

Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales de la República Argentina

*Carlos R. Constenla**

I. Introducción

Hasta no hace muchos años era impensable suponer que se aplicara la sentencia de un tribunal internacional dentro de un Estado determinado; y mucho menos imaginar que los procedimientos desarrollados en un país, serían reconocidos como válidos para enjuiciar y condenar a ciudadanos que cometieran crímenes de *lesa* humanidad en otro. Sin embargo, con el correr del tiempo, esto fue posible. Un nuevo derecho, generado como reacción frente a los hechos atroces producidos durante la última guerra mundial y después de ella, se fue abriendo camino, y a pesar de no haber obtenido una plena consolidación, dado que la mayoría de los Estados son aún renuentes a su plena aplicación, es hoy una realidad tangible. Se trata del llamado Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), gravitante y expansivo capítulo del Derecho Internacional Público de este tiempo.

El acta fundacional de este nuevo derecho es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sancionada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, y su *corpus* normativo se integra por un vasto conjunto de principios, declaraciones, tratados y otros instrumentos internacionales que no sólo definieron y diseñaron normas, sino también verdaderos instrumentos de protección de los Derechos Humanos.

Este trabajo está referido a la aplicación del DIDH por los tribunales de justicia internos en la República Argentina y no se trata de un estudio teórico sobre el tema, sino de una individualización de los instrumentos para que se cumplan las obligaciones y compromisos

* Participante en el XXI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. Abogado. Defensor del Pueblo de Vicente López, Buenos Aires, Argentina.

contraídos por el Estado para garantizar la plena vigencia de los Derechos Humanos.

Es necesario señalar, recogiendo una observación de Martín Abregú, la paradoja histórica que nos muestra que “si el desafío de la postguerra era la internacionalización de los derechos humanos como la única herramienta válida para un eventual destierro de los genocidios, el desafío de este fin de siglo (XX) es la nacionalización de los derechos universales, como la única forma de hacerlos efectivos en el ámbito interno”¹.

II. Antecedentes

La vigencia efectiva del DIDH está directamente vinculada a las vicisitudes del derecho interno porque por su propia naturaleza es parte de un todo (el mundo jurídico), como ya lo había advertido Kelsen cuando entrevió que el derecho internacional penetraría en los dominios hasta entonces reservados del derecho interno, alcanzando directamente a las acciones y conductas de las personas².

Jeremías Bentham, sustentó la validez de la expresión “derecho internacional” -de la que fue su creador-, diciendo que ese derecho era suficientemente análogo al derecho nacional³. Sin embargo tal vez haya sido Juan Bautista Alberdi el que por primera vez, en 1866, llegara a la conclusión de que si el habitante de un Estado ve atropellados sus derechos fundamentales por su propio gobierno, puede invocar la justicia internacional y reclamar al mundo el respeto de sus libertades. Escribió el gran jurisconsulto argentino, al que con toda justicia se considera uno de los padres del derecho internacional latinoamericano⁴:

La persona del hombre no puede ser extraña al derecho de gentes.
Son miembros de la humanidad como sociedad, no sólo los Estados

¹ Abregú, Martín. *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales: Una Introducción*, Edit. del Puerto, Buenos Aires, 1997 p. 5.

² Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, traducción de Moisés Nilve, Edit. EU-DEBA, Buenos Aires, 4ª edición, 1965, p. 203 y ss.

³ Bentham, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* cap. XVII, XXXV, note. Consulté la 1ª edición de T. Payne and Son at the Mews Gate, London, 1789, p. 324.

⁴ Palacios, Alfredo L. *Nuestra América y el imperialismo*, Edit. Palestra, Buenos Aires, 1961, p. 312.

sino los individuos que componen los Estados. En último análisis el hombre es la unidad elemental de toda asociación humana y todo derecho por colectivo que sea se resuelve al fin en un derecho del hombre. El derecho internacional es, pues, un derecho del hombre como lo es del Estado, y si puede ser desconocido y violado en detrimento del hombre lo mismo que del Estado, tanto puede invocar su protección el hombre como el Estado. Quien dice invocar el derecho internacional, dice pedir la intervención de la sociedad internacional o del mundo, que tiene por ley la existencia de ese derecho, en defensa del derecho atropellado. Así cuando uno o muchos individuos de un Estado, son atropellados en sus derechos internacionales, es decir de miembros de la sociedad de la humanidad, aunque sea por el gobierno de su país, ellos pueden, invocando el derecho internacional, pedir al mundo que lo haga respetar en sus personas, aunque sea contra el gobierno de su país⁵.

Como dice Carlos Ayala Corao: “La jerarquía de los distintos instrumentos internacionales en general y en particular sobre Derechos Humanos dentro del ordenamiento jurídico estatal, es una materia a ser determinada fundamentalmente por la propia Constitución. Es por lo tanto la Constitución la llamada a establecer el rango normativo de un tratado, pacto o convenio internacional sobre derechos humanos, dentro del ordenamiento jurídico interno o las fuentes del Derecho estatal [...] En términos generales las Constituciones le otorgan a estos instrumentos internacionales cuatro tipos de rango o valor: 1) supraconstitucional; 2) constitucional; 3) supralegal; y 4) legal”⁶.

Inspirándose en el pensamiento de Alberdi⁷, la Constitución argentina histórica de 1853/60 había acogido la vigencia de los tratados internacionales como derecho interno. El artículo 31° establece que “[e]sta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso, y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación [...]” equiparando los tratados internacionales a las leyes que dicta el Congreso, porque debe entenderse -como dice Carlos Sánchez Viamonte- que todo tratado cele-

⁵ Alberdi, Juan Bautista. *El crimen de la guerra*, Edit. Luz del Día, Buenos Aires, 1957, p. 32.

⁶ Ayala Corao, Carlos. “El Derecho de los Derechos Humanos”, en: *El Derecho*, Buenos Aires, tº 160, p. 760.

⁷ Alberdi, Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la Organización Política de la República Argentina*, capítulo XXXVII, proyecto de Constitución, artículo 15º, Edit. Orientación Cultural Editores, Buenos Aires, 1960, p. 186.

brado con potencias extranjeras por el Poder Ejecutivo, requiere para su validez la aprobación del Parlamento conforme a lo dispuesto en el artículo 75° inc. 22° y se convierte en ley. “Además, todos estos tratados o convenciones de carácter internacional deben ser celebrados con sujeción a los principios de derecho público que caracterizan la forma republicana de gobierno, tal como ella resulta adaptada a nuestro país por la Constitución en el conjunto armónico de sus disposiciones correlacionadas entre sí (artículo 27)”⁸.

