estado de Derecho*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2004, p. 497.

¹⁹ Ver Gargarella, Roberto: "La coerción penal en contexto de injusta desigualdad", disponible en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Gargarella_SP_CV_20100506.pdf (acceso Octubre 2010).

²⁰ Para un desarrollo sobre la problemática ver Clichvesky, Nora "Pobreza y Políticas Urbano-Ambientales en Argentina", CEPAL, Serie Medio Ambiente y Desarrollo, N° 49, Santiago de Chile, 2002 y de la misma autora "Pobreza y acceso a la suelo. Algunos interrogantes sobre las políticas de regularización en América Latina", CEPAL, Serie Media Ambiente y Desarrollo, N° 75, Santiago de Chile, 2003.

²¹ El Código Penal tipifica el delito de usurpación en el artículo 181, que establece que: "Será reprimido con prisión de seis meses a tres años: (1) el que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes; (2) el que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo; (3) el que, con violencias o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble."

²² Ver Expte N° 54/97 "Jorge Edgardo Romero y Victoria Susana González. de Romero p.s.a Usurpación- Capital- Catamarca" • En el caso, se decidió ordenar la devolución del inmueble usurpado pero absolver al matrimonio imputado del hecho. Ver Resolución de la Fiscalía N° 6 en lo Criminal y Correccional N° en la causa N° 5.204/07 del Juzgado Federal N° 4, Secretaría N° 8.

²³ Ver, por ejemplo, la resolución de la Sala I del Fuero Penal, Contravencional y de Faltas en el caso "NN (S6007) Infr. Art. 181 Inc. 1. CP 28-09-2010.

²⁴ Fallo "Capristo, Cristina s/ sobresimiento" de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, del 18/12/2007.

²⁵ Ver Nakagawa, Alexis Álvarez: "El deber de soportar (la usurpación a la luz del derecho social a la vivienda)" donde realiza una crítica a esta argumentación. *El Dial.com* DC1034, publicado 09/03/09.

²⁶ En la Cámara de Senadores, en ocasión de la aprobación de la ley 25324, se indicaba que "se trata de un proyecto muy simple pero de mucha efectividad y muy práctico para la situación que se está viviendo como consecuencia de la usurpación de inmuebles."

²⁷ A través de la sanción de la ley 24.454 se incorporó el artículo 680 bis al Código de Procesal Civil y Comercial de la Nación, que establece lo siguiente: "Entrega del inmueble del accionante. En los casos que la acción de desalojo se dirija contra intrusos, en cualquier estado del juicio después de trabada la litis y a pedido del actor, el juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble si el derecho fuera verosímil y previa caución por los daños y perjuicios que se puedan irrogar".

²⁸ La ley 25.324 del año 2000 introdujo el artículo 238 bis al Código Procesal Penal de la Nación, que establece que "En las causas por infracción al artículo 181 del Código Penal, en cualquier estado del proceso y aun sin dictado de auto de procesamiento, el juez, a pedido del damnificado, podrá disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado por el damnificado fuere verosímil. El juez, podrá fijar una caución si lo considerare necesario."

²⁹ Entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 11), la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (Art. XI), La Convención

Americana sobre Derechos Humanos (Art. 26); que remite a las normas sociales de la Carta de la OEA, la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Art. 5), la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Art. 14), la Convención de los Derechos del Niño (Art. 27).

³⁰ Comité DESC, Observación General N° 4.

³¹ Comité DESC, Observación General N° 7 párr. 7 y 8.

³² El artículo 75, Inciso 22, establece la jerarquía constitucional de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos en las condiciones de su vigencia. Luego agrega que tales tratados no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ellas reconocidas. La CSJN ha interpretado que los jueces deben aplicar las normas de derechos humanos considerando la jurisprudencia emanada de los tribunales internacionales competentes para la interpretación y aplicación de los tratados ratificados por el país. En este sentido la CSJN aplica normas de derecho internacional para complementar normas constitucionales existentes. En materia de derecho sociales en el caso "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidente-ley 9688" del 21 de septiembre de 2008, estableció que el Comité DESC es el órgano autorizado para la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ver al respecto Rossi, J. Filippini "El derecho internacional en la justiciabilidad de los derechos sociales" en Arcidiácono, Espejo Yaksic y Rodríguez Garavito (coords), *Derechos Sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Siglo del Hombre Editores, 2010.

³³ Ver Comité de DESC, Observación General N° 7, y para un desarrollo ver el Informe de COHRE (Centro por el Derecho a la Vivienda y contra los Desalojos) "Desalojos en América Latina. Los casos de Argentina, Brasil, Colombia y Perú", 2009, p. 21.

³⁴ El artículo 31 de la Ciudad de Buenos Aires establece que "La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello: a) resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos; b) auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva; y c) regula los establecimientos que brindan alojamiento temporáneo, cuidando excluir los que encubran locaciones."

³⁵ Por su parte, la Defensoría General, a través de los Criterios Generales de Actuación aprobados por la Resolución DG 155/10 ha receptado estos principios para la actuación de los defensores oficiales, para los casos de desalojos forzados y específicamente para las usurpaciones.

³⁶ Donna, Edgardo: *Derecho Penal*, Ed. Rubinzal Culzoni, Parte Especial, Tomo II-B, 2001, p. 729.

³⁷ Donna, *ibídem*, p. 733.

³⁸ La violencia física debe ser ejercida contra una persona y no contra alguna cosa, ya que en ese caso no sería "violencia" sino "fuerza". Ver esta distinción en, por ejemplo, el artículo 164 del Código Penal. Edgardo Donna en las Segundas Jornadas de Actualización del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el 4 de noviembre de 2010, señaló esta referencia e indicó que el Código debe ser interpretado de modo sistémico, aún con las disposiciones del Código Civil.

³⁹ Las amenazas son la faz moral de la violencia, también llamada intimidación, que es el medio de compulsión puramente moral. Habría que analizar los elementos de este tipo, del artículo 149 bis del Código Penal.

⁴⁰ Donna, *Op. Cit.*, p. 737. Acá habrá que recurrir al tipo de estafas, de los artículos 172 y 173 del Código Penal.

⁴¹ Donna, *ibídem*, p. 737.

⁴² Donna, *ibídem*, p. 738.

⁴³ Donna, *ibídem* p. 739. El derecho real constituido, debe ser entendido como aquellos establecidos por el Código Civil (Art. 2.503) cuyo ejercicio es distinto de la posesión (como es el caso del dominio), por ejemplo se podría denunciar usurpación si se vulnera una servidumbre de paso.

⁴⁴ Art. 2.355. La posesión será legítima, cuando sea el ejercicio de un derecho real, constituido en conformidad a las disposiciones de este Código. Ilegítima, cuando se tenga sin título, o por un título nulo, o fuere adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales, o cuando se adquiriera del que no tenía derecho a poseer la cosa, o no lo tenía para transmitirla.

⁴⁵ Art. 2.460. La simple tenencia de las cosas por voluntad del poseedor, o del simple tenedor, sólo se adquiere por la tradición, bastando la entrega de la cosa sin necesidad de formalidad alguna.

⁴⁶ Mariani de Vidal: *Curso de Derechos Reales. Tomo I*, Buenos Aires, Zavallia, 1997, p. 186.

⁴⁷ Art. 2.351. Habrá posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad.

⁴⁸ Art. 2.456. Se pierde también la posesión cuando se deja que alguno la usurpe, entre en posesión de la cosa y goce de ella durante un año, sin que el anterior poseedor haga durante ese tiempo acto alguno de posesión, o haya turbado la del que la usurpó.

⁴⁹ Art. 2.382. La posesión de cosas muebles no consintiendo el actual poseedor la transmisión de ellas, se toma únicamente por el acto material de la ocupación de la cosa, sea por hurto o estelionato; y la de los inmuebles en igual caso por la ocupación, o por el ejercicio de actos posesorios, si fue violenta o clandestina.

⁵⁰ Mariani de Vidal: *Curso de Derechos Reales*, Zavallia, Buenos Aires, 1997, Tomo 1, p. 166.

⁵¹ El delito también se configura si se despojare del ejercicio de un derecho real constituido sobre el inmueble. Los derechos reales son los que taxativamente enumera el artículo 2.503 del Código Civil. El modo de ejercer el derecho real de dominio es mediante la posesión. Así, si se perdiese la posesión -el ejercicio del derecho-, no se perdería el dominio -el derecho en sí-. La posesión puede ser recuperada a través de una acción de reivindicación, en sede civil, según el Art. 2.468.

⁵² Para algunas discusiones en torno a la restitución anticipada ver Díaz Bardelli: "La interpretación de las normas sobre desalojos anticipados", *El Dial* DC10DC; y Riccono Raffaella: "Usurpación y restitución del inmueble", *El Dial* DC11EF.

⁵³ Al respecto, Silvina Manes considera que para que la restitución no resulte inválida, debe conseguirse la correspondiente orden judicial, respetando así el principio de jurisdicción cuya presencia se requiere siempre que se disponga una medida que restrinja o limite derechos constitucionales de las personas. Para que sea válida, debería interpretárselo en forma sistemática con el artículo 336, que precisa la intervención del órgano jurisdiccional en los casos de controversia sobre la restitución de bienes. Ver Silvina Manes, "Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: de la cultura inquisitiva al sistema adversarial", en *El Dial*, DC148C.

⁵⁴ Al mismo tiempo, podría contraer responsabilidad del estado por actividad judicial, por accionar lícito en caso de que la persona desalojada resultare absuelta. El artículo 13 inciso 10 de la Constitución de la Ciudad establece que estos casos serán indemnizables.

⁵⁵ Ver Corte IDH, caso "Suárez Rosero", párr. 77, y concordantemente el artículo 1 y 169 del Código Procesal Penal de la Ciudad.

⁵⁶ CSJN: "Fiscal c/ Vila, Nicolás y otros", F 329.XXIX, sentencia del 10 de octubre de 2006, Fallos 319:2325.

⁵⁷ CSJN: "Hansen, Cristian Enrique", del 11/12/86.

⁵⁸ CSJN: "Ventura, Vicente Salvador s/contrabando", del 22/02/2005.

⁵⁹ Queremos agradecer la valiosa colaboración del Dr. Diego Fidel Doat en esta tarea.

⁶⁰ Ver Informe estadístico "Art. 181 del C.P., julio 2008 / Junio 2009", del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad.

⁶¹ A su vez, se pudo detectar en la muestra una causa en la que se dictó la restitución, y luego fue archivada por atipicidad. Se dictó la orden de restitución del inmueble anticipado, con fundamento en la gravedad del caso y en atención a la estado de desprotección de la familia, que quedaba sin lugar donde dormir y luego se archivó la causa por atipicidad, en virtud de que no resultaba claro el dominio sobre el inmueble (aunque cabría recordar que el dominio no resulta relevante para el tipo penal).

⁶² En el caso de la Sala VI, "AGIRO, José C. y otro", de fecha 23/03/05, el Dr. Bunge Campos, en disidencia, entendió que "En virtud del mandato legal contenido en el Art. 524 del C.P.P.N., por el que se debe evitar el desvío del objeto del proceso penal expresado, a su vez en el Art. 193 del mismo cuerpo, debe declararse la incompetencia para entender en la restitución del inmueble, debiendo las partes concurrir a la vía correspondiente."

⁶³ Luego de correr un X2 test, comprobamos que la posibilidad de que esta distribución sea debido al azar es menor a 2.2-16, lo que nos permitió rechazar esta hipótesis.

⁶⁴ Esta problemática es abordado de manera explícitamente por el Inciso 3 del Art 31 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

⁶⁵ En el caso de hoteles también pueden darse situaciones diversas: una es esta, donde el dueño o explotador denuncia a todos los inquilinos. Un supuesto diferente ocurre cuando es el dueño el que le cambia la cerradura a la habitación, impidiendo el ingreso del inquilino

a su habitación, con todas sus pertenencias adentro. Hemos encontrado casos en esta situación donde tanto el inquilino como el propietario han denunciado una usurpación.

⁶⁶ C.Nac. Crim. y Corr.; Sala VII; causa N° 28.809, 17-03-2008 “González, Raúl y otro”; y “Guzmán, Robustiano J”, del 5/5/06; citados en Romero Villanueva, Horacio J.: *Código Penal de la Nación. Anotado*, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, , 2005, ps. 755. En el caso de la Ciudad, esto fue establecido por la Sala I en el caso N.N (Virrey Liniers 192) s/ infracción Art. 181 inc. 1 CP” (causa 21954-01-CC-2008), resuelta el 14 de noviembre de 2008.

⁶⁷ Ver CSJN, Fallos 329:5628, causa “Miguel, Jorge Andrés s/homicidio”, del 12/12/2006.

⁶⁸ Si bien en la base de datos existían algunos acuerdos más en mediaciones, estos fueron incumplidos. En ese caso se computó como un fracaso de la instancia de mediación.

⁶⁹ El artículo 85 establece que “Cuando el/la fiscal reciba la denuncia directamente o proveniente de la policía, otra fuerza de seguridad u organismo estatal, dispondrá el archivo, planteará ante el/la juez/a la incompetencia o dará curso a la investigación preparatoria, según corresponda. En este último caso dictará el decreto de determinación de los hechos”. Concordantemente, el artículo 92 establece que “Cuando el/la Fiscal decida actuar en virtud de lo establecido en el artículo 77 y no disponga el archivo de las actuaciones, dictará inmediatamente un decreto de determinación del objeto de la investigación preparatoria que deberá contener...”

⁷⁰ Ver entre otros Fallos 331:858.

⁷¹ En todos los casos fueron desalojos realizados directamente por la policía y de modo violento, supuestamente en casos de flagrancia, donde ingresaron a la vivienda y detuvieron a los ocupantes. Habrá que ser muy cuidadoso con la flagrancia, en virtud de que se trata de un delito instantáneo (aunque con efectos continuos), por lo que sólo se configurará en caso de que los ocupantes estén ingresando al inmueble en ese preciso momento. En una causa la Sala III dictó la nulidad del desalojo (Expte. 18257/09) en donde ya estaban adentro del inmueble; otro caso, luego de que la restitución fuera confirmada por la sala II, está pendiente ante el TSJ (expte. 31975/09). En los restantes casos este accionar fue convalidado judicialmente.

⁷² CNCrim y Correc., Sala VI, “Cincunegui, Juan B”, 24/08/07; Sala VI, “Gómez Silva”, del 01/08/2005.

⁷³ CNCrim y Correc, Sala II, “Cruz, Luciano”, del 19/02/08.

⁷⁴ “N.N (Virrey Liniers 192) s/ infracción Art. 181 inc. 1 CP” (causa 21954-01-CC-2008), resuelta el 14 de noviembre de 2008.

⁷⁵ Sala I, “NN (Santander 6007) s/inf. Art. 181. inc. 1 CP”, del 28/09/2010.

⁷⁶ Los archivos en las causas en donde se restituyó efectivamente inmuebles lo fueron por razones de oportunidad (14 causas, 40% de las archivadas), por composición del conflicto (12 causas, 34%), y por falta de pruebas (6 causas, 17.1%).

⁷⁷ Ver nota 56.

Anexo Documental



No sólo los niños son pobres . marzo 2011

Año 1
NÚMERO 1
MARZO
DE 2011

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PÚBLICA

1.
PRESENTA DENUNCIA POR PRIVACIÓN DE JUSTICIA

Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires:

Mario Jaime Kestelboim, en mi carácter de Defensor General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, constituyendo domicilio procesal en la calle Combate de los Pozos N° 155, piso 5º de esta Ciudad, a este Tribunal me presento, y respetuosamente digo:

I. OBJETO

Que vengo a presentar denuncia por privación de justicia en los términos del artículo 113 inciso 4º de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y de los artículos 36 y 37 de la Ley 402, en relación a la reiterada y generalizada omisión en la que incurre el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de dar intervención oportuna a la Defensa Técnica –particular o Pública- cuando dispone y/o solicita la aplicación del procedimiento de restitución anticipada de inmuebles previsto por el art. 335 del Código Procesal Penal local, en el marco de los procesos abiertos por la investigación del delito de usurpación previsto por el Art. 181 del Código Penal.