La República Argentina, suscribió los instrumentos internacionales fundamentales que rigen el sistema de los Derechos Humanos. Votó en 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Desde 1952 fue parte de la Convención para la Prevención del Delito de Genocidio y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial vigente desde 1969. En 1984 se hizo parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica). No sólo adhirió a la parte dogmática de este acuerdo, sino que también aceptó los mecanismos de control y jurisdiccionales que él establece. Se sometió a la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la obligatoriedad de sus fallos. Se hizo parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo facultativo en 1986; de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en 1985; de la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes en 1986 y de la Convención de los Derechos del Niño en 1989⁹.

Con relación a la exigibilidad del cumplimiento de los compromisos en materia de Derechos Humanos, aún considerando -sin dar espacio a ninguna duda- que los tratados formaban parte del ordenamiento jurídico nacional, se entendía mayoritariamente que la exigibilidad ante nuestros tribunales de un derecho en virtud de una

⁸ Sánchez Viamonte, Carlos. *Manual de Derecho Constitucional*, Edit. Kapelusz, Buenos Aires, 3ª edición, 1958, pp. 96/7.

⁹ Moncayo, Guillermo. “Criterios para la Aplicación de las Normas Internacionales que Resguardan los Derechos Humanos en el Derecho Argentino”, en: *La Aplicación de los Tratados de Derechos Humanos por los Tribunales Locales* (obra colectiva), Edit. del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 89.

convención internacional era programático¹⁰, y para hacerse válido dependía de su tutela por parte de normas internas del Estado. Por otra parte subyacía la teoría de que siendo una ley la que ratificaba un tratado, otra ley podía derogarla o modificarla, desvirtuando así su contenido.

Hacia 1992, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el difundido caso *Ekmekdjian*¹¹, inició el reconocimiento del orden supranacional en el derecho interno. Se resolvió en primer lugar que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes federales, de modo que una ley posterior no puede modificar su contenido. En segundo lugar quedó establecido que el derecho que se invoca con fundamento en una norma internacional es directamente operativo, vale decir automáticamente exigible ante los tribunales locales. Por último se dijo en esa sentencia que, cuando se trataba de la aplicación de un tratado internacional por parte de un tribunal de justicia, su resolución debía conformarse a la jurisprudencia de los órganos internacionales aplicados a la interpretación del instrumento internacional (en el caso la Corte Internacional de Derechos Humanos).

III.El sistema normativo y su interpretación

En la República Argentina la reforma constitucional de 1994, creó un nuevo bloque de constitucionalidad (artículo 75° inc. 22) que sigue en lo esencial lo resuelto por el más alto Tribunal de la Nación en el caso *Ekmekdjian* y que pone en la cima de la pirámide jurídica junto a la Constitución, a los tratados y declaraciones referidas a los Derechos Humanos. Un escalón más abajo se ubican los tratados internacionales suscriptos por la República y en un tercer nivel, las leyes¹². El DIDH tiene supremacía jurídica, normativa, fuerza coactiva e imperatividad. Se trata en suma ante “un normativismo supranacional”¹³.

¹⁰ Cuando en el Derecho se habla de normas “programáticas” se está indicando que no existe mayor disposición a aplicarlas. El legislador pocas veces califica a sus normas de “programáticas”; esos circunloquios se reservan a los intérpretes.

¹¹ *La Ley*, Buenos Aires, Tomo 1992 – C, p. 541.

¹² Abregú, Martín. *La aplicación de los tratados ...*, p. 14.

¹³ Gordillo, Agustín. *Derecho Humanos (Conferencia)*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 4ª edición, 1999, Tomo III, p. 10.

En cuanto a la interpretación del DIDH, siguiendo a Guillermo Moncayo¹⁴ se puede distinguir entre criterios de **interpretación genéricos y específicos**. Entre los primeros cabe señalar:

- **La particularidad de los tratados sobre los derechos humanos**

Salvo casos específicos en que los Estados que los suscriben tienen objetivos comunes (tratados normativos)¹⁵, tal como sería la creación de un organismo internacional, los tratados “[...] son estipulaciones formales entre dos o más Estados u otras personas del derecho internacional, mediante las cuales se crea, modifica o extingue entre ellos determinada relación jurídica”¹⁶; esto es el establecimiento de derechos y obligaciones cuyos destinatarios inmediatos son los propios Estados (contratos).

Los tratados de Derechos Humanos instituyen un régimen común en interés y beneficio de un indeterminado número de personas sin distinción de ninguna especie. “Hay obligaciones de dar, de hacer y de omitir que derivan de dichos instrumentos y por ende, débitos de prestaciones positivas a cargo del Estado y en favor de las personas”¹⁷. De este modo su acatamiento por parte de los gobiernos, compromete a la comunidad internacional. Así cuando para una persona sea el Estado su principal enemigo, podrá recurrir a una instancia internacional superior en busca de protección¹⁸.

- **La imprescindible orientación de la jurisprudencia internacional**

Aunque con otros valiosos antecedentes jurisprudenciales, este principio fue establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Na-

¹⁴ Moncayo, Guillermo. “Criterios para la aplicación...”, pp. 92-103.

¹⁵ Tratados normativos y tratados contratos los llama Ramón López Jiménez, en: *Tratado de Derecho Internacional Público*, Dirección de Publicaciones del Ministerio de Educación, San Salvador, Tomo I, 1969, p. 209.

¹⁶ Podestá Costa, Luis. *Derecho Internacional Público*, Edit. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 4ª edición, 1960, Tomo I, p. 376.