En tal sentido, y tal como lo demostraré a lo largo de esta presentación, la práctica que denuncio genera una irreparable violación de los derechos constitucionales a la defensa en juicio y al debido proceso, a la doble instancia, a la igualdad de armas y al acceso a la justicia, de las personas –adultas y/o menores de 18 años de edad- que, en el marco de un proceso penal iniciado por la posible comisión del delito de usurpación en el ámbito de la Ciudad, padecen o puedan sufrir la aplicación del mecanismo previsto por el Art. 335 del CPPCABA. Acreditaré, en tal sentido, que tal práctica violatoria de derechos viene aconteciendo desde, al menos, el año 2009 hasta la actualidad, y que ha sido ratificada y convalidada por la Fiscalía General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires mediante el dictado de la Resolución FG N° 382/10 del 4 de noviembre de 2010.

En consecuencia, solicito al Tribunal Superior de la Ciudad:

- 1) Que dé trámite a la presente denuncia;
- 2) Que pida informes a la Fiscalía General de la Ciudad, conf. Art. 37 inc. “b” de la Ley N° 402;

- 3) Que declare que se verifica en el caso la privación de justicia y la vulneración de derechos constitucionales según se denuncia;
- 4) Finalmente, y en consecuencia, que ordene al Sr. Fiscal General de la Ciudad que arbitre las medidas necesarias y conducentes para que los Fiscales que actúan ante el Fuero en lo Penal, Contravencional y de Faltas –de cualquier instancia- den la debida y oportuna intervención a la Defensa Técnica –particular o Pública- en los casos en que decidan aplicar y/o solicitar la aplicación del mecanismo de restitución anticipada de inmuebles previsto por el Art. 335 del CPPCABA; estableciendo como “momento oportuno” para la mencionada intervención la primera decisión o petición de parte del Fiscal –cualquiera sea su alcance o contenido- que implique la puesta en marcha del mecanismo procesal previsto por el Art. 335 del CPPCABA.

II. ANTECEDENTES

Como es de público conocimiento, el 9 de junio de 2008 entró en vigencia el Segundo Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Mediante éste se transfirió un catálogo de delitos que incluye el de usurpación previsto por el Art.181 del Código Penal de la Nación (Ley Nº 2.257 CABA publicada el 22/1/2007 y Ley Nº 26.357 publicada el 31 de marzo de 2008).

Para ese entonces, estaba ya vigente en la Ciudad el nuevo Código Procesal Penal aprobado mediante Ley Nº 2.303 (B.O. Nº 2679 del 08/05/2007), el que prevé en su Art. 335 un mecanismo de restitución anticipada de inmuebles en el marco de las causas iniciadas por el delito de usurpación.

Dicho mecanismo autoriza al fiscal o al juez a disponer provisionalmente, en cualquier estado del proceso y aún sin dictado de auto de elevación a juicio, el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, a pedido del damnificado y cuando éste acredite verosimilitud del derecho invocado.

Desde los primeros momentos en que la Justicia local comenzó a intervenir en las causas por el Art. 181 del CP, nos preocupó la aplicación del citado Art. 335 del Código Procesal, en tanto mecanismo procesal que restringe seriamente derechos de raigambre constitucional (derecho a la vivienda, al debido proceso).

Por su parte, el 6 de junio de 2008 el Fiscal General de la Ciudad, Dr. Germán Garavano, dictó la Res. FG Nº 121/08, estableciendo como criterio general de actuación para el Ministerio Público Fiscal un “Protocolo de Actuación para la Restitución de Inmuebles Usurpados” (Se acompaña copia “Documento 1”). Dicho protocolo es pasible de serias críticas desde el punto de vista jurídico –por ejemplo, la confusión en la que se incurre equiparando derecho de propiedad con el hecho de la posesión o tenencia de los inmuebles-, pero la más seria que

se puede formular es que nada se dijo allí respecto de garantizar el derecho de defensa en juicio de las personas que están expuestas a padecer un desalojo forzoso.

Sin perjuicio de que -en un Estado de Derecho- es de toda obviedad que las garantías y derechos de raigambre constitucional no pueden depender de la voluntad del Fiscal General de la Ciudad, lo cierto es que, como lo demostraré a lo largo de esta denuncia, la omisión primero, y la expresa negativa después, a garantizar el derecho de audiencia por parte del Fiscal General de la Ciudad, ha ocasionado y ocasiona en la actualidad gravísimas afectaciones al derecho de defensa en juicio en el marco de los procesos iniciados por el delito de usurpación reprimido por el Art. 181 del CP.

A más de un año de la entrada en vigencia del segundo convenio de transferencias de competencias aludido, y luego de realizar un permanente monitoreo del trámite de las causas por infracción al art. 181 del CP, dictamos en conjunto con la Asesoría General Tutelar la Resolución DG N° 210/09 y AGT N° 172/09 (se acompaña copia como "Documento 2"). Mediante dicha resolución solicitamos al Fiscal General: "...que adopte las medidas pertinentes a fin de garantizar que los Fiscales de primera instancia con competencia penal que actúan ante el Fuero en lo Contravencional y de Faltas de la Ciudad, requieran la intervención del Ministerio Público Tutelar y del Ministerio Público de la Defensa, en todos los procesos en los que se investigue el delito de usurpación -Art. 181 CP-, desde el momento de recibida la denuncia..." (conf. Art. 1º res. citada).

En efecto, de las 1743 causas tramitadas desde la transferencia del delito de usurpación a la Ciudad hasta el mes de agosto de 2009, verificamos con enorme preocupación que en la casi totalidad de aquellas causas no se había dado intervención ni al Ministerio Público de la Defensa ni a la Asesoría Tutelar (de los 1743 casos, se notificó a la Defensa en 85 procesos, y al Ministerio Público Tutelar en sólo una treintena de casos). Sostuvimos entonces que tales omisiones resultaban violatorias del derecho de defensa en juicio y al debido proceso legal, garantizado por el artículo 18 de la Constitución Nacional, y reglado por los Arts. 28 inc. 4º y 29 del Código Procesal Penal de la Ciudad y por el Art. 37 del Régimen Procesal Penal Juvenil (Ley 42.451, B.O. N° 2809 del 13/11/2007). Por supuesto, en numerosos casos se aplicó el mecanismo de restitución previsto por el Art. 335 del CPPCABA, lo que generó violaciones de derechos constitucionales para un gran número de personas que se encontraban en situación de vulnerabilidad social (más adelante detallaremos los resultados de un segundo relevamiento realizado por la Defensoría General respecto de las causas abiertas por el delito de usurpación -Art. 181 CP- llevados a cabo durante el año 2009).

Como se advierte, se solicitó la intervención temprana de la Defensa Públi-

ca –desde el momento de recepción de la denuncia-, en el entendimiento que es la única vía para hacer efectivo el derecho a la igualdad de armas que rige en la Ciudad en virtud del Art. 13 inc. 3º de la Constitución local (sistema acusatorio). En concreto, nuestra intervención inmediata permitiría, por ejemplo, realizar una investigación propia del hecho denunciado, a través de la Oficina de Asistencia Técnica de la Defensa Pública, que a tales fines ha sido creada por la ley (conf. artículo 20 bis de la Ley 1903 que prevé: “El Ministerio Público de la Defensa tendrá a su cargo una Oficina de Asistencia técnica con el fin de contar con los elementos probatorios que garanticen el debido proceso”; incorporado por el Art. 24 de la Ley N° 3.318, BOCBA N° 3340 del 14/01/2010).

Empero, esta cuestión no será materia de la presente denuncia, ya que consideramos que la privación de justicia, cuya gravedad amerita la intervención del Tribunal Superior local, se configura cuando el Ministerio Público Fiscal pone en marcha la restitución anticipada del inmueble en estos procesos. Seguiremos, por otras vías, requiriendo incesantemente la intervención de la Defensa Pública desde el primer acto en todos los procesos penales que tramiten en el ámbito del Poder Judicial local.

Un tiempo después, mientras esperábamos la respuesta del Fiscal General, la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), dirigieron una nota al Dr. Garavano, fechada el 14 de octubre de 2009, solicitándole que hiciera lugar a la petición referida en los siguientes términos: “...en esta oportunidad queremos transmitirle nuestro interés para que se tome en consideración la solicitud realizada por el Defensor General y la Asesora General Tutelar.

Ello, en función del grado de impacto social que dichos procesos de restitución tienen en determinados individuos y grupos sociales afectados y la necesidad de resguardar su derecho a la defensa en su concepción más amplia...Consideramos que no se debe soslayar que la falta de intervención de dichos organismos, en la etapa procesal oportuna, provoca que la legitimidad del proceso se vea seriamente cuestionada. Tal como se dijo líneas arriba, existen otras herramientas legales que podrían utilizarse para adecuar los procedimientos de desalojo a los estándares internacionales. Entre ellas, la temprana intervención de un defensor oficial como así también, de ser necesario, del asesor tutelar irían en esta dirección...” (se adjunta copia de la nota como “Documento 3”).

El 22 de octubre de 2009 recibimos la respuesta del Dr. Garavano, plasmada en su Nota FG N° 165/09 fechada el 21 de octubre de ese año, en la que sostuvo: “...en cuanto a la solicitud efectuada a través de la mencionada resolución conjunta, para que en los casos de usurpación se de inmediata intervención a

la Defensa Pública y a la Asesoría General Tutelar desde el mismo momento de radicada la denuncia, y sin soslayar los reparos que pudieran recibir algunas de las consideraciones allí vertidas, hago saber a Ud. que con anterioridad al dictado de dicha resolución el suscripto ya había encomendado al Comité de Análisis Normativo y Política Criminal -ver nota FG N° 108/08, del día 15 de julio del corriente año-, el análisis de la viabilidad de realizar ajustes al protocolo de actuación, principalmente en lo que atañe a la protección de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes involucrados. En esa misma línea, los términos de la resolución conjunta DG N° 210/09 y AGT N° 172/09 también fue puesta a consideración de dicho Comité, para que evalúe el requerimiento efectuado por ambas instituciones -ver nota SGPCyPE N° 837/09, de fecha 30 de septiembre-, y eleve un informe de sus conclusiones a la Fiscalía General...” (se acompaña copia de la actuación interna de la DG N° 07016/09, que contiene las notas recién aludidas, como “Documento 4”).

Como podrán apreciar los jueces y juezas del Tribunal Superior, a pesar de la gravedad de la situación denunciada por la Defensoría General y la Asesoría General, el Dr. Garavano, se limitó a derivar nuestra petición a estudio de un Comité integrado por el Fiscal General Adjunto en lo Penal, Contravencional y de Faltas y por fiscales que actúan ante la primera instancia de dicho fuero -según nota dirigida al Dr. Cevasco el 30 de setiembre de 2009-.

Para nuestra sorpresa, sostuvo también el Dr. Garavano que: “... No obstante que, conforme se señaló, la petición se encuentra en pleno análisis por parte de los integrantes de este Ministerio Público Fiscal, cabe señalar que en lo que hace a la intervención de la Defensa Pública en los casos judiciales no sólo se ha firmado una resolución en conjunto con la Defensoría General que le permite a esta última, de manera automática, tomar vista de los casos ingresados al sistema informático JusCABA -ver resolución conjunta DG N° 146/09 Y FG N° 182/09, sino que también la Defensa toma intervención directa en las denuncias que ingresan a través de las Unidades de Orientación y Denuncias del Ministerio Público Fiscal...”.

En relación a la última afirmación del Fiscal General, en el sentido que la Defensa toma intervención directa en las denuncias que ingresan por las UOD, debemos aclarar que no responde a la realidad. De otra parte, y en relación a la utilización del sistema informático JusCABA, y, aunque parezca una obviedad, debo expresar que el acceso a la carátula de las causas, en un sistema informático por parte de los Defensores Públicos no puede, bajo ningún punto de vista, reemplazar o desplazar el deber constitucional y legal del Ministerio Público Fiscal de garantizar el derecho de defensa en juicio a las personas que podrán sufrir un desalojo forzoso.

Pero además, el acceso a la información de las causas penales a través del

sistema informático es acotado, ya que sólo podemos observar una pantalla inicial en la que se consignan escuetos datos sobre el número de causa, el lugar del hecho, la comisaría que previene y el tipo de delito, contravención o falta que se denuncia.

Para acceder al resto de la información, es necesario que el Defensor Público esté designado en la causa (conf. Anexos I y II de la Res. DG N° 146/09 y FG N° 182/09, cuya copia obra en el “Documento 4”).

Para mejor ilustrar, basta agregar que un pedido de allanamiento y restitución en los términos del Art. 335 del CPPCABA sólo podrá ser visto a través de JusCABA por la Defensa Pública en el caso que esté designado al Defensor en la causa, extremo que precisamente los fiscales omiten deliberadamente cumplir.

Además, no siempre la carga de la información por parte del funcionario responsable de la fiscalía se realiza en tiempo oportuno y, como es obvio, pueden existir –y de hecho sucede-, inconvenientes en el funcionamiento del servicio informático que interrumpen el acceso a la información por parte de la Defensa Pública.

Como se advierte, las respuestas inexactas brindadas por el Sr. Fiscal General de la Ciudad, auguraban un difícil camino para el diálogo institucional intentado desde la Defensoría General y la Asesoría General Tutelar. Como se verá luego, la definitiva y tardía respuesta dada a nuestro reclamo resultó contraria a la normativa constitucional observable en la materia.

No se trata aquí de reclamar una participación formal de la Defensa en las causas por el delito de usurpación, ni de la defensa de roles institucionales. Se trata concretamente de denunciar la vulneración de los derechos que toda persona tiene en el ámbito de la Ciudad de contar con una real –material- y efectiva Defensa técnica. En tal sentido, desde la Defensoría General se han elaborado pautas de trabajo y de unidad de actuación para los Defensores Públicos que actúan ante el Fuero PCyF en estos casos, que son de imposible aplicación a raíz de la omisión de parte del MPF de darnos la debida intervención (ver, en este sentido, la Res. DG N° 104/09, punto 2 del Anexo A: “...**EN LOS CASOS** de desalojo forzoso de inmuebles destinados a vivienda, se requerirá que se preserve el derecho a una vivienda digna y la aplicación de las garantías establecidas en las Observaciones Generales N° 4 y N° 7 en materia de desalojos forzosos y las Observaciones Finales de 1999 del Comité de Derechos Económicos y Sociales de Naciones Unidas, receptadas por tribunales argentinos, tal como se desarrolla en los considerandos de esta Resolución...” (se adjunta copia de la Res. DG N° 104/09 como “Documento 5”).

Luego de casi siete meses de espera, fue necesario reclamar al Sr. Fiscal General mediante nota de fecha 19 de marzo de 2010 la remisión del informe del Comité de Fiscales (se adjunta copia de la nota de reclamo como “Documento 6”).

Finalmente, recibimos en fecha 23 de junio de 2010 la respuesta del Fiscal General, en la que adjuntó un informe estadístico y la copia del acta de reunión del Comité de Fiscales, con más las copias de algunos precedentes jurisprudenciales (se adjunta copia de la Actuación DG N° 5380 como “Documento 7”).

Al respecto, debe ponerse de resalto que el Fiscal General omitió contestar el pedido claro y concreto que le formuláramos a través de la resolución conjunta ya referida, en tanto se limitó a acompañar un acta de reunión que contiene afirmaciones por demás controvertibles, y un informe estadístico irrelevante para la cuestión planteada.

Yendo ahora al análisis de la documentación que acompañara el Dr. Garavano en su nota, y según el acta de la reunión del Comité de Análisis Normativo y Política Criminal del MPF, celebrada el 23 de febrero de 2010, el mencionado Comité sostuvo: “...respecto a la solicitud de la Asesoría General Tutelar y la Defensoría General, los miembros de este comité manifiestan que cada caso referido al tema de las usurpaciones las/os Sras/os. Fiscal practican todas las notificaciones para que no se conculque ningún derecho de todos los involucrados en cada caso y que corresponde dar intervención a la Asesoría General Tutelar en lo previsto por el Art. 40 de la ley 2451. Asimismo las/os Sras/es miembros del comité continuarán analizando la situación del protocolo y su evolución en las próximas semanas...” (ver punto 5 del acta que se adjunta).