¹⁷ Bidart Campos, Germán. “La Convención Americana de Derechos Humanos y el Derecho Interno” (nota a la Opinión Consultiva (OC) 14/94 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), en: *El Derecho*, Buenos Aires, tº 162, 1994, p. 701

¹⁸ Montealegre, Hernán. “Cumplimiento de decisiones de los Organos Internacionales de Protección de Derechos Humanos: el caso del Sistema Interamericano”, en: *Memoria II Curso Interamericano - Sociedad Civil y Derechos Humanos*, IIDH, San José, 2002, p. 202.

ción en el caso *Giroldi, Horacio David y otro s/ Recurso de Casación*¹⁹ del 7 de abril de 1995. En el caso se planteó la inconstitucionalidad de un artículo del código de procedimientos penales que establecía la irrecurribilidad por casación de las sentencias penales de poca monta, violando de este modo el artículo 8, inciso 2º, apartado h del Pacto de San José de Costa Rica que impone la doble instancia judicial como “garantía mínima” para “toda persona inculpada de delito”. La Corte declaró la inconstitucionalidad de la norma impugnada, afirmando la supremacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En la interpretación del Alto Tribunal, él debe aplicar los tratados sobre derechos humanos “en las condiciones de su vigencia”, lo que significa en la forma que la Convención efectivamente rige en el ámbito internacional y “considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”.

En el caso *Giroldi* la Corte sostuvo además que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “debe servir de guía” para la interpretación de los preceptos de la Convención Americana de Derechos Humanos en la medida que la República Argentina se subordinó a la competencia de ese Tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación del Pacto de San José. Se trata de una forma *sui generis* de interpretación, sobre la base de los precedentes jurisprudenciales de otro tribunal, con la peculiaridad en este caso de que se trata de un tribunal internacional. No se trataría -a mi juicio- como dicen algunos autores²⁰ de una interpretación “auténtica” porque dicha interpretación es la que realiza el mismo órgano que dio existencia a la norma jurídica por medio de un nuevo acto que aclara con efecto retroactivo el sentido del acto originario interpretado²¹, sino de una interpretación por “argumento de autoridad” que es la misma que observa el juez cuando en un caso sometido a su consideración, cuenta con un precedente judicial de mayor jerarquía y para cumplir más rápida y con mayor certeza con su deber de administrar justicia, invoca el precedente aún cuando él pudiera tener una opinión diferente; el *stare decisis* del derecho clá-

¹⁹ *La Ley*, Buenos Aires, T. 1995 – D, p. 462.

²⁰ Moncayo, Guillermo. “Criterios para la aplicación...”, p. 94.

²¹ Linares Quintana, Segundo V. *Reglas para la interpretación constitucional*, Edit. Plus Ultra, Buenos Aires, 1988, p. 20.

sico anglosajón. Como diría Lévy-Bruhl es la aplicación del principio en virtud del cual muy raramente se cuestionará judicialmente la interpretación de tribunales de la instancia superior²².

- **Interpretación “pro hominis”**

Las normas sobre derechos humanos deben ser aplicadas necesariamente ajustándose al principio *pro hominis* que determina que, con relación a las disposiciones que establezcan algún derecho, siempre debe estarse a la aplicación que resulte más favorable a la persona. Al mismo tiempo, cuando se trate de una norma que los restrinja, debe interpretarse la norma en el sentido que menos limite un derecho subjetivo.

Una interpretación acorde con este principio es la que reconoce la aplicación de derechos reconocidos por normas internacionales en el derecho interno aunque no estén expresamente reconocidas por éste, e inclusive en los casos de que el tratado que lo estableciese no hubiese estado suscripto por el Estado de que se trate. Lo mismo sucede a la inversa. Cuando los instrumentos internacionales de derechos humanos no reconozcan un determinado derecho y sí lo haga una norma del derecho interno, debe interpretarse aplicando la norma de éste último.

Se trata de la aplicación del básico criterio de reparación frente al asimétrico poder del fuerte frente al débil, del poderoso frente al humilde. Es el principio *pro operaris* del Derecho Laboral, *pro reo* del Derecho Penal, *pro debitoris* del Derecho Civil. Como dice Mónica Pinto, el rasgo fundamental del derecho de los DDHH, es estar siempre a favor del hombre²³.

Un buen ejemplo de la aplicación de este principio, según valora la doctrina, es el caso *Giroldi*. La Constitución argentina no considera una garantía explícita y *sine qua non* de la garantía del derecho de defensa en juicio, la doble instancia judicial. Sin embargo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8° inci-

²² Lévy-Bruhl, Henri. *Sociología del Derecho*, trad. del francés por Myriam de Winizky, colección Cuadernos de Eudeba, Edit. EUDEBA, Buenos Aires, 1964, p. 35. No se puede ocultar la opinión del autor sobre ese método interpretativo: “Esto es, evidentemente, una solución perezosa e incierta, pues con frecuencia el hecho nuevo presenta características diferentes del precedente y la decisión, válida para el primero, no se justifica en cambio para el segundo”.

²³ Pinto, Mónica. *El Principio Pro Homine. Criterios de Hermenéutica y Pautas para la Regulación de los Derechos Humanos*, (Obra colectiva), Edit. del Puerto, Buenos Aires, 1997, p.163.

so H, afirma el derecho en materia penal, de recurrir cualquier fallo ante juez o tribunal superior. De este modo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, determinó la invalidación de las normas procesales que impedían la doble instancia en razón de la exigüidad de las penas, criterio más tarde sostenido por el mismo tribunal en el caso *Alvarez Carlos A. y otro*²⁴.

Entre los **criterios interpretativos específicos** se pueden indicar:

- **Condiciones de vigencia**

La referencia a este criterio interpretativo es fundamental para considerar la efectiva integración de la norma internacional al derecho interno, su vigencia y su aplicación. La Constitución argentina acuerda a los tratados jerarquía constitucional en “las condiciones de su vigencia” (artículo 75°, inciso 22). Esta norma implica un envío al llamado Derecho de los Tratados, regulado por la Convención de Viena, del que nuestro país es parte. De acuerdo a esta norma, los tratados multilaterales entran en vigor de la manera y en la fecha que en ellos se disponga o que acuerden los Estados negociadores.

En este punto se incluye el capítulo de las reservas cuyo objeto es excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones en su aplicación al reservante. Las reservas son lícitas a menos que el tratado las prohíba expresamente o que sean incompatibles con su objeto y fin y tienen efectos recíprocos²⁵. Debe entenderse de este modo, que los tratados “tienen jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia” con las reservas que se hagan por parte de cada Estado.

- **Complementariedad de los tratados**

La propia constitución establece que las normas del DIDH, no son derogatorias de ninguna de las normas del Capítulo Unico de la Primera Parte de la Constitución Nacional. Se trata de un aserto fundado en el acuerdo político que sustentó las bases de la reforma constitucional de 1994. No se puede hacer una interpretación que vaya más allá de eso. Se procuró preservar el bloque básico del sistema constitucional de la libertad, vigente en la Constitución histórica, quedando entendido que todos los tratados de derechos humanos son

²⁴ *La Ley*, Buenos Aires, T. 1996 – D, p. 524.