Nuevamente nos encontramos ante una respuesta falaz por parte del Ministerio Público Fiscal. Tal como lo demostraremos a lo largo de esta denuncia, los fiscales que actúan ante el Fuero PCyF **omiten dar intervención a la Defensa Técnica –pública o particular-** cuando solicitan la orden de restitución y allanamiento para el desalojo de un predio, ya sea que se trate de un inmueble particular o de un bien de dominio privado o aún público del Estado. En lo que respecta al año 2009, analizaremos pormenorizadamente la cuestión al referirnos a la investigación efectuada por la Defensoría General; respecto del año 2010 varios son los casos paradigmáticos de la violación del derecho de defensa de los involucrados en los procesos de desalojo forzoso, siendo el que revistió mayor gravedad el del Parque Indoamericano del 7 de diciembre. Si bien volveremos sobre este caso particular, no podemos dejar de mencionar que el Fiscal Longobardi solicitó la orden de allanamiento y desalojo forzoso sin garantizar la intervención de la Defensa técnica, sin notificar a las personas que ocupaban el Parque de su derecho constitucional a contar con un abogado defensor, y violando también su derecho a ser informados de que tenían abierto un proceso penal en su contra (se adjunta como “Documento 8” copia de la causa “Parque Indoamericano”, ver fs. 28 y siguientes).

La oportuna intervención de la Defensa Técnica en el caso de la toma del Parque Indoamericano podría haber contribuido al diálogo con las autoridades,

a llevar a cabo un proceso de mediación que el Fiscal ni siquiera intentó, y aún más, podría haber evitado el desalojo forzoso ante los planteos jurídicos que finalmente –pero muy tarde ya para los tres muertos- pudimos efectuar en la audiencia celebrada el 10 de diciembre en el juzgado de la Jueza Nazar, y que la llevaron a rechazar el segundo pedido de allanamiento y desalojo del Parque solicitado por el Ministerio Público Fiscal ese mismo viernes y la madrugada del sábado 11, a pesar de las muertes acaecidas y del tenso clima que se vivía en el Parque.

Específicamente, la Defensa Pública planteó en aquella oportunidad que la medida de restitución no podía llevarse a cabo sin que el Fiscal de la causa firmara antes el decreto de determinación de los hechos conforme lo exigen los Arts. 91 y 92 del Código Procesal local. Dichas defensas jurídicas tuvieron acogida favorable por parte de la jueza de la causa, quien finalmente rechazó el segundo pedido de allanamiento solicitado por el Ministerio Público Fiscal (ver fs. 101/104, y 128/131 de la causa que en copia se acompaña).

En igual sentido, las pautas de trabajo para la Defensa Pública en materia de desalojos aprobadas mediante Res. DG N° 155/2010, de nada sirven si el Fiscal no da intervención oportuna a la Defensa en relación a la solicitud de desalojo (se adjunta copia de la Res. DG N° 155/10 como “Documento 9”).

Como demostraremos, estas violaciones de derechos constitucionales se verifican como una práctica extendida del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad en los procesos iniciados por la posible comisión del delito de usurpación, y revisten tal gravedad irreparable que resulta impostergable la intervención del Máximo Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Finalmente, en fecha 4 de noviembre de 2010 –un mes antes de los luctuosos acontecimientos del Parque Indoamericano-, el Fiscal General Dr. Garavano, dictó la Res. FG N° 382/2010 (conf. Arts. 4° y 5°, y los considerandos respectivos), rechazando definitivamente la petición que le había formulado junto con la Dra. Musa en el sentido que los Fiscales de la Ciudad notificaran a la Defensa Pública y a la Asesoría Tutelar de los procedimientos por el delito de usurpación desde recibida la denuncia (se acompaña copia como “Documento 10”).

Al momento de desarrollar los requisitos de admisibilidad de la presente denuncia, me referiré en extenso a la citada resolución del Sr. Fiscal General.

Así las cosas, entendemos que hemos agotado todas las instancias institucionales a nuestro alcance para encauzar la grave situación descripta. La última resolución adoptada por el Dr. Garavano echa por tierra las pocas expectativas que quedaban en lograr que instruyera a los Fiscales de la Ciudad para que garanticen el derecho de defensa en juicio de las personas que padecen los desalojos forzosos.

En el marco de un sistema acusatorio como el de la Ciudad (Art. 13 inc. 3°

CCABA), y teniendo en cuenta las medidas que se adoptan previas al desalojo forzoso (como la realización de censos que, en muchos casos, luego son utilizados para imputar la autoría del delito de usurpación a las personas censadas), no existe otra vía idónea para poner fin a la vulneración de derechos aquí denunciada, y por ello, es que se interpone la presente denuncia, pues consideramos configurada la **privación de justicia en los casos en los que el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad pone en marcha el mecanismo de restitución anticipada de inmuebles prevista por el Art. 335 del CPPCABA, omitiendo dar oportuna intervención a la Defensa.**

Sin acceso a la defensa técnica, no hay Justicia. Sin acceso a la Defensa técnica, no hay tutela judicial efectiva de los derechos constitucionales en juego.

II. FINALIDAD DE LA DENUNCIA POR PRIVACIÓN DE JUSTICIA: DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR EN LA MATERIA

La denuncia por privación de justicia está prevista en el artículo 113 inc. 4º de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como de competencia originaria del Tribunal Superior local. A su vez, los Arts. 36 y 37 de la Ley Nº 402 reglamentan los requisitos de admisibilidad y procedencia.

Antes de ingresar en el análisis de cada uno de los recaudos exigidos por la ley para la procedencia de la presente denuncia, me referiré a los precedentes más relevantes de este Tribunal Superior que existen en la materia, en lo que respecta a la finalidad del instituto.

En tal sentido, en numerosos precedentes el Tribunal Superior local ha sostenido que la denuncia por privación de justicia tiene por finalidad garantizar el real acceso al servicio de justicia, o, dicho de otro modo, de hacer cesar situaciones de afectación al derecho de acceder a la justicia: "...La finalidad del instituto regulado en el Art. 113 inc. 4º de la CCBA es hacer cesar situaciones de afectación del derecho a acceder a la justicia o reparar injustificados retardos en el servicio..." (conf. TSJ, Expte. Nº 3215/04 "De Giovanni, Pablo Andrés s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en 'De Giovanni, Pablo A. c/GCBA s/amparo (Art. 14 CCABA)'" , fallo del 1/09/2004, del voto del Juez José Osvaldo Casás, al que adhirieron los Jueces Ruiz, Maier, Conde y Lozano. Ver, en el mismo sentido, Expte. Nº 155/99 SAO "Sciarrota José Luis y otros (Colegio de Graduados de Arquitectura y Urbanismo) c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo- Recurso por denegación, privación y retardo de justicia"; fallo del 01/12/99).

En el precedente citado en primer término, el Juez Lozano explicitó también que debe verificarse, para la procedencia de la denuncia, que exista un "perjuicio actual" que el Tribunal deba reparar, perjuicio que –como quedará

demostrado a lo largo de esta presentación- se verifica en nuestro caso.

En un precedente más reciente, el TSJ se refirió en los siguientes términos a la cuestión: "...El objetivo de las quejas por privación de justicia, no se orienta a revisar decisiones que se reputan erradas sino a garantizar el derecho a acceder a la justicia por un camino indicado por la Constitución y la ley..." (conf. TSJ, Expte. Nº 6783/09 "GCBA s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en 'Romero, Martín y otros c/GCBA s/ amparo (Art. 14 CCABA)"); fallo del 21/10/09, del voto del Juez Lozano).

Precisamente, no pretendemos mediante esta vía la revisión de una decisión judicial que consideramos errada, ni un pronunciamiento respecto de los casos paradigmáticos que serán descriptos luego, sino que buscamos que el máximo Tribunal local haga cesar las gravísimas afectaciones al derecho de acceder a la justicia –vigencia real, efectiva y conducente del derecho de defensa en juicio- que padecen en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires las personas que, en el marco de un proceso penal por la presunta comisión del delito de usurpación, pueden ser afectadas por los desalojos forzosos que solicita el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad.

En esa línea, sostenemos que el Ministerio Público Fiscal, a través de su Fiscal General –y de las resoluciones que éste dictara en la materia- omiten, deliberadamente, dar la debida intervención a la Defensa técnica en los casos de restitución anticipada de inmuebles (Art. 335 CPPCABA), intervención que está prevista por la normativa constitucional y legal aplicable a tales supuestos, afectando de modo irreparable los derechos constitucionales en juego. Así, sostuvo el Tribunal Superior local:

"...Conforme lo ha expresado el Tribunal en otras oportunidades (ver "Porcella, Hugo Baltasar s/queja por privación y denegación de justicia en "GCBA c/Porcella, Hugo Baltasar s/ejecución fiscal", expte. Nº 2601/03, resolución del 13/11/2003, en *Constitución y Justicia*, Fallos del TSJ, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, t. V., 2003, ps. 792 y siguientes) un planteo por denegación de justicia, no tiene por finalidad remediar situaciones de esta índole en las que no se identifica cuál es la decisión judicial que pese a venir impuesta por el ordenamiento aplicable, el órgano denunciado habría omitido emitir..." (conf. TSJ, Expte. Nº 7101/10 "Ministerio Público –Asesoría Tutelar de Primera Instancia con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1 s/ queja por retardo, privación o denegación de justicia en 'Legajo formado en autos Martiarena, Mabel Alejandra y otros s/inf. Art (s) 181 inc. 1, Usurpación (despojo) –CP (p/L 2303)"; fallo del 12/03/10; del voto de los Jueces Lozano, Casás y Conde).

Surge también de la doctrina que ha elaborado el TSJ en la materia, que no corresponde recurrir a la denuncia por privación de justicia para sustituir

otras vías recursivas previstas por la normativa aplicable: “...No se trata de un instituto procesal tendiente a sustituir las vías recursivas previstas en la Constitución y en las leyes locales para que las partes planteen ante el Tribunal los agravios de índole constitucional que pudieran haberse generado durante la tramitación del proceso en instancias anteriores...” (conf. TSJ, Expte. Nº 5895/08 “Rojt, Julio M. Y otro s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en ‘Rojt, Julio M. Y otros c/Consejo Profesional de Ciencias Económicas s/rec. Apel c/Res. Discip. Consj. Prof. C.E. (art. 34 y DT 3a. ley)’”; fallo del 14/05/2008, del voto del Juez Lozano).

La cita resulta sumamente pertinente, ya que la situación que venimos a denunciar ante el máximo Tribunal local -solicitud y realización de restituciones anticipadas de inmuebles sin observancia del derecho a la defensa en juicio- genera claros y graves agravios de índole constitucional, que quienes los padecen no pueden evitar -o intentar evitar- en tanto carecen de Defensa técnica oportuna.

Según veremos más adelante, la gran mayoría de las causas iniciadas por denuncia del delito de usurpación son archivadas por el Ministerio Público Fiscal.

Dicha verificación nos permite suponer que la única finalidad perseguida en estos procesos penales es la restitución del inmueble o predio, aún sin haber investigado mínimamente la existencia del delito y de sus supuestos autores. De todos modos, cabe agregar que aún cuando se notificara a la Defensa técnica de la existencia del proceso penal después de haberse concretado el desalojo, los planteos que pudieran oponerse resultarían absolutamente inconducentes por tardíos y abstractos.

El caso ya citado del Parque Indoamericano es un claro ejemplo de lo antes dicho: el Fiscal interviniente solicitó la orden de allanamiento y desalojo omitiendo deliberadamente dar intervención al Defensor Público de turno. El desalojo por la fuerza pública se llevó a cabo el 7 de diciembre de 2010, con los tremendos resultados conocidos por todos. Tras insistir ante la jueza, tres días después el Defensor Público logró ser citado a audiencia en el marco del proceso, y recién allí pudo plantear la nulidad de la orden de allanamiento y desalojo (con fundamentos tales como que el Fiscal no había firmado el decreto de determinación de los hechos, ni había identificado a los supuestos autores del delito). Ningún sentido tenía ya obtener la nulidad de un acto procesal que se había consumado con el resultado de tres personas muertas durante el operativo policial. Los planteos sirvieron, cuanto menos, para evitar una segunda orden de desalojo que los Fiscales –increíblemente insistían en obtener.

A nadie en su sano juicio se le ocurriría sostener que, en el escenario hipotético de que se hubiera decretado la nulidad del desalojo llevado a cabo el 7 de diciembre, la Justicia hubiera ordenado restituir las cosas a su estado

anterior a la nulidad, autorizando en consecuencia a las personas que estaban en el Parque a volver al lugar sin poner obstáculo alguno.

En otras palabras, ante medidas como la restitución anticipada que prevé el Art. 335 del CPPCABA, la defensa técnica sólo será conducente si es oportuna en el tiempo, esto es, si los alcanzados por la medida pueden alegar sobre su legalidad antes de que sea llevada a cabo.

Como lo sostuvo el Juez Casás: **“...creo oportuno destacar que la tutela judicial efectiva significa, sobre todo, una justicia a tiempo...”** (conf., TSJ, Exp. N° 4327/05 “Loñ, Carolina y otros s/medida cautelar en: ‘Loñ, Carolina y otros c/GCBA y otros s/otros procesos incidentales’”; fallo del 10/11/2005, el destacado no está en el original).

El Tribunal Superior de la Ciudad se pronunció también respecto de la tutela judicial efectiva y oportuna en el precedente “Gallardo, Roberto Andrés s/ queja por denegación de justicia”, en el que sostuvo: “...La intervención del Tribunal en la queja por privación de justicia traída a su conocimiento y decisión tiene por única finalidad hacer efectiva la garantía de protección judicial efectiva que el denunciante, Roberto Andrés Gallardo, manifiesta vulnerada y no conlleva el conocimiento de la causa principal en la que la lesión a esa garantía pudiera estar ocurriendo...” (conf. TSJ, Expte. N° 2804/04 “Gallardo, Roberto Andrés s/queja por denegación de justicia en ‘Asociación de Magistrados, integrantes del Ministerio Público y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires c/Consejo de la Magistratura s/amparo (Art. 14 CCABA)”); fallo del 23/02/2004, del voto de la Jueza Conde).

Lo expresado por la Jueza Conde resulta aplicable a nuestro caso ya que, no se pretende aquí en modo alguno que el TSJ se pronuncie respecto de si en los casos tramitados por el Ministerio Público Fiscal por el delito del Art. 181 del CP, se viola reiteradamente el derecho a la vivienda digna amparado por la normativa constitucional y legal, ni se pretende que el TSJ se pronuncie acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del mecanismo previsto por el art. 335 del CPPCABA.

Exclusivamente se solicita al Tribunal Superior que tome cartas en el asunto, a fin de garantizar que las personas que sean acusadas –aún preliminarmente– de cometer del delito de usurpación y que corren el riesgo cierto de ser desalojadas por la fuerza, cuenten con la defensa letrada para acceder a la tutela judicial efectiva de sus derechos, efectuando los planteos que consideren pertinentes: “...el Tribunal debe adoptar una decisión que asegure a la parte una respuesta jurisdiccional a sus planteos...” (conf., TSJ, fallo recién citado, del voto de la Jueza Conde).

Afirmó por su parte el Juez Casás: **“...la gravedad que reviste en un Estado de Derecho la privación de la efectiva posibilidad de obtener tutela judicial de**

modo oportuno y tempestivo, obliga a extremar los medios para conjurar tal peligro...” (conf. precedente citado, del voto del Juez Casás; el destacado me pertenece).

Y, por último, bien merece la pena reproducir aquí el voto de la Jueza Ruiz del caso ya citado: “...La Opinión Consultiva OC 9/87 del 6 de octubre de 1987 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con la tutela jurisdiccional efectiva sostuvo que ‘la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial’. La CSJN, en los fallos Giroldi (Fallos 318:514) y Bramajo (Fallos 319:1840) ha señalado la importancia de tomar en cuenta la jurisprudencia y opiniones consultivas de los órganos de la CIDH. 6. El Art. 25 de la CADH establece, entonces, que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o **a cualquier otro recurso efectivo** ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, y autoriza en forma expresa a los jueces para que, en definitiva, determinen cuál es, en el caso concreto, el recurso más efectivo. El principio de efectividad en la tutela jurisdiccional, es subordinante respecto de cualquier regla adjetiva, como las que prevé el CCAyT en el Art 23 y concs.y permite resolver la cuestión traída a decisión del Tribunal por el Dr. Gallardo...”.Seguidamente, nos referiremos a los requisitos de admisibilidad y procedencia de la denuncia por privación de justicia previstos por el art. 36 de la Ley 402.

III. LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA LEY 402

De acuerdo a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 402, el Tribunal Supe-

rior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires actúa en los casos de privación, denegación o retardo de justicia. El artículo establece los requisitos de admisibilidad en los siguientes términos:

“La presentación debe reunir los siguientes requisitos de admisibilidad:

- a) Indicación precisa del órgano jurisdiccional autor, por acto u omisión, de la privación, denegación o retardo injustificado de justicia.
- b) El hecho o la omisión que lo motiva y el derecho que se considera violado o amenazado.
- c) Las razones que impiden, por inexistencia o ineficacia, acudir a otra vía procesal”.

En lo que sigue desarrollaré cada uno de estos puntos a fin de acreditar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad exigidos para que la acción pueda prosperar, teniendo presente que: “...el Tribunal Superior deberá construir un concepto amplio y facilitador de la ‘privación de justicia’, que en los hechos impida que se arribe a situaciones ineficaces, disvaliosas o groseras que desvirtúen al proceso justo. Este sendero procesal apuntala la plena vigencia de la garantía de defensa en juicio que desemboca en un proceso en el cual, en un tiempo razonablemente breve, se dicte una sentencia motivada y justa” (Morello, Augusto Mario: “Privación efectiva de justicia. Intento de ampliar su campo de acción”, E.D., 13 de Noviembre de 2000).

III.1) Indicación precisa del órgano jurisdiccional autor de la privación de justicia.

Tal como lo adelanté al relatar los antecedentes del caso, es el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el órgano judicial que, por omisión, genera la privación de justicia que se denuncia ante el Tribunal Superior. En efecto, el Ministerio Público Fiscal -en este caso, sus integrantes que actúan ante el Fuero en lo Penal, Contravencional y de Faltas bajo los criterios del Fiscal General de la Ciudad- privan de justicia a los hombres, mujeres, niños y niñas involucrados en procesos penales por la presunta comisión el delito de usurpación -Art 181 C.P.-, ya que, cuando ponen en marcha el mecanismo previsto por el Art. 335 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lo hacen omitiendo dar la debida y efectiva intervención a la Defensa técnica.

Así, la gran mayoría de las órdenes de restitución de inmuebles dictadas durante los procesos por el delito de usurpación se ejecutan sin que las personas

afectadas o con riesgo de ser afectadas hubieran tenido oportunidad de oponer defensa alguna. Más aún, la mayoría de las órdenes se dictan sin que exista, siquiera, notificación a las personas involucradas, y, preventivamente a la Defensa Pública, de la existencia de una investigación penal que afectará, a través del dictado de una orden de carácter irreversible, derechos fundamentales de las personas involucradas. Los datos que proporcionaré a la largo de este escrito son contundentes e irrefutables; basados, por un lado, en un minucioso trabajo empírico realizado por la Defensoría General representativo de la totalidad de los casos de usurpación del año 2009, y por otro, de la descripción de algunos de los casos más dramáticos y notorios del año 2010.

El análisis de estos datos permite concluir -sin dejar lugar a duda-, que el Ministerio Público Fiscal local lleva adelante las investigaciones de los delitos de usurpación y, en ese marco, pone en marcha el mecanismo procesal de restitución anticipada de los inmuebles, omitiendo garantizar el derecho a la defensa técnica de los involucrados; situación especialmente gravosa, ya que la restitución anticipada prevista por el artículo 335 del Código Procesal, significa en la práctica una anticipación de la condena, con efectos irreversibles para quienes la sufren.

La práctica sistemática recién descrita, ha sido además convalidada y ratificada por el Fiscal General de la Ciudad, a través de la Res. FG N° 382/10 mediante la que modificó el criterio general de actuación oportunamente aprobado mediante Res. FG N° 121/08, y es por ello que entiendo que el Sr. Fiscal General, en su carácter de responsable máximo del organismo, es quien debe responder frente a la presente denuncia.

En tal sentido, es importante señalar que los criterios generales de actuación dictados por la máxima autoridad de una de las ramas del Ministerio Público local –en el caso, el Fiscal General-, son de aplicación obligatoria por parte de los fiscales de instancia, a tenor de lo prescripto por los artículos 5º, 18 inc. 4º y 19 de la Ley 1903.

Así, el Art. 5º prescribe: “Los o las titulares de cada uno de los tres organismos que componen el Ministerio Público elaboran criterios generales de actuación de sus integrantes, los que deben ser públicos y comunicados por escrito a cada uno de ellos/as y simultáneamente a la Legislatura. Estos criterios no pueden referirse a causas particulares ni ser contradictorios con la misión de cada integrante del Ministerio Público de promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad”; y, por su parte, el Art. 18 inc. 4º de la citada ley establece como facultad de la máxima autoridad del Ministerio Público la de: “Elaborar anualmente los criterios generales de actuación de los miembros del Ministerio Público, los que podrán ser modificados o sustituidos antes de cumplirse el año, previa

consulta con los/as magistrados actuantes en cada instancia. Todos los criterios que se establezcan deberán constar por escrito, ser públicos y comunicados, simultáneamente, a la Legislatura de la Ciudad”. Por último, el Art. 19 sólo autoriza a las/los fiscales de instancia a dejar constancia de su objeción ante el titular del área cuando consideren que es contrario a la ley, pero no pueden dejar de cumplirlo.

Al Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires le cabe la responsabilidad de velar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante los tribunales de la Ciudad la satisfacción del interés social a través de la investigación de las contravenciones, y de los delitos cuya competencia haya sido transferida a la justicia de la Ciudad (Art. 125 CCABA y Ley 1903).

Por ende, la presente denuncia se dirige contra el Fiscal General de la Ciudad, en tanto es la autoridad máxima del Ministerio Público Fiscal conforme lo disponen los arts. 124 de la CCABA y 6º inc. “a” de la Ley 1903, tratándose de un organismo plenamente autónomo y organizado jerárquicamente (conf. Art. 124 CCABA y Arts. 1º y stes. de la Ley 1903).

III.2) La omisión denunciada: descripción de la práctica de los integrantes del Ministerio Público Fiscal y su acreditación.

III.2.a) La investigación realizada por la Defensoría General

Como ya relatara, desde que operó la transferencia del delito de usurpación a la Ciudad, nos preocupó profundamente la falta de intervención oportuna de la Defensa en estos procesos penales. A raíz de ello, encomendé a la Secretaría General de Planificación Estratégica y Acceso a la Justicia de la Defensoría General, la realización de una investigación sobre la participación de la Defensa en los procesos por el delito de usurpación tramitados durante el año el 2009, que ha sido titulada: “ El derecho de defensa en los casos de usurpación en la Ciudad de Buenos Aires: un estudio empírico” (se adjunta el trabajo completo como “Documento 11”).

Se trata de una investigación cuantitativa por muestreo: se obtuvo un listado de todas las causas de usurpación ingresadas en el fuero Penal, Controvenacional y de Faltas durante el año 2009, que sumaban 1169 casos. Sobre ese listado se realizó una muestra aleatoria simple de 238 casos, lo que garantiza un margen de error de más/menos diez por ciento. La fuente utilizada fue la base de gestión judicial informática JUSCABA.

En la investigación se relevaron los siguientes indicadores y variables:

1) Número de causa;

- 2) Fiscalía interviniente;
- 3) Juzgado interviniente;
- 4) Nombre del denunciado;
- 5) Tipo de inmueble (particular, estatal);
- 6) Denunciante (particular, representante del Estado);
- 7) Dirección del inmueble;
- 8) Tipo de inmueble (departamento, hotel, villa de emergencia, complejo habitacional, comercial, predio, centro cultural, cochera);
- 9) Cantidad de afectados;
- 10) Existencia de instancia de mediación (sin mediación, con acuerdo, fracaso);
- 11) Presencia del defensor en la mediación (sí, no);
- 12) Patrocinante en la mediación (sí, no);
- 13) Determinación de los hechos por parte del Fiscal (al inicio, tardía, sin determinación del hecho);
- 14) Intimación del hecho (anterior a la restitución, posterior a la restitución, sin intimación del hecho);
- 15) Defensor (público –número-, privado, sin defensor);
- 16) Momento de la intervención del Defensor (antes de la restitución, posterior a la restitución, sin intervención);
- 17) Restitución (voluntaria, mediación, juez, policía, sin restitución);
- 18) Restitución solicitada por el Fiscal (sí, no);
- 19) Allanamiento ordenado (sí, no);
- 20) Apelación del allanamiento;
- 21) Resolución del caso (archivo, pendiente, probation, elevada, juicio, incompetencia);
- 22) Tipo de archivo (incisos a-i del Art. 199 CPPCABA);
- 23) Existencia de caso (sí, no);
- 24) Cuestión de género involucrada.

Analizaré entonces los hallazgos realizados en relación a la participación de la Defensa en los procesos de restitución de inmuebles (es importante aclarar que en 59 casos de los 238 relevados no se pudo obtener información sobre la existencia de una orden de restitución, principalmente porque los casos continúan en trámite. De este modo, se obtuvo respuesta respecto a lo sucedido con la restitución anticipada en 179 casos).

De acuerdo a la investigación realizada, **la Defensa participó en el 22% de los casos de usurpación y no lo hizo en el restante 78%**. Esta participación no necesariamente fue desde el primer momento, ni previa a la restitución. De otra parte, en el 23.3% se produjo la restitución anticipada del inmueble. En este aspecto, los resultados de nuestra investigación coinciden con los

producidos por el Ministerio Público Fiscal en su informe estadístico del art. 181 C.P., en tanto de los casos relevados de julio de 2008 a junio de 2009, la restitución del inmueble se concretó en un 20% de los casos. Asimismo, según el MPF, en el 46% la restitución se produjo a través del proceso de mediación, en el 23.52% de los casos fue por decisión voluntaria del imputado y en **el 34,5% de los casos se realizó mediante el dictado de un orden de allanamiento y desalojo.**

Ahora bien, el informe del Ministerio Público Fiscal no se ocupa de relevar la participación de la Defensa en los casos, ni tampoco si se formalizó la imputación penal. Sí informa, en cambio, que el 47% de los casos fueron archivados, en un 10% se llegó a un acuerdo por mediación, en un 2% se requirió la elevación a juicio y en otro 2% se declaró la incompetencia. El otro 38% de los casos continuaban en trámite.

Estos datos reflejan claramente que –tal como lo venimos sosteniendo– la mayoría de los casos terminan en archivo, aún aquellos en los que se han dictado medidas de restitución anticipada.

De acuerdo a nuestra investigación, **el archivo de la causas se produjo en el 70% de los casos**, el 23% continúa en la investigación preparatoria y el 3.5% fue elevado a juicio.

En lo que respecta a la actuación fiscal, de nuestra base de datos surgió que solo en el 38.2% de los casos los fiscales firmaron el decreto de determinación de los hechos (conforme lo prevén los Arts. 91 y 92 del CPPCABA), acto procesal fundamental para encuadrar la investigación penal y para permitir a las personas afectadas oponer las defensas frente a los hechos que, de acuerdo al Fiscal, debe investigar y fundamentalmente probar.

Más grave resulta aún que en el **39% de los casos que se efectivizó una restitución anticipada del inmueble (voluntaria, por mediación, por orden del juez o por la intervención policial) no se firmó el decreto de determinación de los hechos**, avanzando de tal modo sobre los derechos constitucionales de los que padecieron los desalojos sin el sustento necesario de una mínima investigación del delito.

Por otro lado, verificamos también que **apenas en el 13% de los procesos se intimó del hecho a algún imputado concreto**. Resulta claro que el acto procesal de intimación del hecho regulado por el art. 161 del CPPCABA está previsto para garantizar el ejercicio pleno del derecho de defensa de la persona sindicada por el MPF como autora del delito. Omitiendo entonces el cumplimiento de dicho acto procesal, se distorsiona el procedimiento establecido por la normativa vigente.

Más específicamente, surge que **sólo en el 12% de los casos en los que se ejecutó la restitución anticipada del inmueble (de cualquier tipo: voluntaria,**

mediación, juez, policía), se produjo intimación previa del hecho a los imputados, extremo que pone en evidencia la práctica sistemática que venimos a denunciar, en tanto si el MPF cumpliera con el deber legal que le impone el Art. 161 del CPPCABA, quedaría aún más en evidencia su incumplimiento respecto de darle intervención a la defensa.

Si bien el artículo 335 del Código Procesal local admite la posibilidad de dictar la medida de restitución anticipada en cualquier estado del proceso, de manera alguna esto puede implicar que el MPF lleve adelante un proceso penal violentando las más elementales garantías constitucionales de las personas involucradas. Lamentablemente es lo que sucede y lo que venimos a denunciar ante el TSJ, ya que **en el 71.7% de los casos que hubo restitución anticipada la intervención de la Defensa fue tardía o inexistente, privando así de manera inadmisibles en un estado de derecho del acceso a la justicia de los perjudicados por los desalojos.**

Por último, verificamos que: del total de los casos donde la orden de restitución fue dictada por un juez, en el 44% hubo participación anterior de la Defensa pero en el 22% no hubo ninguna intervención y en el 33% recién hubo intervención una vez dictada la medida; de los casos donde la restitución se efectivizó luego de una intimación policial, en ninguno hubo participación de la Defensa; en los casos donde se registró una restitución voluntaria, en el 100% no hubo asistencia de la defensa y en el 14% hubo una intervención posterior a que las personas hubieran dejado el inmueble. Por último, en los casos donde el abandono se resolvió en la etapa de mediación, vemos que en el 87% las personas contaron con asistencia técnica y tan solo en el 13% la Defensa fue posterior.

En conclusión, los resultados de la investigación hasta aquí descriptos y analizados, sirven de sustento probatorio de nuestra denuncia, en la medida que expresan la existencia de la práctica del Ministerio Público Fiscal que denunciarnos como violatoria del derecho de defensa de los habitantes de la Ciudad que sufren los desalojos judiciales en el marco de las mencionadas causas penales.

III.2.b) El análisis de los casos paradigmáticos de violación de derechos en el marco de restituciones anticipadas de inmuebles.

A continuación se relatarán dos casos que ilustran la práctica denunciada, y las graves consecuencias que la privación de justicia ha generado.

Es ineludible comenzar por el caso más resonante y dramático de 2010, la toma del Parque Indoamericano, sin dejar de advertir que durante todo el año 2010 se sucedieron hechos similares; en especial, al interior de los barrios infor-

males, casos éstos que no despertaron interés en los medios al estar afectados solo los sectores más excluidos de la sociedad.

Si bien considero inapropiado que el sistema punitivo estatal sea utilizado para resolver conflictos de índole social, si es el propio Estado el que recurre a él, cuanto menos deben respetarse los derechos constitucionales de los involucrados, permitiendo que las personas afectadas sean oídas, que expresen sus razones y su posición a través de su adecuada representación en el proceso con el ineludible patrocinio letrado.

La causa del “Parque Indoamericano” (Causa Nº 59.884/10, actualmente en trámite ante el Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 26 a cargo de la Dra. María Cristina Nazar) se inició el día 6 de diciembre de 2010 a raíz de la intervención de la Policía Federal. De las constancias de la causa –acompañadas a esta denuncia-, y en lo que aquí importa, surge lo siguiente: Según la declaración del Subinspector ACEVEDO, Alexis (del 7/12/2010 a las 4 hs. de la madrugada), fue desplazado por el Comando Radioeléctrico a la intersección de las calles Escalada y Batle y Ordoñez a solicitud de Bomberos, por quema de pastizales, y que corroboró que se trataba de mujeres y niños que prendían fogatas y que estaban bajo control. Agregó que delegados de la villa 20 “reclutaban” familias a fin de que “tomen” parte del terreno porque el Gobierno les daría subsidios en efectivo; y que desde la villa ubicada en Lomas de Zamora, sobre Camino Negro, podrían llegar al parque. La Policía realizó la consulta con el Fiscal de turno, Dr. Cristian Longobardi, quien les indicó patrullar la zona. El sumario se abre por “Averiguación de Usurpación” (fs. 1,2).

El 6/12/10 el Fiscal visita el lugar, junto con el Comisario de la Seccional 36º y su secretario (fs. 6) y el 7/12/10 solicita el sumario y la Policía se lo remite (fs.2/4).

El 7/12/10 la Corporación Buenos Aires Sur denuncia la toma del Parque como usurpación en “flagrancia” por vía de correo electrónico dirigido al Fiscal por el Coordinador del Área legal y técnica del organismo, Ariel Solar Grillo, y adjuntan fotos sacadas en el parque ese día.

Sin más, sin haber efectuado tareas de investigación ni medidas probatorias tendientes a establecer la materialidad del hecho, los elementos del tipo objetivos y subjetivos, ni la autoría del delito denunciado, a fs. 25/26 el Fiscal Longobardi presenta su **Solicitud de allanamiento y desalojo** el 7/12/10 a las 12.40 hs. El Fiscal afirma allí que “un grupo de personas aún no indentificadas ingresaron ilegítimamente mediante la utilización de clandestinidad a un sector del Parque Indoamericano...con fines de permanecer en el lugar...despojando a la Corporación Buenos Aires Sur de su posesión”. Si bien el Fiscal menciona que el modo comisivo habría sido la “clandestinidad”, no formula argumentación ni fundamentación alguna al respecto. Es más, de las fotos acompañadas por el denunciante (fs. 7, 9/16) surge que las personas que

están en el Parque están a cara descubierta, y fueron tomadas a plena luz del día. El Fiscal considera que es “una cuestión de urgencia” ya que el número de familias que ingresa se incrementa con el correr de las horas y a raíz de los focos de incendio que se produjeron durante la noche.

Demás está decir que el Fiscal Longobardi avanzó a estas instancias procesales omitiendo la intimación legal a los ocupantes del Parque destinada a que designaran abogado de confianza, bajo apercibimiento de designar a la Defensa Pública en su defecto. El Fiscal determinó que la orden debía ejecutarla el titular de la Comisaría 36º de la PFA, y que se deberá dar intervención a la “Dirección de Minorías y sus Garantías”, CÑÑyA, al Ente de Higiene Urbana, Defensa Civil y SAME.

A raíz de que la situación descripta fue difundida por algunos medios periodísticos en sus páginas de internet, el Dr. Civitillo, Defensor Público en lo Penal, Contravencional y de Faltas de turno, llamó al Juzgado el 7/12/10 a las 13.00 hs., manifestando que había tomado conocimiento del pedido de desalojo y solicitó que previo a tomar cualquier resolución al respecto se identificara y brindara a los ocupantes del predio la posibilidad de ejercer su derecho de Defensa material y técnica, y que eventualmente se fijara audiencia a los efectos de resolver la petición de la Fiscalía (fs. 28).

Ese mismo día, según surge de fs.29, la jueza Nazar rechazó la participación de la Defensa en la causa y a fs. 30/34 está agregada la resolución que ordenó el allanamiento del Parque y su desalojo por la fuerza.

Los tristes resultados del procedimiento de desalojo forzoso del Parque son conocidos por todos. Tres muertos, varios heridos, y para el viernes 10 de diciembre el Parque no sólo seguía tomado, sino que ya se encontraban allí casi 5000 personas.

Finalmente, y en lo que resulta relevante para esta denuncia, el Defensor Público logró ser citado a una audiencia celebrada aquel viernes 10 de diciembre en horas de la tarde, durante la cual pudo resistir la nueva petición de allanamiento y desalojo del Ministerio Público Fiscal presentada ese día (fs. 101/104).

La jueza Nazar hizo lugar a los planteos de la Defensa, y rechazó en definitiva el pedido de desalojo forzoso mediante resolución del 11/12/10 (fs. 128/131).

Esencialmente, sostuvo la Jueza que no estaban reunidos los recaudos legales, entre ellos, el decreto de determinación de los hechos, con identificación de los eventuales autores del delito.

Como se puede apreciar, el Fiscal ni siquiera intentó dar cumplimiento al limitado Protocolo dispuesto por la Fiscalía General mediante Res. FG Nº 121/08 para el mejor abordaje del gravísimo conflicto social generado. No existió actividad alguna del MPF tendiente a identificar a las personas que estaban ocupando el parque, a fin de formalizar la imputación penal

y permitirles así ejercer su derecho de defensa.

Más grave aún, el Ministerio Público Fiscal omitió dar intervención a la Defensa Pública, aunque más no fuere para realizar las defensas jurídicas que finalmente el Defensor pudo expresar ya tardíamente en la audiencia, durante la cual el Ministerio Público Fiscal insistió en rechazar la participación de la Defensa técnica en el caso (en este sentido, ver acta de audiencia, fs. 102 de las copias de la causa que se acompañan como “Documento 8”).

En conclusión, así como se pudo evitar un segundo desalojo por la fuerza –con los gravísimos resultados que hubiera ocasionado–, tal vez si el Fiscal Longobardi hubiera conferido la **intervención oportuna** a la Defensa Pública –esto es, cuando decidió solicitar el desalojo por la fuerza del parque–, tal como lo mandan la Constitución Nacional, la Constitución de la Ciudad y el Código Procesal local, muy probablemente los hechos se hubieran desarrollado de un modo distinto al ocurrido.

El segundo caso que relataré involucró el desalojo y destrucción de las casillas que varias familias habitaban en terrenos lindantes con la Villa 21-24 de esta Ciudad, familias mayormente constituidas por mujeres y niños que ante la falta de otras opciones, intentaron construir sus viviendas en terrenos desocupados contiguos a las vías del ferrocarril (se adjuntan copias de la causa como “Documento 12”).

Si bien resulta claro que el lugar no reunía las condiciones mínimas de seguridad y habitabilidad, lo que pondré de resalto es la forma en que se llevó adelante el proceso judicial y la grave afectación a la integridad física y a los bienes personales que sufrieron las personas en el marco del desalojo forzoso; en abierta violación a los estándares internacionales vigentes en la materia.

La intervención de la Fiscalía Sudeste comenzó a partir de la denuncia realizada por el representante de la empresa FERROSUR ROCA S.A, ante la Seccional Nº 30 de la P.F.A., a los fines de advertir sobre la presencia de una casilla de madera y chapa en la zona comprendida en el contrato de concesión de la empresa con el Estado Nacional. El Fiscal ordenó desplazar personal policial a fin de que sacaran fotografías, realizaran un croquis y tomaran declaración al personal desplazado al lugar.

Posteriormente, el Juez Bentolila, a pedido del Fiscal, se declaró incompetente y remitió la causa a la justicia federal; el juez federal, Sergio Torres, declinó la competencia, por tanto quedó trabada la contienda negativa de competencia, pendiente aún ante la CSJN, y mientras tanto continuó el trámite de la causa ante el fuero local.

El Fiscal interviniente, como primera medida solicitó presencia policial en el lugar para evitar nuevos ingresos. Al mismo tiempo, los oficiales policiales que cumplían la orden daban cuenta de la existencia de nuevas familias en el

predio. Además, ordenó realizar un relevamiento de las viviendas existentes en el predio. De los informes sociales realizados por la División Centro de Orientación a la Víctima de la P.F.A surge que se trataba de 17 casillas, precarias, emplazadas en los laterales de las vías. A su vez, se anexaron al expediente los informes sociales realizados de cada una de las familias identificadas.

Una vez realizada esta diligencia, y con la identificación realizada a través de los informes sociales, el Fiscal, sin formalizar imputación a persona alguna de las identificadas, solicitó la medida de restitución anticipada teniendo por acreditado el cumplimiento del tipo penal de usurpación. Cabe aquí destacar que, a pesar de lo expresado por el Dr. Garavano en los considerandos de su Res. FG N° 382/10 en cuanto a la protección de derechos que implica lo dispuesto por la Res. FG N° 121/08, en este caso el Fiscal no realizó ningún esfuerzo por dar cumplimiento al Protocolo de Actuación aprobado por esta última resolución, alegando exclusivamente el riesgo que implicaba que las familias continuarán habitando en el lugar.

Para la realización del desalojo solicitó la presencia del Programa Buenos Aires Presente del Poder Ejecutivo local a los fines de dar contención a las familias una vez desalojadas y por supuesto, **omitió notificar a la Defensa.**

El 22 de octubre de 2010 el juez rechazó la solicitud atento la falta de cumplimiento de las medidas dispuestas por el propio protocolo de la Fiscalía General, y consideró también que no estaban acreditadas las causales que justifican la aplicación de la orden allanamiento de domicilio.

Menos de un mes después -estando aún pendiente de resolución por parte de la Corte Suprema la contienda negativa de competencia-, y sin que el Fiscal realizara ninguna nueva diligencia, insistió con una nueva solicitud de desalojo del predio, y esta vez, aún cuando continuaba incumplido el Protocolo de la Res. FG N° 121/08 y no se había hecho ningún contacto con las familias, ni intentado diálogo alguno y, por supuesto, no se había realizado ninguna notificación sobre la existencia de una causa penal en su contra, el juez esta vez sí ordenó el desalojo por la fuerza.

El 8 de noviembre de 2010 se concretó el desalojo violento de las familias, sin intervención alguna de la Defensa –ni particular ni pública-.

Las casillas fueron tiradas abajo por las topadoras que aportó el Poder Ejecutivo de la Ciudad, y las familias desalojadas quedaron, literalmente, en la calle.

Recién allí, el Fiscal ordenó también que se notificara a las personas consideradas cabeza de hogar que debían presentarse en la Fiscalía, bajo apercibimiento de ley, a fin de prestar declaración en los términos del Art. 161 del Código Procesal. Asimismo les hizo saber de su derecho de contar con abogado de su confianza o solicitar la asistencia del Defensor Oficial.

Una vez realizado el desalojo, y advertido por los medios de comunicación

de lo acontecido, el Defensor Oficial de turno solicitó se le diera intervención en la causa, pero era ya muy tarde para esas familias.

Cabe destacar que del acta obrante en la causa surge que en el desalojo se encontraban presentes funcionarios de la Fiscalía, del Cuerpo de Investigaciones Judiciales, personal del Buenos Aires Presente, de la Dirección de Guardia de Auxilio y Emergencias, la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Ciudad, la Guardia.

Permanente del Consejo de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, representantes de la empresa FERROSUR ROCA y Edesur y personal policial de la División Roca, todos quienes fueran notificados por el Fiscal. No había presencia de defensores de los ocupantes ya que no habían sido notificados por parte del Fiscal. Es decir, salvo los ocupantes todas las partes contaban con adecuada asistencia. Esta ausencia de representación resultó clave ya que, además de realizar el desalojo, el personal policial prosiguió demoliendo las casillas de las personas que fueron desalojadas, a pesar de que no había orden expresa y que esto se encuentra prohibido por los estándares internacionales de derechos humanos aplicables en la materia como también por las leyes locales.

La destrucción de las casillas y el modo de realización del desalojo provocó incidentes con los habitantes, quienes pretendían resistir la destrucción de su vivienda y de sus pocas pertenencias. Hubo heridos y fue necesario dar intervención al SAME. Tan grave fue la situación que hasta la funcionaria de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Poder Ejecutivo local presente en el lugar, dejó constancia de su disconformidad con la versión de los hechos que brindó el personal policial así como respecto de otros aspectos del procedimiento de desalojo.

El Fiscal, que ni siquiera se tomó la molestia de estar presente durante el desalojo y era informado telefónicamente, aprobó el procedimiento tal cual fue realizado sin más. Debieron pasar 5 días desde la realización del desalojo y la solicitud por parte del Defensor Oficial de Turno para que se lo tuviera por designado; en esa oportunidad solicitó la nulidad de todo lo actuado, aunque era ya muy tarde para retornar las cosas a su estado anterior.

Estos casos paradigmáticos ilustran la práctica que se denuncia a través de esta acción, al tiempo que exponen la gravosa afectación de derechos que sufren las personas más vulnerables de la Ciudad, que menos oportunidades tienen de hacer valer sus derechos y que por tanto el Estado tiene la obligación de proteger especialmente.

A la luz de lo hasta aquí relatado, deviene imprescindible que, a la mayor brevedad, el Tribunal Superior de la Ciudad adopte las medidas necesarias para que los procesos penales por usurpación no constituyan el medio que los particulares y el propio Estado local utilicen para realizar desalojos compulsivos contra personas vulnerables, violentando sus más elementales derechos fundamentales.

III.2.c) La Res. FG N° 382/10: ratifica y valida la práctica del Ministerio Público Fiscal violatoria de derechos constitucionales

Me referiré ahora en detalle a la Res. FG N° 382/10 en su parte pertinente, Arts. 4º, 5º y considerandos respectivos.

Ha quedado demostrada, a mi entender, la omisión en la que incurren los representantes del Ministerio Público Fiscal al no dar intervención a la defensa técnica de manera oportuna en los casos en los que se investiga la comisión del delito previsto por el art. 181 del C.P. y en los que se pone en marcha la restitución anticipada del inmueble.

El Sr. Fiscal General ha convalidado y reforzado la práctica denunciada al dictar la Res. FG N° 382/10 mediante la que modifica el protocolo de actuación oportunamente aprobado por la Res. FG N° 121/08.

En efecto, luego de incurrir en algunas reiteraciones vinculadas a las notas y al informe estadístico que ya hemos analizado, el Dr. Garavano afirma en su Res. FG N° 382/2010:

*“...Finalmente, no resulta ocioso recordar, en lo que a intervención de la defensa pública refiere, que la Fiscalía General ha firmado una resolución conjunta con la Defensoría General que permite a esta última, de manera automática, tomar vista preliminar de los casos ingresados al sistema informático JusCABA –resolución DG N° 146/09 y FG N° 182/09-, como así también intervenir directamente en las denuncias que ingresan a través de las Unidades de Orientación y Denuncia del Ministerio Público Fiscal. **Esta circunstancia no sólo satisface ampliamente el requerimiento de intervención que menciona la Defensa Pública** sino que también da cuenta de las constantes acciones que este Ministerio Público Fiscal ha puesto en marcha a fin de garantizar el debido respeto de los derechos y garantías constitucionales que rigen el proceso penal...” (ver punto V, el destacado nos pertenece).*

Ya he afirmado que carece de todo sustento jurídico la aseveración citada, pues el acceso acotado a un sistema informático no puede en modo alguno garantizar la vigencia efectiva del derecho constitucional a la defensa en juicio. Vale agregar, de todos modos, que ahora el Fiscal General se anima a afirmar que dicho acceso “satisface ampliamente el requerimiento de intervención que menciona la defensa pública”; poniendo de tal modo blanco sobre negro cual es su verdadera posición en la materia.

En este sentido, me veo obligado a explicar, de un lado, que la carga en el sistema JUSCABA es imperfecta, muchas veces tardía y aún en ocasiones ni siquiera las causas son cargadas en el sistema. Por otro lado, ya explicamos que el ingreso a JUSCABA solo nos permite conocer algunos pocos datos relativos a las causas, ya que para verificar lo sucedido en el proceso el Defensor debe estar designado, y precisamente, es el Ministerio Público

Fiscal el que omite efectuar tal designación.

Pero además, está claro que los habitantes de la Ciudad que quieran y puedan designar abogado de confianza o particular, no podrán tener acceso alguno al sistema informático JUSCABA, ya que no se trata –al menos por ahora- de un sistema de información pública y de acceso irrestricto para todas las personas interesadas.

Más explícita es la afirmación que aparece unos párrafos más adelante de la Res. FG N° 382/2010: “...Ahora bien, ingresando en el estudio de la petición efectuada y dejando a salvo las consideraciones expresadas en los acápites precedentes, **entiendo que la intervención de la Defensa Pública desde el mismo momento de la denuncia –a excepción del supuesto previsto en el Régimen Penal Juvenil mencionado *ut supra*- no resulta procedente en los términos en que fue planteada, por cuanto el derecho de defensa en juicio alegado incluye – como punto de partida- la libre elección del imputado de escoger ser asistido por un letrado de su confianza o bien por un Defensor Público Oficial si así lo desea...**” (ver punto VI de la resolución citada, el destacado no está en el original).

Concluye entonces el Fiscal General que, para satisfacer el derecho constitucional a la defensa en juicio, alcanza con notificar a los ocupantes de los inmuebles que tienen derecho a la defensa técnica, notificación que, según él, se viene realizando.

En primer lugar debe destacarse que, como hemos demostrado al desarrollar los puntos III.1 y III.2 de este escrito, el Ministerio Público Fiscal **no notifica a las personas que serán desalojadas de su derecho a contar con un abogado defensor**. No hay una sola certificación que dé cuenta de ello en las causas analizadas ni en el sistema informático. Por lo demás, ello surge también de los resultados concretos de los casos, en los que se producen los desalojos sin participación de defensor alguno. ¿Por qué motivo no habrían de designar un defensor gratuito los perjudicados por un desalojo? Como es obvio, no lo hacen porque nunca se enteran del derecho que les asiste.