²⁵ Moncayo, Guillermo. “Criterios para la aplicación...”, p. 97.

complementarios de las Declaraciones, Derechos y Garantías estipulados en la Primera Parte de la ley fundamental.

De cualquier manera, la Corte extendió el criterio de complementariedad de las normas de los Derechos Humanos, a la llamada parte orgánica de la Constitución. En el caso *Monges Analía c/Universidad de Buenos Aires*, el alto Tribunal señaló que “[...] los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer”²⁶.

Sobre este punto debe tenerse en cuenta que la interpretación a la luz de un criterio complementario de los tratados de Derechos Humanos, no debe confundirse con una eventual aplicación subsidiaria de esas normas. Las normas del DIDH son integrativas del plexo normativo básico de los derechos fundamentales de los pobladores de un Estado y este juicio de valor constituye una regla central que debe presidir toda consideración en torno a esta materia.

- **Constitucionalización de otros tratados**

El artículo 75° inc. 22 de la Constitución nacional establece un determinado número de tratados internacionales a los que acuerda jerarquía constitucional. Sin embargo esta enumeración no es taxativa porque el legislador, mediante un procedimiento especial puede asignar esa categoría a otros no mencionados explícitamente en la norma pero que tienen un sentido semejante. Para ello el tratado deberá ser aprobado por cada una de las cámaras y luego, el Congreso reunido en asamblea, por los dos tercios de sus miembros, deberá darle aprobación definitiva. De esta suerte el Congreso pasa a tener verdaderas funciones constituyentes, pese al largo debate doctrinario que las precedió²⁷.

Algunas reflexiones finales antes de entrar a la específica cuestión de la seguridad ciudadana:

- **Plena operatividad de los derechos emergentes de los tratados sobre derechos humanos**

La aplicación de las normas del DIDH no requieren normas reglamentarias internas para que sean invocadas y ejercidas en plenitud.

²⁶ *La Ley*, T. 1996 – D, Buenos Aires, p. 111.

²⁷ Sánchez Viamonte, Carlos. *El Poder Constituyente*, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, pp. 260 y sigs.

De acuerdo a un principio del Derecho Constitucional, los derechos y garantías que reconoce la constitución no son absolutos y requieren una ley que reglamente su ejercicio. El reconocimiento de rango constitucional a los tratados sobre Derechos Humanos indujo a algunos autores y jueces a suponer que el tratamiento debe ser el mismo; pero esta postura es incorrecta. De ser así, esos derechos se pueden convertir en una expresión sin vida como ha sucedido con mucha frecuencia y como se podrá apreciar en el análisis de algunos casos jurisprudenciales que se verán más adelante. De cualquier manera, a partir del caso *Ekmekdjian* ya citado, la Corte introdujo la doctrina de la directa operatividad de los tratados en esta materia.

- **Irreversibilidad del derecho supranacional en materia de derechos humanos**

Una vez que un Estado asumió un compromiso en materia de Derechos Humanos, no es posible la vuelta atrás. El artículo 27° de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, aprobada por la ley 19.865, establece que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, lo cual no puede razonablemente pretenderse aplicable sólo en las relaciones internacionales del Estado, pues ello importaría una duplicidad de interpretación contraria a la indispensable unidad del orden jurídico²⁸.

IV. Los derechos humanos y la seguridad ciudadana

Desde que el Constitucionalismo diseñó las primeras garantías cívicas en defensa de los derechos fundamentales, particularmente los referidos a las libertades públicas, se sospechó que su plena vigencia podría contradecir el imperio de un estado de seguridad personal (vida, integridad física y bienes), razón y causa esencial del nuevo orden social y económico. Mariano Moreno, imbuido de ideas roussonianas sostuvo desde las páginas de la Gaceta de Buenos Aires en los albores de la Revolución de Mayo que “La seguridad individual es el primer premio que recibe el hombre que renuncia sus derechos naturales para vivir en sociedad”²⁹.

²⁸ Gordillo, Agustín. *Derechos humanos...*, p. 2.

²⁹ Citado por Martínez, Alberto B. “Estudio topográfico de Buenos Aires”, en: *Censo General de Buenos Aires*, Edit. Compañía Sud Americana de Billetes de Banco, Argentina, 1889, Tomo 1, p. 252.

Las mejores y más amplias garantías establecidas en los textos constitucionales para asegurar la libertad, fueron durante gran parte de los siglos XIX y XX virtualmente letra muerta. La simple confrontación del artículo 18° de la Constitución argentina y el épico poema gaucho de Martín Fierro, pone de relieve una invariante y cínica contradicción de la que sólo en muy contados casos, el Estado en nuestra región, fue capaz de resolver en el sentido normativo consagrado.

Al decir del eminente jurista alemán Gustav Radbruch, de la pena de los siervos surgió el derecho penal y con él, conjuntamente, por primera vez una política criminal consciente. Cita un capitular de Childeberto II rey de los francos, del año 596 en el que se consigna explícitamente como fin de la pena, disciplinar a la canalla: *in populo modis omnibus observatur*, porque sólo sobre los carentes de bienes encontró aplicación este nuevo derecho penal. Según el profesor del Heilderberg desde entonces se definió en términos de clase el sistema represivo, y hubo -dicho con una expresión más actual- una concreta criminalización de la pobreza³⁰.

En el terreno teórico las grandes revoluciones políticas y sociales, bajo la inspiración de los ilustrados pensadores del siglo XVIII, habían puesto en evidencia la inseparable relación de los gobiernos de origen democrático con sistemas penales más justos y más humanos. En 1764, dos años después de la aparición del “Contrato Social” de Rousseau, Beccaría publica “De los Delitos y de las Penas”, obra a la que se reconoce como punto de inflexión en la historia del derecho penal. Hasta allí se habían cumplido hasta la náusea las prácticas y experiencias de todos los vicios y pecados del accionar político, y se había cumplido precisamente dentro de la actividad penal³¹. Históricamente el derecho criminal refleja los más sombríos estratos de la condición humana. Las peores inclinaciones y deformaciones en la conducta social se entrelazan en las normas represivas. Ellas no sólo son el refugio del orden establecido sino también y sobre todo la pantalla en la que se disimula la degradación de la política en la corrupción y de la religión y las ideas políticas en la intolerancia³².