El Fiscal General de la Ciudad pretende transformar el deber de garantizar el derecho de defensa en juicio que está en cabeza del Ministerio Público Fiscal, en una obligación del imputado de designar al Defensor cuando, por la dinámica de los procesos de restitución anticipada, será imposible concretar. En rigor, como veremos con más detalle en el capítulo III.3, es el Ministerio Público Fiscal quien, según el Código Procesal vigente en la Ciudad, tiene a su cargo la designación de un Defensor de oficio para el imputado en caso de que no designe Defensor antes de la realización de un acto definitivo o irreproducible. De este modo, el Fiscal **debe** designar al Defensor Público previo aviso por 3 días al imputado de que puede, si así lo quiere, designar

un abogado de su confianza. Resulta obvio que, mientras transcurre tal plazo, el Fiscal debe abstenerse de llevar a cabo el acto procesal del que se trate, esto es, la restitución anticipada del art. 335 CPPCABA (conf. Arts. 28 inc. 4º, 29 y ccdtes del Código Procesal Penal local).

Ahora bien, si el Fiscal considera que la realización de la medida es urgente, **debe designar al Defensor Público tal como lo dispone el art. 98 del CPPCABA: “...Sólo en casos de urgencia se podrá proceder sin notificación o antes del término fijado, dejándose constancia de los motivos que lo justifiquen.**

Para estos casos, se deberá intentar la comparecencia del/la Defensor/a oficial si no estuviese allí el/la defensor/a particular. Si la presencia de aquél fuera imposible, deberá dejarse constancia de los motivos que lo impidieron”. El régimen procesal penal juvenil también estipula la obligación del Fiscal de designar al Defensor técnico -en todos los casos- desde el inicio de las actuaciones (conf. Art. 37 RPPJ).

El procedimiento aprobado por el Fiscal General en su Res. FG N° 382/10, consistente en notificar a los ocupantes de un inmueble de los derechos que le asisten en cuanto a su asistencia técnica en el proceso, en modo alguno satisface las exigencias constitucionales y legales en la materia.

Pero más grave aún es que la oportunidad en la que el Fiscal General establece que se notificará a los ocupantes o imputados es absolutamente tardía.

En efecto, no resulta conducente ni eficaz -a los fines de resguardar la legalidad de los procesos de desalojos penales y el derecho a la defensa en juicio- que recién al momento de realizar el desalojo se le notifique a las personas de sus derechos, ya que el MPF realiza antes de eso actos procesales previos a ejecutar la restitución anticipada que afectan directamente a las personas involucradas; actos procesales respecto de los cuales las personas que sufrirán sus efectos tienen derecho a conocer con anticipación a su concreción, de modo de hacer viable el derecho a recurrir tales decisiones (cabe mencionar como ejemplo de ello la realización del censo previsto por la Res. FG N° 121/08, que en muchos casos es utilizado luego por el fiscal para hacer las imputaciones penales).

El Ministerio Público Fiscal incumple su deber de velar por la legalidad de los procesos desplazando su obligación de garantizar la intervención de la Defensa para ponerla en cabeza de los imputados, quienes, en general, no son identificados en los procesos de usurpación de modo previo al dictado de la orden de restitución. Es decir, que el mecanismo aprobado por el Fiscal General redundante, en la práctica, en la ausencia de defensa técnica en los procesos de usurpación.

En este punto, vale la pena preguntarse: ¿Por qué el Sr. Fiscal General es tan reticente a cumplir con una tarea tan simple y elemental como es la

notificación oportuna a la Defensa, esto es, una vez puesto en marcha el mecanismo de restitución?

¿Qué perjuicio puede significar para el proceso la temprana intervención de la Defensa?

III.3) Los derechos violados a raíz de la omisión denunciada

III.3.a) Violación al derecho de defensa en juicio y al debido proceso

La Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional garantizan a toda persona el derecho de defensa en juicio de modo amplio frente a una investigación penal. Así, el artículo 18 de la Constitución Nacional establece que “es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”. Por su parte, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece toda una serie de garantías procesales, entre las que se encuentra el derecho a ser oído por un juez, y el de ser asistido por un abogado defensor, público o privado, y concordantemente, el artículo 14 inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece como garantías mínimas la de: “...(a) ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; (b) disponer del tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un Defensor de su elección; y (d) a hallarse presente en el proceso y defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre Defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo”.

La inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta la persona, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal. El derecho de defensa en juicio es un principio tan básico que fue reconocido por nuestro Máximo Tribunal Federal desde sus orígenes. Así, ha establecido que “...en materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa. ... 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, al extremo de suplir su negligencia en la provisión de defensor, asegurando, de este modo, la realidad sustancial de la defensa en juicio (Fallos 5:459; 192:152; 237:158; 255:91 entre otros).” (CS, Fallos 311:2502).

La falta de intervención de un Defensor en un juicio por usurpación en el que se puede ordenar una restitución anticipada sobre un inmueble ocupado, afecta de modo palmario este derecho a la defensa. Así, será imposible discutir en una audiencia la procedencia de la medida, la verosimilitud del derecho y del delito, y la urgencia existente, si no se cuenta con una contraparte. Esto, impide que exista un verdadero juicio contradictorio. En palabras de la Corte Suprema, "...la garantía de defensa en juicio –en materia penal– no se reduce al otorgamiento de facultades para el ejercicio del poder de la Defensa, sino que se extiende –según los casos– a la provisión por el Estado de los medios necesarios para que el juicio al 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 del Defensor (doctrina de Fallos 237:158)." (CS, Fallos 308:1557).

Sin participación de la Defensa no puede hablarse ni de contradictorio, ni de debido proceso legal, ni más sencillamente, de legitimidad del proceso penal. Está ausente una parte fundamental del proceso, que es justamente, la posibilidad de ser oído ante un juez. Esto constituye una verdadera privación de justicia para los ocupantes y/o habitantes del inmueble o predio objeto de la restitución.

A raíz de lo argumentado por el Sr. Fiscal General habrá que hacer algunas aclaraciones, que no por evidentes son poco relevantes. Como vimos, el Fiscal General entiende que "...el punto de partida del derecho de defensa en juicio incluye la libre elección del imputado de escoger ser asistido por un letrado de su confianza o bien por un defensor público si así lo desea". Por ello, entiende, no puede más que "...hacer saber a los ocupantes del inmueble, los derechos relacionados con la asistencia técnica".

No hay que olvidar que en muchas oportunidades los fiscales disponen la restitución anticipada del inmueble antes de la formalización de la imputación del delito a alguna persona determinada. Es en estos casos que resulta en una inconstitucional privación de justicia esperar que el imputado (que no sabe que es imputado) realice su opción para ser defendido por un defensor de confianza o un defensor público.

Al respecto, Alberto Binder ha dicho que: "...el derecho de defensa está relacionado con la existencia de una imputación, y no con el grado de formalización de tal imputación. Al contrario: cuanto menor es el grado de formalización de la imputación, mayor es la necesidad de la defensa. Por lo tanto, el derecho de defensa debe ser ejercido desde el primer acto de procedimiento en sentido lato, es decir, desde el mismo momento en que la imputación existe, por vaga e informal que ésta sea. Esto incluye las etapas 'preprocesales' o policiales; vedar durante estas etapas el ejercicio del derecho de defensa es

claramente inconstitucional” (Binder, Alberto: *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ed. Ad-Hoc, 1999, p. 156.).

Y esta intervención está expresamente contemplada en el Código Procesal Penal, con una solución diametralmente opuesta a la propiciada por la Res. FG Nº 382/10. Así, como ya adelantara, el artículo 29 del Código establece que: “Si el/la imputado/a que estuviera a derecho no designara defensor o pretendiese defenderse personalmente, el/la Fiscal o el/la Juez/a podrán disponer que sea asistido por el/la Defensor/a público/a para evitar que se perjudique la eficacia de la defensa o la normal sustanciación del proceso”. De este modo, el Código recepta el principio constitucional del derecho a la defensa en juicio y establece que en caso que el imputado no eligiera defensor particular, el Fiscal o el Juez podrán designar al Defensor público.

El párrafo siguiente del citado artículo 29 es aún más claro, y ya no facultativo sino imperativo sobre la designación del defensor oficial para los casos de actos definitivos o irreproducibles, como son las restituciones anticipadas. Dice: “El/la Fiscal al momento de notificarlo/a del decreto de determinación de los hechos o cuando fuere necesario para la realización de un acto definitivo o irreproducible, lo/a invitará a que elija defensor/a dentro de un plazo no mayor a tres (3) días, **bajo apercibimiento de designarle de oficio un/a Defensor/a Oficial**” (el destacado es propio). Es decir, el código establece que no simplemente se le notificará su derecho a designar defensor (Art. 28 inc. 4º), sino que se le designará un defensor de oficio en caso de que no elija defensor antes de la realización de un acto definitivo o irreproducible. Habrá que tener en cuenta que una restitución anticipada si bien podría no llegar a ser definitivo (aunque en los hechos así sea) sin dudas sí es un hecho irreproducible: comienza a generar efectos irremediables desde el momento en que se lleva adelante, ya que los ocupantes estarán fuera del inmueble o predio en que habitaban por los días o por el tiempo que dure la medida, o para siempre.

Para estos supuestos –actos irreproducibles–, en los que el Fiscal alegara suma urgencia (como lo hacen en reiteradas ocasiones), el Código Procesal local es muy claro en punto al deber del Fiscal de convocar a la Defensa Pública para estar presente en la realización del acto, como así de su deber de dejar debida constancia de haber intentado su convocatoria en caso de que fracasara (conf. Art. 98 CPPCABA).

Por su parte, el Art. 30 del CPPCABA establece que mientras el Defensor particular analiza la causa para ver si acepta o no el cargo, se podrá “designar o mantener al Defensor oficial”. De este modo, vemos que es absolutamente falso que habrá que esperar a que el imputado designe Defensor Público o de confianza para que ejerza su derecho de defensa. El Código establece para estos casos urgentes la presencia del Defensor Oficial, y es lo que reclamé mediante

la Res. DG N° 210/09. Es la realización de la restitución anticipada sin participación de la defensa lo que priva de justicia a los ocupantes del inmueble, y precisamente es a dicha privación de justicia a la que pretendemos que el Tribunal Superior le ponga fin mediante la pertinente decisión.

Nuestra petición descansa, por sobre todo, en lo establecido constitucionalmente. El artículo 8.2.e de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que es un “derecho irrenunciable” el ser asistido por un Defensor. Así, la Corte Interamericana ha interpretado que: “...en los casos en los cuales [el imputado] no se defiende a sí mismo o no nombra Defensor dentro del plazo establecido por la ley, tiene el derecho de que el Estado le proporcione uno, que será remunerado o no según lo establezca la legislación interna...” (Corte IDH, Opinión Consultiva 11/90, del 10/10/90, numeral 25). De este modo, cuando el imputado no haya propuesto Defensor, por desinterés o indigencia, el Estado tiene el deber de proveerle uno. Cafferata Nores ha considerado que esta obligación de hacer impuesta al Estado debe ser “...motivo de especial atención y cumplida con particular preocupación, frente al nuevo modelo procesal acusatorio, que impide a los jueces intervenir en la actividad probatoria” (Cafferata Nores, “*Proceso Penal y Derechos Humanos*”, Ed. Del Puerto, 2000, p.117). Julio Maier lo expone de un modo similar: “... la facultad de indicar al Defensor que lo asistirá jurídicamente -quien, por esa razón, es mencionado como de confianza- le corresponde, en primer lugar al imputado; el tribunal o funcionario judicial que conoce el caso sólo tiene una facultad de control que recae sobre los requisitos exigidos por la ley... Pero si él no ejerce ese derecho u opta por ejercer él mismo su Defensa técnica en perjuicio de su eficacia, la necesidad de dotarlo de un Defensor, antes explicada, justifica el nombramiento del Defensor por el mismo tribunal –de oficio, en la oportunidades prefijadas por la ley – y la organización de la llamada defensa pública para responder a esa necesidad en un número considerable de casos. El ejercicio de esta autoridad por el tribunal no perjudica, de manera alguna, a la facultad del imputado para designar Defensor de confianza y reemplazar al designado de oficio, en cualquier momento del procedimiento” (Maier, Julio; *Derecho Procesal Penal*. Del Puerto, 2004, T. 2, p. 261-262).

Como advertirán entonces los integrantes del Tribunal Superior, resulta en una seria e inconstitucional privación de justicia que el Estado pretenda – a través del Ministerio Público Fiscal- vulnerar la defensa en juicio y la participación del Ministerio Público de la Defensa sosteniendo que es el imputado quien debe realizar su opción entre un Defensor de confianza o uno público. Un punto adicional puede ser necesario para clarificar el tipo de medida que constituye la restitución anticipada. Su eficacia no depende del secreto, sino todo

lo contrario. El artículo 98 del Código Procesal local establece que se deberá comunicar todo acto definitivo o irreproducible a la Defensa, y en su caso a la Defensa oficial sino es hallada la defensa particular, excepto los “registros domiciliarios”. Si bien para ejecutar un registro domiciliario como para ejecutar una restitución anticipada es necesaria una orden de allanamiento, hay que señalar que son actos diferentes con objetivos diferentes. Si un registro de morada es conocida por el ocupante, podría argumentarse que pretenderá destruir u ocultar los elementos que se busca secuestrar. Por ello, es aceptable que no se entere el imputado ni su Defensor que el Fiscal ejecutará esta medida. En cambio, el allanamiento para ejecutar una restitución anticipada pretende expulsar a los ocupantes. En nada cambia la eficacia de la medida si los ocupantes saben que pretenderán desalojarlos por la fuerza.

Al mismo tiempo, la normativa internacional impone dar a conocer la fecha del desalojo a los ocupantes, y evitar por todos los medios posibles la realización de un desalojo violento. La Observación General N° 7 d el Comité DESC de las Naciones Unidas -vinculante para nuestro país por ser parte “de las condiciones de vigencia” del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ver CSJN, caso “Aquino”, Fallos 327:3753)- establece que se deberá consultar con los afectados las posibles alternativas (numeral 13 y 15) evitando el uso de violencia innecesario.

El Código Procesal local también establece que todas las medidas cautelares en el proceso penal se adoptarán en audiencia con el imputado y su Defensa técnica presentes, luego de la intimación del hecho (Art. 177). De este modo, ya sea que se considere que la restitución anticipada constituye una medida cautelar, o un auto definitivo o irreparable del artículo 98 del CPPCABA, no hay ninguna razón por la cuál no comunicar al Defensor sobre la realización de esta medida. Todo lo contrario, es lo que manda la Constitución Nacional.

Por último, más que pertinente resulta citar un precedente del Tribunal Superior de la Ciudad, en el que tuvieron ocasión de pronunciarse respecto del alcance del derecho a la defensa en juicio en el marco de un proceso por el delito de usurpación con restitución anticipada de inmuebles: “...La satisfacción de la pretensión del damnificado naturalmente tendrá impacto social sobre el conjunto de personas, mayores o menores de edad, que ocupan de manera ilegítima el inmueble usurpado – impacto que será mucho mayor para quien sea enjuiciado o eventualmente condenado por el delito en cuestión-, pero ello no implica que cualquier Defensa pueda ser opuesta o ventilada durante el trámite del proceso penal sustanciado ante el fuero con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas, **pues en éste caso sólo puede tener cabida la Defensa material para refutar la imputación concreta o, por caso, la discusión sobre la procedencia o improcedencia de la me-**

medida de restitución – cuando se encuentre controvertida la verosimilitud del derecho real sobre el bien-...” (TSJ, Expte. N° 6895/09 “Ministerio Público –Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: “N.N. (Yerbal 2635) s/inf. Art. 181 inc. 3, CP- inconstitucionalidad”; fallo del 12/07/2010, voto de la Jueza Ana María Conde).

Más allá de lo decidido en el precedente citado en lo que se refirió al fondo de la cuestión, resulta de toda aplicación a nuestra denuncia la afirmación arriba transcripta en punto a la plena vigencia del derecho a la defensa en juicio en estos procedimientos de restitución. Así, las personas que van a padecer el desalojo forzoso como medio para obtener la restitución del inmueble, deben contar con asistencia letrada para poder resistir la medida y discutir si están o no verificados los extremos legales en el caso. Resulta obvio que, para que tal Defensa material sea posible, el Defensor técnico tiene que tomar conocimiento oportuno de la petición del Fiscal, tiene que poder entrevistarse con las/los imputadas/os en condiciones que viabilicen la confidencialidad, para poder así expresar las argumentaciones de hecho y de derecho que pudieren contribuir a su situación procesal.

Agrega luego la Jueza Conde: “...Conviene tener muy presente que en la órbita de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- aún en el supuesto de que los menores de edad resulten imputados por el delito que se investiga- la Defensa técnica se encuentra a cargo del Ministerio Público de la Defensa o de los defensores de confianza que las personas sometidas a proceso designan (Arts. 29 CPP, o 37 RPPJ)...” (conf. TSJ, fallo citado, voto Jueza Ana María Conde).

No caben dudas entonces que, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Ministerio Público de la Defensa a mi cargo tiene el deber de velar por los derechos constitucionales de aquellas personas que no pueden, o no quieren, designar un abogado de su confianza que lo asista en el proceso penal.

III.3.b) Afectación del derecho al recurso y la doble instancia

La falta de intervención de la Defensa de modo previo a la restitución anticipada no sólo pone en jaque la vigencia de la defensa en juicio y el debido proceso, constituyendo una privación de justicia para los ocupantes del inmueble, sino que además vulnera el derecho al recurso y a la doble instancia ante las decisiones que afectan gravemente derechos. La restitución anticipada establecida por el artículo 335 del CPPCABA puede producir un desalojo de los ocupantes de un inmueble con efectos permanentes.

Esto es evidente en los casos en los que luego de la restitución se demuelen las construcciones existentes (como fue el caso relatado de la villa 21-24); pero

también puede responder a que los ocupantes no puedan ejercer un derecho real más fuerte que el del denunciante, o, incluso, cuando resultaren absueltos por el delito y/o la investigación sea archivada. Esta medida permite generar controversia de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 336 CPPCABA, y la decisión del juez de garantías será apelable, de acuerdo al artículo 267 del mismo código. Y, en virtud del artículo 270, esta apelación tendrá efecto suspensivo hasta que el tribunal de alzada revise la decisión adoptada.

La Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad, por unanimidad de sus integrantes, dispuso a través de la Acordada 4/09 que el recurso de apelación tendrá efectos suspensivos cuando se recurre la medida de restitución anticipada. Así, el 27 de octubre de 2009, se acordó que; “Los señores Jueces disponen por unanimidad que a los efectos de asegurar el derecho de defensa en juicio y en el caso particular cuando los jueces de primera instancia dispongan la medida cautelar del Art. 335 del CPPCABA *in fine* y la misma sea apelada, el recurso tiene efecto suspensivo”.

Empero, la omisión por parte del Ministerio Público Fiscal de designar al Defensor de los ocupantes, de modo previo a ejecutar la restitución anticipada, los privará del derecho al doble conforme frente a esta decisión. Una vez realizada la restitución la apelación será abstracta, y al mismo tiempo, será imposible volver atrás sus efectos.

Será por ello una decisión equiparable a definitiva de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre medidas cautelares en materia penal. En la causa “Nardella” (Fallos 327:5048), la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que: “...La decisión que restringe la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa se equipara a una sentencia definitiva en los términos del Art. 14 de la ley 48, ya que podría ocasionar un perjuicio de imposible reparación ulterior al afectar un derecho que exige tutela inmediata”. Algo similar consideró en “Di Nunzio” (Fallos 328:1108): “...Las resoluciones que privan la libertad personal del imputado con anterioridad al dictado de una condena, si bien no son definitivas en sentido estricto, puesto que no ponen fin al juicio, resultan equiparables ya que ocasionan un gravamen de imposible o tardía reparación ulterior y por lo tanto requieren tutela inmediata.”

Los precedentes citados son aplicables en materia de restituciones anticipadas en los casos de usurpación. Así, en el caso “Fiscal c. Vila” (Fallos 319:2325), la Corte Suprema estableció: “...Que, de conformidad con conocida jurisprudencia de este Tribunal, las resoluciones sobre medidas cautelares, sea que las ordenen, modifiquen o levanten, no revisten -en principio- carácter de sentencias definitivas en los términos del art. 14 de la ley 48 para la procedencia del recurso extraordinario (confr. Fallos: 238:434; 244:530; 286:240 y 307:1132). Sin embargo,

tal doctrina cede en los supuestos en que aquéllas causen un agravio que, por su magnitud y las circunstancias de hecho, pueda ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior (confr. Fallos: 308:90, entre otros).”

De este modo vemos que una medida que hace lugar a una restitución anticipada es equiparable a sentencia definitiva que habilita la interposición de un recurso para que sea el tribunal superior quien revise esta decisión. Esto es una consecuencia directa del derecho al doble conforme de raigambre constitucional.

El artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que toda persona inculpada de un delito, durante el proceso, tiene “derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior”. Concordantemente, el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que toda “persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior...”.

Al interpretar el alcance de este derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso del “Tribunal Constitucional de Perú”, dijo que: “...Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos” (Sentencia del 31 de enero de 2001, numeral 69).

Por su parte, la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, ante una petición contra nuestro país, dijo que: “...262. De lo expuesto surge que el derecho previsto en el artículo 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.” (caso “Abella” 11.137, informe 55/97, CIDH/OEA/ser/L/V/II.97).

Con estas bases, nuestro máximo tribunal garantizó un derecho al recurso bajo el criterio del máximo rendimiento (caso “Casal”, Fallos 328:339), extendió estas garantías a la fijación de la pena (caso “Reinoso”, Fallos 329:518), a los procesos de faltas (caso “Marchal”, Fallos 330:1427) y a las sanciones durante la ejecución de la pena (caso “Romero Cacharane”, Fallos 327:388). En este último caso, reconoció, expresamente que “el derecho previsto en el artículo 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**” (“Romero Cacharane, considerando 20, el destacado está en el original).

La restitución anticipada de un inmueble -decisión equiparable a sentencia definitiva para ser revisada extraordinariamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Tribunal Superior de Justicia local (caso “Marchal”,

citado)- es un auto procesal importante, en la terminología de la Corte Suprema y la Comisión Interamericana, por lo que existe un derecho federal a la revisión de la decisión ante una instancia superior.

La Corte Suprema ya ha anulado numerosos fallos por la ausencia de una defensa eficaz al momento de fundar el recurso que permitirá el doble conforme (“Nuñez” Fallos 327:509, “Nacheri”, Fallos 332:1095). Mucho peor aún si por decisión del Fiscal, esta Defensa es omitida deliberadamente en el proceso.

A su vez, la posibilidad de impugnar la restitución anticipada es lo que establece el Código Procesal Penal de la Ciudad, y lo que dispuso la Cámara de Apelaciones del Fuero, en pleno. Sin embargo, la ausencia de intervención de una Defensa técnica, de modo previo a la ejecución de la medida, frustra este derecho constitucional. La decisión de la Fiscalía General, de no dar intervención a la Defensa de modo previo a la restitución, resulta, de este modo, inconstitucional y priva de justicia a los ocupantes del inmueble.

III.3.c) Violación a la paridad de armas

La mera existencia de un Defensor no suele ser suficiente por sí sola para asegurar la pretendida “paridad de armas” característica del sistema acusatorio, pues sólo proporciona una posibilidad formal de igualdad, no siempre expresada como tal en la realidad. Por el contrario, tal paridad requerirá una actividad profesional diligente y eficaz del Defensor: se ha llegado al extremo de pensar, si así no ocurriera, en un abandono implícito de la Defensa, con la posibilidad de sustitución del abogado y la eventual nulidad de los actos procesales cumplidos (Ver Cafferata Nores, citado, p.118).

Es seguro que la falta de intervención de la Defensa de modo previo a la restitución anticipada vulnera este principio de igualdad de armas establecido constitucionalmente.

El principio tiene por fin garantizar, en la mayor medida posible, un proceso de partes, dotando al imputado -aún de manera parcial- de facultades equivalentes a las de los órganos de persecución penal, con posibilidades parejas a las del acusador (ver Maier, Julio: *Derecho Procesal Penal*, Ed. del Puerto, 2004, T.1, p. 578).

Concordantemente, “...una de las formas de propender a la equiparación de posiciones entre acusador y acusado es, sin duda, el erigir a la Defensa técnica en un presupuesto de validez del procedimiento y, en fin, de la sentencia... De allí que resulte necesario que un letrado -al menos-, asista como Defensor al imputado, cuando él no posee conocimientos jurídicos suficientes o, aún poseyéndolos, no puede ponerlos en práctica con idoneidad” (conf., Maier, Julio, ob. citada, p. 583).

Y es así que la vigencia de este derecho no puede depender de la voluntad del imputado. Continúa Maier explicando que: "...El Defensor no es tan sólo un asistente técnico del imputado, sino, antes bien, un verdadero sujeto del procedimiento penal, que, por lo general, ejerce facultades autónomas, sin depender de la voluntad del imputado, y cuya actividad responde siempre a un interés parcial, la defensa del imputado.

Sólo dentro del sistema que no contempla el interés de las personas individuales como elemento importante para la imposición de una pena, el Defensor representa un instrumento idóneo para la realización del ideal de equiparar las posibilidades entre el acusador y su acusado, en miras a una decisión judicial. ¿Qué sería, de otra manera, del imputado que no se quiere defender o del que se quiere defender de manera incorrecta cuando esa voluntad expresada no resulta de importancia para la aplicación de una pena estatal? (Maier, Julio; ob. citada, p. 584).

De este modo, para garantizar la igualdad de armas en el proceso penal debe ser designado un Defensor para el imputado, aún antes de formalizada la imputación, y en todos los casos antes de la realización de algún acto importante, definitivo o irreproducible, para que el proceso sea legítimo. Constitucionalmente, no es legítima la ejecución de una restitución anticipada sin participación previa de la Defensa técnica. Omitir dicha designación priva de justicia a los imputados.

III.3.d) Violación del derecho al acceso a la justicia

La falta de intervención de la Defensa de modo previo a la restitución anticipada también vulnera el derecho de los imputados de ser oídos por un juez imparcial, y de este modo, su garantía de acceso a la justicia. Para que este derecho pueda ser ejercido será necesaria la realización de una audiencia de modo previo a la decisión: "...El derecho a ser oído alcanza su expresión real en la audiencia del imputado ante el tribunal. La audiencia del imputado no sólo se debe procurar en relación a la sentencia final sino también en orden a las decisiones interlocutorias que conforman la situación del imputado durante el procedimiento" (Maier, Julio; ob. citada, p. 562).

A raíz de ello es que el Código Procesal Penal local establece que la decisión de las medidas cautelares deberá adoptarse en audiencia, con el acusador y el acusado, junto a su Defensa técnica (Arts. 173 y 177 CPPCABA). Consecuentemente, si se considerase que la restitución anticipada del art. 335 del CPP-CABA constituye una medida cautelar, ante la petición del Fiscal de la orden de allanamiento y desalojo, el Juez debe decidir en audiencia, con el imputado presente junto a su Defensor. Si se considerase, en cambio, que la restitución

es una medida definitiva o irreproducible, de todos modos deberá realizarse garantizando la presencia del Defensor técnico – particular o público- (Art. 98 CPPCABA). Asimismo, si no se hubiera designado Defensor de confianza en el plazo de 3 días, luego de cursar la intimación pertinente, deberá ser designado el Defensor Público (Art. 29 CPPCABA). Es ésta la única forma de garantizar el derecho constitucional a la Defensa, y es precisamente lo que omite hacer el Ministerio Público Fiscal.

La falta de audiencia a la que el imputado tiene derecho conduce a la ineficacia absoluta de la resolución judicial en relación a la cual se concede el derecho de audiencia, cuando ella perjudica al imputado (Maier, Julio; ob. citada p. 567). En consecuencia, todos los hombres, mujeres, niñas y niños que han sufrido los desalojos impuestos por decisión y/o petición del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad, han visto cercenado su derecho al acceso a la justicia, en los términos del propio Tribunal Superior de la Ciudad, es decir, acceso a una justicia oportuna y eficaz.

Las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad” -que han sido receptadas por el Tribunal Superior local en su Res. TSJ N° 30/2010-, tienen por finalidad “...garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial” (conf. Cap. I, Sección 1.1.).

A su vez, en la Sección 2º, las “100 Reglas” establecen las causas o condiciones de vulnerabilidad, nombrando, entre otras, las relativas a la edad, la migración, el género y la pobreza.

Resulta evidente que la gran mayoría de las personas que han padecido los desalojos forzosos sin defensa en la Ciudad están alcanzadas por una o varias de estas causas de vulnerabilidad. No conocemos, de hecho, ningún caso de desalojo sin defensa que se haya concretado en perjuicio de personas de alto nivel económico y/o cultural, sin perjuicio existan casos en trámite (conf. Expte. N° 38475-01-02-03-05-06-08, Autos: “Incidente de apelación en Autos ‘Ardissonne, Guillermo y Otros s/ infr. LN 14.346 y Infr. Art.181 inc. 3 CP”, Cámara de Apelaciones CPyF, Sala III, 29-03-2009).

En punto a la migración como causa de vulnerabilidad, basta recordar que las tres personas que murieron durante el desalojo del Parque Indoamericano, eran migrantes de Bolivia y Paraguay.

Nadie puede “querer” realmente vivir en la vera de las vías del ferrocarril, o en un parque sin agua ni luz ni techo; es la exclusión social la que lleva a las personas a vivir en estas condiciones. A esta situación de por sí crítica, el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad suma la persecución penal sin defensa técnica.

En lo que se refiere específicamente al derecho de Defensa, las “100 Reglas” estipulan en su Sección 2º titulada “Asistencia legal y defensa pública” que: “(28)Se constata la relevancia del asesoramiento técnico-jurídico para la efectividad de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad: en el ámbito de la asistencia legal, es decir, la consulta jurídica sobre toda cuestión susceptible de afectar los derechos o intereses legítimos de la persona en condición de vulnerabilidad, incluso cuando aún no se ha iniciado un proceso judicial; en el ámbito de la Defensa, para defender derechos en el proceso ante todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales”.

Destacan así las reglas citadas la importancia y eficacia de la asistencia técnico-jurídica en punto a la efectividad de los derechos de las personas en condiciones de vulnerabilidad, previendo un concepto amplísimo de derecho de defensa tanto extra judicial como judicial.

La omisión denunciada en este caso violenta directamente estas directivas de las “100 Reglas de Brasilia”, a pesar de que el Fiscal General de la Ciudad haya dictado recientemente la Res. FG Nº 6/11 elogiándolas (se acompaña como “Documento 13”).

Precisamente en la resolución recién citada, el Sr. Fiscal General tiene presentes las conclusiones del “II Encuentro Análisis de las 100 Reglas de Brasilia por las instituciones del sistema de justicia de Brasil, Argentina, Uruguay, Paraguay y Chile: acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad”, celebrado en Buenos Aires durante el mes de octubre de 2010 y coorganizado por el Tribunal Superior de Justicia y la Fiscalía General. En el ámbito de la Comisión de Vivienda se concluyó: “Compartiendo y ampliando las directrices propuestas en la “Carta de Río” 2009, cuya vigencia ratificamos; nos comprometemos a: Incluir dentro de los grupos vulnerables (Regla Nº3), en lo que se refiere al derecho a la vivienda, a la población sin techo y a aquellos que viven en barrios sin regularización o no urbanizados; 1. Garantizar un efectivo acceso a la justicia de los grupos vulnerables individual y colectivamente en los casos que afecta el derecho a la vivienda, instando a realizar un abordaje integral de la conflictividad con la intervención de los distintos organismos estatales. 2. Considerar el principio de función social de la propiedad para la resolución de los conflictos en materia de vivienda. **3. Recomendar que, en aquellos casos en donde se identifique un conflicto de vivienda que afecten a grupos en situación de vulnerabilidad, debería evitarse la vía criminal en tanto ésta pueda agravar esta condición”.**

Sería deseable entonces que el Ministerio Público Fiscal hiciera verdaderamente honor a las “100 Reglas” y a las conclusiones que se consensúan en los diversos eventos organizados en relación a ellas, durante la práctica cotidiana de su labor, y que se vieran reflejadas también en resoluciones del Sr. Fiscal

General que se transformen en verdaderas herramientas de protección de derechos de las personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad. Con profunda grima debo expresar que eso no ha ocurrido hasta ahora.