³⁰ Radbruch, Gustavo. *El hombre en el derecho*, traducción de Aníbal Del Campo, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 76.

³¹ Soler, Sebastián. *Bases ideológicas de la Reforma Penal (Conf.)*, EUDEBA, Argentina, 1966, p. 19.

³² Nieto de Cesare Beccaría fue el célebre escritor Alessandro Manzoni que hizo la historia de un proceso judicial en la que se imputó atrozmente a varias perso-

En aquel escenario histórico, la teoría política remodelada con la irrupción de Hobbes, Locke, Montesquieu y Voltaire, sienta el fundamento ético de la libertad y el principio de la inocencia como valladar frente la arbitrariedad y a la aplicación de la pena de sospecha. “Un hombre -dice Beccaría- no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida. ¿Que derecho sino el de la fuerza será el que de potestad al juez para imponer pena a un ciudadano mientras se duda si es reo o inocente? No es nuevo este dilema: o el delito es cierto o incierto; si cierto, no le conviene otra pena que la establecida por las leyes, y son inútiles los tormentos porque es inútil la confesión del reo; si es incierto, no se debe atormentar a un inocente, porque tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados”³³.

“Qué camino -pensaba Goethe- no ha debido recorrer el hombre hasta que logró ser moderado frente al culpable, considerado con el delincuente y humano frente al inhumano. Ciertamente que se trataba de hombres de naturaleza divina que dedicaron su vida a hacer posible y más rápido su ejercicio”³⁴.

A estas ideas racionalistas, se une la ponderación liminar de la teoría del delito, formulada en el principio *nullun crimen, nulla poena sine lege* de lejano origen medieval, pero que a nosotros llega reformulado a través de Beccaría³⁵ y la ilustración.

Sobre estas bases se supuso que el Estado no obraría arbitrariamente y que sólo se castigaría en su nombre a las personas, luego de un proceso formal, de cara a la sociedad, respetando todas las garantías legales probatorias, el derecho defensa y la presunción jurídica

nas, como responsables de la peste en Milán en 1640. Hay allí páginas de honda penetración ética y social: “Sólo Dios ha podido saber si esos magistrados hallando a los culpables de un delito inexistente pero deseado, fueron cómplices o ministros de una multitud [...] cegada, no ya por la ignorancia sino por la malignidad y el furor”. Manzini, Alessandro. *Historia de la columna infame*, traducción de Elcio Di Fiori, Edit. Bruquera, Barcelona, 1984, p. 28.

³³ Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*, traducción de la primera edición castellana de 1774, Alianza Editorial, Madrid, 2ª edición, 1980, capítulo XVI, p. 52.

³⁴ Goethe, Johann W. “Años de andanzas de Guillermo Meister”, en: *Obras Completas*, traducción de Rafael Cansinos Assens, Edit. Aguilar, Madrid, 1958, Tº I, p. 725.

³⁵ Beccaría. *De los delitos...*, p. 29.

de inocencia. Únicamente las acciones serían penalmente reprecensibles, nunca los pensamientos ni las intenciones. Estos principios se convirtieron en los dogmas del moderno Estado democrático, devenido más tarde en Estado de derecho.

La Constitución argentina de 1853/1860 estableció en el artículo 18° antes mencionado que:

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sin orden de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como así también la correspondencia epistolar y los papeles privados y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y a su ocupación. Quedan abolidas para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija hará responsable al juez que la autorice.

La transcripción *in toto* de la norma, apunta a descubrir el compromiso ideológico del constituyente por la fórmula de la libertad, compromiso que no fue generalmente acompañado por las prácticas del poder en todas sus funciones. En un penetrante e imprescindible ensayo, Eugenio Zaffaroni propone pensar en la “pérdida” de las “penas” es decir, la generación de “dolor” sin “sentido” (“perdido”, o sea, carente de racionalidad):

En la Criminología de nuestros días es corriente la descripción de la operatividad real de los sistemas penales en términos que nada tienen que ver con la forma en que los discursos jurídicos-penales presuponen que operan, es decir, que la programación normativa se basa sobre una ‘realidad’ que no existe y el conjunto de agencias que debiera llevar a cabo esa programación opera en forma completamente diferente [...] El dolor y la muerte que siembran nuestros sistemas penales están tan perdidos que el discurso jurídico-penal no puede ocultar su desbaratamiento, valiéndose de su vetusto arsenal

de racionalizaciones reiterativas; nos hallamos frente a un discurso que se desarma al más leve roce con la realidad³⁶.

Esta perturbadora conclusión, se fundamenta a partir de la comprobación de que los sectores o clases dominantes no han hallado, ni en los mejores trances de su historia, otra forma de responder a los conflictos interindividuales o sociales, más que con soluciones penales. Sostiene Loïc Wacquant que “Así como la ideología neoliberal en materia económica se basa en la separación hermética entre lo económico (presuntamente regido por el mecanismo neutral, fluido y eficiente del mercado) y lo social (habitado por la arbitrariedad imprevisible de las pasiones y los poderes), la nueva *doxa* penal que hoy se difunde desde los Estados Unidos a todo el continente europeo pasando por el Reino Unido, postula una cesura neta y definitiva entre las circunstancias (sociales) y el acto (criminal), las causas y las consecuencias, la sociología (que explica) y el derecho (que regula y sanciona)”³⁷.

Después de los años de “plomo” vividos en la Argentina durante la dictadura militar, el retorno de la democracia abrió paso a la esperanza de un Estado de derecho pleno, en el que quedarían en la buhardilla de los malos recuerdos, las prácticas despreciativas de los derechos humanos llevadas a cabo durante tantos y tantos años. No se trataba obviamente de suprimir el “terror de Estado”, sistema criminal que había caído en la obsolescencia institucional a partir del momento en que se reinstauró el régimen constitucional; era la de abolir el sistema penal autoritario que había imperado virtualmente en la historia y reemplazarlo por otro que se ajustase adecuadamente a las prescripciones de la Constitución y de las leyes. Si bien mediante la vigencia de las instituciones recreadas al calor de la vigencia de la soberanía popular se pudo enjuiciar y condenar a los responsables del genocidio durante la dictadura -hecho sin precedentes y que se deberá valorar en su justa dimensión-, sucesivos episodios políticos y circunstancias derivadas del modelo económico adoptado, mantuvieron la invariable tendencia a buscar en las respuestas penales -muchas de ellas de inusitada violencia y brutalidad-, la solución de los graves conflictos que vivió la mayoría de los argentinos a partir de los años de su sedicente prosperidad económica.

³⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*, Edit. Ediar, Buenos Aires, 3ª reimpresión, 2003, p. 16.

³⁷ Wacquant, Loïc. *Las cárceles de la miseria*, traducción de Horacio Pons, Edit. Manantial, Buenos Aires, 2000, p. 60.

En primer lugar la impunidad obtenida por los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura militar, por medio de las leyes de punto final y obediencia debida (recientemente derogadas), resultantes de las presiones militares sobre el poder político. Luego por el indulto presidencial a los principales responsables del plan criminal³⁸ -cuyas condenas estaban vigentes-, como imprescindible certificación de certeza para generar credibilidad en el *establishment* en un nuevo modelo económico muy ajeno a las tradicionales posturas políticas de los partidos mayoritarios argentinos³⁹.

Esta situación, sumada a la fuerte degradación del aparato policial y penitenciario sufrida durante la dictadura, dio “carta de ciudadanía” (para no decir “legitimaron”) antiguas prácticas ilegales, extrañas a un Estado de derecho que además había reconocido como propio de su ordenamiento jurídico, los principales instrumentos del DIDH.

Finalmente, la grave crisis económica y social que vive la Argentina desde hace años que, como se dijo más arriba, fue resultado de un modelo económico de exclusión y marginalidad, aumentó los índices de la delincuencia a niveles antes desconocidos⁴⁰. Los graves problemas coadyuvantes al desarrollo de la criminalidad -sobre cuya etiología no hay dudas- son disimulados bajo la definición de un tipo de criminal siempre pobre y “dogmáticamente” irrecuperable.

Frente a esta criminalidad y a estos delincuentes, ante un aparente estado de indefensión e impotencia de la sociedad, existe una fuerte propuesta política demagógica (sobre todo de campaña electoral) que gira en torno a una más severa represión y al incremento de las penas. La demagogia consiste en no resolver el problema, sino identificarse con el reclamo.

La reacción ante el estado de inseguridad se presenta bajo la forma de una caricatura de seriedad, verbosidad severidad y rostro ce-

³⁸ Calificación empleada por la Cámara Federal en lo Penal, Tribunal que procesó y condenó a los jefes de la dictadura.

³⁹ Zlotogwiazda, Marcelo. “Situación límite”, en: *Revista Realidad Económica*, n° 92 y 93, 1° y 2° bimestres de 1990, Buenos Aires, p. 12.

⁴⁰ No puede desconocerse tampoco que todo el proceso de industrialización en el que el Estado no ha tenido un protagonismo planificador básico, ha generado el aumento de la delincuencia. Ver: Solís Quiroga, Héctor. “Industrialización y Delincuencia”, en: *Estudios de Sociología*, Edit. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964, Tomo 8, p. 348 .

ñudo. Halcones con grandilocuencia de perico, fugan hacia delante de los problemas y predicán la cultura del miedo para no afrontar seriamente y responsablemente el problema del delito y la inseguridad en las grandes ciudades de la República. Al privilegiar la seguridad a costa de la justicia se crea una seguridad injusta (que obviamente tampoco es “segura”) y la criminalidad se confunde intencionadamente con la antijuridicidad de las demandas sociales⁴¹.

Un interesante trabajo periodístico de Pablo Mendelévich revela por ejemplo que entre 1990 y 1997, después de cada hecho violento conmocionante, a pesar de las contundentes proscipciones constitucionales para hacerlo, el ex presidente Carlos Saúl Menem propuso siete veces la implantación de la pena de muerte, el ex gobernador de Buenos Aires Eduardo Duhalde dos veces, el ex gobernador de Catamarca Ramón Saadí una vez, un ex ministro de Justicia del gobierno de Menem, Raúl Granillo Ocampo una vez y legisladores del partido oficialista en dos oportunidades⁴².

No puede sorprender que el de la seguridad sea para los argentinos uno de los más graves problemas actuales. La “sensación de inseguridad” que se vive en las grandes ciudades le hace reclamar a la población “mano dura y presencia policial, o recurrir a la vigilancia privada, según sus recursos, además de acumular medidas que van desde la instalación de alarmas a la posesión de armas para prevenirse. Pero sigue pendiente un debate sobre las causas sociales de la inseguridad y, también, las institucionales: la policía incrementa su poder y la impunidad con que ‘controla’ el delito a través de arreglos o balas, según el grado de poder y de experiencia que tengan los delincuentes, sin olvidar la práctica del ‘gatillo fácil’, naturalizada en el contexto de miedo alimentado incansablemente por los medios de comunicación. En suma, un ‘negocio’ del que también se beneficia en parte el sistema político, que nada hace para atacar el fondo del problema”⁴³.

⁴¹ Rico análisis en torno a esta cuestión, ver Enrique Pérez, Pedro. “Argentina en la década de los ‘90: judicialización y desjudicialización para la exclusión social”, en: *Revista Realidad Económica*, n° 178, febrero-marzo de 2001, Buenos Aires, pp. 122 y sigs.

⁴² Mendelévich, Pablo. “A la hora señalada”, *Diario Clarín*, 16 noviembre de 1997, 2ª sección, Buenos Aires, p. 12/3.

⁴³ Ragendorfer, Ricardo. “Blindados hasta el alma de Buenos Aires”, *Revista Le Monde Diplomatique*, n° 23, edición Cono Sur, Buenos Aires, mayo de 2001, p. 17.

No deja de llamar la atención que miles de ciudadanos y ciudadanas que miraron con impavidez las atrocidades cometidas en los años del “terrorismo de Estado”, reclamen paladinamente, la máxima dureza penal con delincuentes cuyo número y peligrosidad aumentan ciertamente a diario, al abrigo de la incapacidad política para encontrar remedio a las causas de esa inseguridad. Tal vez sea como dijo el Secretario General de las Naciones Unidas Kofi Annan: “Vivimos en un mundo en el que un hombre tiene más posibilidades de ser juzgado si mata a una sola persona que si mata a cien mil”⁴⁴.

En este contexto, resulta para muchos ideológicamente conducente perpetuar prácticas y procedimientos que configuran verdaderas violaciones a los DDHH tanto sea en formas “legales” como “ilegales”.

Refiriéndose a las políticas criminológicas en práctica, Elías Carranza⁴⁵ hace una clasificación muy precisa: a) Etapa de prevención anterior al hecho delictivo; y b) Etapa de cumplimiento de la pena y de la privación de la libertad durante el proceso.

a) Etapa de prevención

- La prevención anterior al delito se ha reducido casi con exclusividad en la policía y el aumento de casos delictivos ha servido de fundamento, ante la ausencia de políticas criminológicas que den otra respuesta, para multiplicar los efectivos policiales.
- La prevención de la criminalidad por medio del sector de bienestar social (deportes, salud, educación, recreación, etc.), fue en general reducida por imposición de los organismos financieros internacionales.
- La prevención por medio de la organización de la comunidad, a pesar de los progresos alcanzados, es parcial y todavía incipiente.

b) Etapa posterior al hecho delictivo

- La policía “previene” interviniendo por una denuncia o por propia determinación. Según Carranza esto sucede en el 95 % de los casos aproximadamente. En un muy reducido número de casos toma conocimiento directamente la autoridad judicial.

⁴⁴ “Después del horror, la memoria y el olvido”, *Revista El Correo de la UNESCO*, París, diciembre de 1999, p. 30.

⁴⁵ Carranza, Elías. “Política criminal y humanismo en la reforma de la justicia penal”, *Revista Nueva Sociedad*, n° 116, Caracas, noviembre-diciembre de 1991, p. 61.

c) Etapa de cumplimiento de la pena

- En el momento de la prevención policial, y con frecuencia durante la etapa de instrucción judicial, la privación de libertad se lleva a cabo en las comisarías policiales, cuyo personal tiene a su cargo la custodia de los detenidos. Cuando éstos son alojados en el sistema penitenciario, lo que como regla sucede al dictarse auto de procesamiento, o prisión preventiva o la condena, nuevamente es personal dependiente del poder ejecutivo, policial o de seguridad penitenciaria el que tiene a su cargo los presos. Hay que tener presente que el personal penitenciario es primordialmente de seguridad y administrativo, siendo la proporción del personal técnico muy reducida⁴⁶.

Si se parte de la base que el objetivo central de la Política Criminal (entendida como ciencia) es la prevención de la delincuencia⁴⁷, resulta de toda evidencia que ha fracasado y hasta se puede decir que en muchos aspectos ha contribuido a aumentar los índices de criminalidad. De hecho en los últimos años se registra un marcado crecimiento estadístico del delito. De esto deriva un paralelo incremento de la población carcelaria que se traduce básicamente en más violaciones a los Derechos Humanos, terrible hacinamiento y mayores cargos para el erario público. Según Irvin Waller “Las medidas de prevención del delito que recurren simplemente a la contratación de un número mayor de policías, la introducción de mejores métodos de represión, la imposición de penas más severas y la construcción de más prisiones, han resultado desalentadores. Las estadísticas de policía, las encuestas entre la población sobre actos en que han sido víctimas, y los sondeos que tratan de evaluar la sensación de inseguridad en las personas, todo indica que la situación no ha dejado de deteriorarse durante los tres últimos decenios”⁴⁸.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 62.

⁴⁷ Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*, Edit. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 2ª reimpresión de la 2ª edición, 1953, Tº I, p. 36. En otro sentido ver Jiménez de Asúa, Luis. *El Código Penal Argentino*, Edit. Librería y Editorial La Facultad, Buenos Aires, 2ª edición, 1943, p. 90. Para una actualizada consideración sobre el tema ver Baratta, Alessandro. “Política Criminal: Entre la Política de Seguridad y la Política Social”, en: *Delito y Seguridad de los Habitantes* (obra colectiva), Siglo Veintiuno, México, 1997, p. 80.

⁴⁸ Waller, Irvin. “Prevención del Delito: La nueva esperanza de las políticas de Urbanismo”, en: *Delito y Seguridad de los Habitantes...*, p. 65.

Otra consecuencia de este fracaso, es que toda la política criminológica se reduce a la pena de prisión; pareciera que no existieran otras formas de readaptación social del delincuente. A pesar de los instrumentos internacionales⁴⁹ que recomiendan que sólo como última medida se impongan estas penas, y la verificación cotidiana de que el encierro engendra más problemas éticos, sociales, psicológicos y económicos que los que resuelve, las políticas llevadas a cabo por la mayoría de los países apunta a aumentar las penas de prisión y limitar a los jueces la facultad de otorgar medidas de libertad condicional.

Las fundadas consideraciones de Carnelutti sobre el carácter y justificación de la pena de reclusión son ahora y en nuestro medio, absolutamente disfuncionales a su objeto: “en tanto la reclusión puede reeducar a la libertad, en cuanto el modo de vida del recluso está prudentemente dispuesto para esta finalidad”⁵⁰. Sin embargo es fácilmente verificable que “La ideología de la cárcel carece de legitimidad pues no se adecua a sus objetivos sociales sancionados por el régimen constitucional: no resocializa. Consume prácticas dirigidas a domesticar los cuerpos, reducir toda producción simbólica y destruir toda capacidad afectiva. El resultado final es la pérdida de la identidad de los sujetos. El lugar es una fábrica de ‘hombres masa’, una cinta de montaje que produce futuros delincuentes más avezados o las múltiples formas de la adicción”⁵¹. Se hace efectivo el antiguo apocribamiento de Concepción Arenal: sistema penitenciario escarnio de la justicia y no auxiliar del derecho⁵².

Como dice el penalista brasileño Edmundo Oliveira “La justicia sigue pues buscando, sin encontrarlas, medidas de ejecución penal que respondan eficazmente a la necesidad de reinserción social y moral de los delincuentes. Salvo en aquellos casos en que el delincuente representa un peligro constante y concreto para la sociedad,

⁴⁹ Para una enumeración de los instrumentos internacionales de las Naciones Unidas sobre la protección de personas sometidas a detención o prisión, ver: *El Correo de la UNESCO*, junio de 1998, París, p. 38.

⁵⁰ Carnelutti, Francesco. *El problema de la pena*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Edit. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1947, p. 48.

⁵¹ Villarruel, José C. “Devoto: Muros y barrotes, hombres y mujeres”, *Revista Nueva Sociedad*, nº 119, Caracas, mayo-junio de 1992, p. 63.