III.4) Las razones que impiden acudir por ineficacia a otra vía procesal

La falta de designación del Defensor técnico de modo previo a la realización de la restitución anticipada impide a los imputados ejercer sus derechos de defensa, al recurso, y en última instancia, el de acceder a un tribunal de justicia, en situación de igualdad de armas con el acusador, para que se pronuncie sobre el alcance de sus derechos; impidiendo entonces que exista un verdadero acceso a la justicia en tiempo oportuno.

En tal sentido, la vulneración de derechos denunciada sólo puede ser evitada mediante la intervención del Tribunal Superior de la Ciudad, en pleno ejercicio de la competencia originaria y exclusiva que le atribuye la Constitución local para entender en los casos de privación de justicia. Como se ha demostrado, el trámite que el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad le imprime a los procesos de desalojo por aplicación del Art. 335 del CPPCA-BA, torna inviable e ineficaz la interposición de planteos y recursos en cada caso, no existiendo entonces otra vía procesal eficaz para lograr la protección de derechos buscada.

Cualquier planteo o recurso que pudiera interponerse en la causa una vez consumado el desalojo, será tardío e ineficaz en punto a garantizar los derechos de las personas que padecen la medida de restitución anticipada, pues en ningún caso se logrará retrotraer los efectos de un acto de naturaleza irreproducible. Es por ello que recurrimos ante el máximo Tribunal local solicitando que se ponga fin a la grave situación que se denuncia.

IV. LEGITIMACIÓN

La legitimación del suscripto para presentar esta denuncia surge del artículo 17 inciso 7º de la Ley 1903 que establece claramente que es competencia del Ministerio Público: "...Defender la jurisdicción y competencia de los tribunales, asegurar la normal prestación de la función judicial y velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal". Esto es justamente lo que se pretende al interponer la presente denuncia pues un proceso penal que no garantiza el derecho de defensa, el derecho al recurso, la paridad de armas y el acceso a la justicia, sin dudas no constituye "el efectivo cumplimiento del debido proceso legal". Y más aún cuando esto no es un hecho aislado, o se produce sólo en

una causa puntual, sino que se trata de una práctica sostenida por el Ministerio Público Fiscal amparada y convalidada por la Res. FG N° 382/10.

Más específicamente, la intervención del Ministerio Público en los procesos en los que se denuncia denegación de justicia está establecida en el inciso 5° del citado artículo 17 de la Ley 1903: “Intervenir en los procesos en que se cuestione la validez constitucional de normas jurídicas de cualquier jerarquía, **y en los que se alegare privación de justicia**”.

Sobre la base de lo expuesto, consideramos que le corresponde al Ministerio Público de la Defensa realizar esta denuncia ante el Tribunal Superior de Justicia cuya competencia originaria está expresamente prevista en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

V. PRUEBA

Se acompaña la siguiente documentación:

Documento 1: Res. FG N° 121/08;

Documento 2: Res. Conjunta DG N° 210/09 y AGT N° 172/09;

Documento 3: Nota firmada por el CELS y ACIJ de fecha 14 de octubre de 2009;

Documento 4: Ac. DG 7016;

Documento 5: Res. DG N° 104/2009;

Documento 6: Nota dirigida al Fiscal General de fecha 19 de marzo de 2010;

Documento 7: Ac. DG N° 5380;

Documento 8: Causa “Parque Indoamericano”

Documento 9: Res. DG N° 155/10;

Documento 10: Res. FG N° 382/10;

Documento 11: Informe de la Secretaría de Planificación Estratégica y Acceso a la Justicia de la Defensoría General;

Documento 12: Causa Villa 21/24;

Documento 13: Res. FG N° 6/11.

VI. DERECHO

El derecho en que se funda la presente denuncia está regulado en los artículos 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 14 inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 12 inciso 6, 13 inciso 3, 113 inciso 4 y 125 de la Constitución de la Ciudad, y las leyes 2303, 2451, 1903 y 402 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

VII. FORMULA RESERVAS

Atento el tenor de lo aquí denunciado y del alcance de las garantías constitucionales en juego, introduzco la cuestión federal, y hago expresa reserva de ocurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los términos de la Ley 48, y, en caso de ser necesario, de hacerlo ante los organismos internacionales creados por los pactos de jerarquía constitucional.

VIII. AUTORIZACIONES

A los fines de que puedan compulsar el expediente, solicitar la extracción de copias y participar en las audiencias que el Tribunal Superior pudiere fijar, autorizo expresamente a los Dres. Alejandro Slokar, Bettina Paula Castorino, Israel Pedro Galín, Demián Zayat y Victoria Ricciardi para intervenir en el presente caso.

IX. PETITORIO

Sobre la base de todo lo hasta aquí expuesto, al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires solicito:

1. Que dé trámite a la presente denuncia;
2. Que pida informes a la Fiscalía General de la Ciudad, conf. art. 37 inc. "b" de la Ley Nº 402;
3. Que declare que se verifica en el caso la privación de justicia y la vulneración de derechos constitucionales según se denuncia;
4. Finalmente, y en consecuencia, que ordene al Sr. Fiscal General de la Ciudad que arbitre las medidas necesarias y conducentes para que los Fiscales que actúan ante el Fuero en lo Penal, Contravencional y de Faltas –de cualquier instancia- den la debida y oportuna intervención a la Defensa Técnica – particular o Pública- en los casos en que decidan aplicar y/o solicitar la aplicación del mecanismo de restitución anticipada de inmuebles previsto por el art.335 del CPPCABA; estableciendo como "momento oportuno" para la mencionada intervención la primera decisión o petición de parte del Fiscal –cualquiera sea su alcance o contenido- que implique la puesta en marcha del mecanismo procesal previsto por el Art. 335 del CPPCABA.
5. Tenga por introducida la cuestión federal.

**Proveer de conformidad
Será Justicia**

Expte. N° 7892 – “Defensor General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por retardo, privación o denegación de justicia. Buenos Aires, 2 de marzo de 2011. Visto: el expediente citado en el epígrafe, resulta:

A fs. 1/23 se presenta el Dr. Mario Jaime Kestelboim en su carácter de Defensor General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y presenta “denuncia de privación de justicia en los términos del art. 113, inc. 4 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y de los arts. 36 y 37 de la ley 402, en relación a la reiterada y generalizada omisión en la que incurre el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de dar intervención oportuna a la Defensa Técnica -particular o pública- cuando dispone y/o solicita la aplicación del procedimiento de restitución anticipada de inmuebles previsto por el art. 335 del Código Procesal penal local, en el marco de los procesos abiertos por la investigación del delito de usurpación previsto por el art. 181 del Código Penal.”

Seguidamente se expone sobre los fundamentos de su presentación y, en concreto, pide que “se declare que se verifica en el caso la privación de justicia y la vulneración de derechos constitucionales según se denuncia” y que se “ordene al Sr. Fiscal General de la Ciudad que arbitre las medidas necesarias y conducentes para que los Fiscales que actúan ante el Fuero en lo Penal, Contravencional y de faltas -de cualquier instancia- den debida y oportuna intervención a la Defensa Técnica -particular o pública- en los casos en que decidan aplicar y/o solicitar la aplicación del mecanismo de restitución anticipada de inmueble previsto por el art. 335 del CPPCABA; estableciendo como ‘momento oportuno’ para la mencionada intervención la primera decisión o petición de parte del Fiscal -cualquiera sea su alcance o contenido- que implique la puesta en marcha del mecanismo procesal previsto por el art. 335 del CPPCABA”.

Fundamentos:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La presentación en examen no satisface los requisitos del instituto en la que ha sido encuadrada por el Sr. Defensor General, ni tampoco - bajo los términos y fundamentos jurídicos empleados- halla cauce en ninguna otra de las acciones del art. 113 de la CCABA que habilitan la competencia originaria del Tribunal, razón por la cual habrá de ser rechazada in limine.

2. Ello es así, en primer lugar, porque el instituto de la denuncia por privación, denegación o retardo de justicia sólo puede operar, conforme al principio general que regula la actuación de nuestro sistema de administración de justicia, en el marco de un caso, causa o controversia, tal como se desprende del art. 2 de la ley n° 27 y la copiosa jurisprudencia de la CSJN en tal sentido.

En el sub judice no sólo no hay un caso, sino que el señor Defensor General pretende del Tribunal el dictado de una decisión de alcance general que también excede sus facultades (cf. este Tribunal in re “Martínez Ponce Arturo René y otros c/ Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires s/ queja por retardo, privación o denegación de justicia, expte. n° 3603/04, del 10 de diciembre de 2004).

3. En segundo lugar porque, particularmente en lo que atañe a los requisitos del art. 36 de la ley n° 402, no hay órgano jurisdiccional imputado. Se denuncia al Sr. Fiscal General que carece de tal naturaleza jurídica que sólo corresponde a los jueces y tribunales que poseen la iurisdictio, es decir la potestad de decir el derecho.

4. Finalmente en tercer lugar, porque —como ya se adelantó— el planteo del Sr. Fiscal General no puede ser canalizado por ninguno de los institutos previstos en los incisos, 1°, 2° y 6° de l art. 113, CCABA, que habilitan la competencia originaria del Tribunal.

Los jueces José Osvaldo Casás y Luis Francisco Lozano dijeron:

El presentante no muestra que un órgano jurisdiccional de la Ciudad de Buenos Aires, por su acción u omisión, haya desatendido una presentación o petición que las normas de rito o la CCABA obliguen a resolver, requisito indispensable para que se configure una privación, denegación o retardo de justicia en los términos del art. 113, inc.4, de la CCABA. Por el contrario, en las presentes actuaciones se pretende que este Tribunal realice un control en abstracto de las conductas asumidas por el Ministerio Público Fiscal y le ordene actuar en determinado sentido con carácter general, lo que implicaría controlar a dicho organismo con un alcance que excede lo que corresponde hacer a los jueces.

Por las razones expuestas, votamos por rechazar in limine la presentación de fs. 1/23.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

La presentación de fs. 1/23 no encuadra en el supuesto de privación de justicia regulado por el inc. 4 del art. 113 de la CCABA por lo que debe ser rechazada. La misma no refiere a una acción u omisión concreta en el marco de una causa o litigio, sino que persigue -sin perjuicio de la gravedad de la situación que describe- una declaración en abstracto del Tribunal. Así lo voto.

Por ello,

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:**

1° Rechazar in limine la presentación de fs. 1/23.

2° Mandar que se registre, se notifique y se archive.

Firmado: Lozano – Ruiz – Casás - Conde

Agenda



Niño entre autos . marzo 2011

Año 1
NÚMERO 1
MARZO
DE 2011

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PÚBLICA

PUBLICACIONES

EL CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS):



1. Mujeres en prisión. Los alcances del castigo.

Es el resultado de una investigación realizada por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación y la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN), que revela la composición de la población femenina alojada en unidades federales y analiza sus condiciones de detención con un enfoque de género y derechos humanos.

Los datos obtenidos indican que las mujeres encarceladas pertenecen a los sectores más vulnerables de la sociedad. El 86% de las reclusas encuestadas son madres, en su mayoría jefas de hogares monoparentales al momento de la detención, y el 80% se encuentran detenidas por primera vez. Además, el trabajo demuestra que existe una desproporción entre el daño social de los delitos por los que fueron encarceladas y el castigo al que son sometidas, en especial por las consecuencias que genera el encierro para ellas y sus familias.

La pena de prisión tiene distintas implicancias para varones y mujeres. Sin embargo, los sistemas judiciales penitenciarios desconocen ese impacto diferenciado. Este libro convoca a discutir sobre la necesidad de implementar políticas criminales con perspectiva de género y propone alternativas al encarcelamiento como única respuesta del Estado.

Mujeres en prisión. Los alcances del castigo.

Jueves 21 de abril, a las 20 horas
Sala ADOLFO BIOY CASARES, Feria del Libro.

2. Informe Anual 2011.

Esta decimosexta edición del Informe Anual sobre la situación de los Derechos Humanos en Argentina que el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) pone a disposición de la sociedad subraya la importancia de los avances logrados a lo largo de los últimos años, pero también advierte sobre algunas deudas históricas del Estado democrático.

La transición hacia una democracia con mayor solidez institucional y menores niveles de desigualdad involucra cuestiones centrales como garantizar la seguridad ciudadana; eliminar la tortura; mejorar las condiciones de detención para las personas privadas de libertad; democratizar el debate público y el acceso a los medios de comunicación; desterrar la discriminación por motivos sexuales, étnicos o de cualquier otro tipo; asegurar un ejercicio efectivo del derecho a la salud, a la educación y a la vivienda, y mejorar la calidad de vida de los sectores más desfavorecidos, entre muchas otras.

Este Informe 2011 pone el foco, una vez más, en la denuncia de las inequidades que aún persisten. Pero aporta también propuestas inclusivas con una amplia base de sustento político y social. Ese modo de construcción, que ha distinguido al movimiento de derechos humanos desde su origen, hoy vuelve a ponerse en juego para la defensa de los valores democráticos y la construcción de una sociedad más igualitaria.

Informe Anual 2011. Los derechos humanos en Argentina.

Jueves 5 de mayo, 18.30 horas

Sala LEOPOLDO LUGONES, Feria del Libro

Para más información:

www.cels.org.ar



SEMINARIOS, CONGRESOS, EVENTOS

Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Sociales y Penales (INECIP):

. Seminario Regional: Perspectivas para la reforma penal.

Organizado por INECIP, UNIDOS POR LA JUSTICIA Y REDEX, tendrá como objetivo principal discutir, a partir de ejes temáticos predeterminados, la viabilidad de la reforma federal en el contexto regional. En dicha actividad, también se llevará a cabo un simulacro de juicio por jurados, en el que se simulará el juicio del Estado contra Josefa González, sobre homicidio calificado por el vínculo. El juicio será realizado ante el juez director del debate, el fiscal acusador, y la imputada con su defensor. La decisión final y el veredicto, serán tomadas por doce ciudadanos, vecinos de la ciudad de Bariloche.

Seminario Regional. Perspectivas para la reforma penal.
28 y 29 de abril, Bariloche, Río Negro.

. Congreso Nacional sobre el Código Contravencional, de Faltas y de Convivencia.

Organizado enteramente por el INECIP, se llevará a cabo en la Facultad de Derecho de la ciudad de Córdoba. Contará con la presencia de expositores de todo el país, entre los que se cuentan algunos provenientes de las provincias de Tucumán, Salta y Buenos Aires, entre otros. Habrán diferentes comisiones, en las que se abordarán temáticas tales como el merodeo, la prostitución, y las contravenciones que datan de la última dictadura militar, dejando en claro su absoluta inconstitucionalidad.

Congreso Nacional sobre el Código Contravencional, de Faltas y de Convivencia.
mayo, Córdoba.

. Concurso de Litigación Penal.

Consiste en una competencia universitaria de litigación, en base a juicios penales simulados. En ella participarán la Universidad de San Juan Bosco, la Universidad Nacional de Mar del Plata, la Universidad de La Pampa, mientras que también han manifestado su interés en sumarse, la Universidad del Centro de Buenos Aires y la Universidad de Buenos Aires. Los organizadores del evento del año 2010 han conformado un grupo de trabajo, que tendrá como objetivo principal generar los casos y los métodos con los que se van a evaluar a los participantes.

Concurso de Litigación Penal.

octubre, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca

Para más información:
www.inecip.org

Año 1
NÚMERO 1
MARZO
DE 2011

REVISTA INSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PÚBLICA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Edición a cargo de la Oficina de Prensa, Difusión y Publicaciones

Jefe de Prensa, Difusión y Publicaciones
Licenciado Pablo Sanz

Equipo de Prensa, Difusión y Publicaciones
María Natalia Escribano
Licenciado Ismael García Fornasero
Licenciado Adrián Hermoso
Licenciada Ana Mangialavori
Diseñadora Gráfica Mariana Domínguez
Diseñadora en Comunicación Visual Ana Inés Penas

Las ilustraciones del presente volumen son de autoría
de **Mariana Domínguez**

Publicación del Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Defensoría General. Combate de los Pozos 155 . Piso 5º (CABA)

Comentarios, sugerencias y colaboraciones: prensa.defensoria@jusbaire.gov.ar

Defensoría general
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires



Niño con globo sobre carro . marzo 2011

“Esta edición de 1.500 ejemplares se terminó de imprimir en el mes de marzo de 2011 en los talleres gráficos de la Cooperativa de Trabajo Ferrograf Ltda, Boulevard 82 N° 535, La Plata, Provincia de Buenos Aires, Argentina”