⁵² Gómez Bustillo, Miguel R. *Concepción Arenal, su vida y su obra*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 36.

se impone encontrar penas sustitutivas de la privación de libertad con auténticas virtudes educativas”⁵³.

Otra patología procesal es aquella que recomienda privar de libertad a una persona durante el proceso, lo que configura en el mayor número de los casos violar el principio de presunción de inocencia y crear una insostenible situación práctica y jurídica de presos sin condena (Todo esto no estaba previsto en el abstracto esquema de Carnelutti). A pesar de que una abigarrada lista de instrumentos internacionales receptan disposiciones tendientes a abreviar la duración de los procesos administrativos y judiciales, porque la celeridad está directamente vinculada a la seguridad jurídica⁵⁴, es común que se produzcan estas aberrantes situaciones, la mayor de las veces abonadas por precedentes jurisprudenciales y doctrinarios: “si bien es dable reconocer raigambre constitucional a los institutos que regulan la libertad provisoria, no es menos cierto que también reviste ese origen su necesario presupuesto. Es preciso conjugar el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito, con el de quien soporta la condición de imputado”⁵⁵. Según Alberto Bovino, el principio de inocencia es el “principio de principios” en materia de encarcelamiento preventivo y es el punto de partida para analizar todos los problemas y aspectos de la privación de la libertad personal. “La exigencia impide –sostiene ese autor-, que se trate como culpable a la persona solo sospechada de haber cometido una conducta delictiva, sin importar el grado de verosimilitud de la sospecha, hasta que un tribunal competente no pronuncie una sentencia que afirme su culpabilidad e imponga una pena”⁵⁶.

De resultados de lo expuesto queda en evidencia que existe una paradójica relación entre la protección de los Derechos Humanos y el sistema penal; paradójica porque en última instancia todo el sistema

⁵³ Oliveira, Edmundo. “Un sistema en entredicho”, *Revista El Correo de la UNES - CO*, junio de 1998, París, p. 5.

⁵⁴ Albanese, Susana. “El plazo razonable en los procesos internos a la luz de los órganos internacionales”, en: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (obra colectiva), Edit. del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 247 y ss.

⁵⁵ A simple título de ejemplo ver CSJN Fallos 280:297, en: Dálbora, Francisco J. *Curso de Derecho Procesal Penal*, Editorial Policial-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986 T° I, p. 273.

⁵⁶ Bovino, Alberto. “Garantías Judiciales en Materia Penal”, en: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Edit. del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 438.

jurídico se instituye para asegurar la vida, la salud, la dignidad y los bienes de las personas. Pero lo paradójico deja de serlo si atendemos a la marcada impronta clasista que en su aplicación y en la propia definición de sus alcances tuvo a través de la historia (en la mayor parte de la historia) el sistema represivo y sobre la cual nos advirtiera páginas más arriba Gustav Radbruch.

Con morbosa delectación los medios de comunicación, distorsionando hechos y realidades, agravan la situación al inducir equívocas percepciones en la sociedad. Se genera de este modo un sentimiento, una sensación de inseguridad que suele no tener correspondencia con lo que verdaderamente sucede. Mediante un proceso de desfiguración psicológica una situación cierta de potencial inseguridad se transforma en una certeza casi absoluta de que cada individuo será fatalmente víctima de un delito, con el agravante de que en la enorme mayoría de los casos, el delincuente quedará impune. En la República Argentina son infinitamente más las víctimas de los accidentes de tránsito que de las de los delitos, sin embargo fuera del episodio truculento en sí, los medios de comunicación se desinteresan en formar conciencia de que, por ejemplo, si se usaran los cinturones de seguridad en los automóviles, perderían la vida alrededor de 1.300 personas menos por año. El desconcertante contraste encuentra su explicación en la diferente rentabilidad que tiene informar exagerando y distorsionando en un caso, y en disimular las verdaderas causas del accidente en otros⁵⁷.

V. La violencia institucional

El corolario de la situación que estamos describiendo es lo que se conoce como “violencia institucional”. Se entiende por “violencia institucional” a los actos llevados a cabo por las agencias legitimadas para el uso de la fuerza cuando en la realización de sus facultades, la institución se exceda en su ejercicio. Puede tratarse tanto de una aplicación más gravosa como una arbitrariedad o discrecionalidad manifiesta que constituya un hecho ilícito. En ciertos casos se tratará sencillamente de un accionar delictivo pero, en otros, podrán existir normas jurídicas que avalen este accionar violento; sin embar-

⁵⁷ Sobre la cuestión de los accidentes de tránsito, ver agudas observaciones en: Sauvy, Alfred. *Costo y valor de la vida humana*, traducción de Salvador María del Carril, Edit. Emecé Editores, Buenos Aires, 1977, p. 259.

go ambos casos tendrán en común no respetar los Derechos Humanos⁵⁸.

Esta “violencia institucional” -llamada así porque se configura en el marco de un gobierno de origen legal y legitimidad republicana, pero que se ejerce ilegalmente-, suele ir acompañada por lo que Abregú, muy acertadamente llama una “mayoría bulliciosa”, que hace público su respaldo a esa metodología y que pone a la luz, la forma que tienen algunos de hacer justicia por mano propia, aplaudiendo la arbitrariedad ajena. “El consenso de estas prácticas -dice Abregú-, debe buscarse tanto en los niveles de base del esquema social como en las instituciones que las provocan o consienten [...] La sociedad parece estar dividida entre aquellos directamente perjudicados y algunos sectores sociales que los acompañan en sus reclamos, y una inmensa mayoría de desinformados y despreocupados vecinos, cuando no directamente enfrentados, que recuperan la violencia institucional como una forma de alcanzar la tan preciada seguridad individual”⁵⁹.

El tema de la “violencia institucional” no sólo compromete a la Policía, como agencia de intervención directa en la prevención y represión del delito, sino también al Poder Judicial que no interviene correctivamente ante procedimientos de esta naturaleza, sino que con sus fallos muchas veces convalida detenciones ilegales o no hace lugar ante denuncias por malos tratos o no persiste en el castigo de sus responsables. No conceder libertades provisionales, cuando está legalmente autorizado para ello, por temor a la “mayoría bulliciosa” y justificar indignas condiciones de detención tanto a procesados como condenados en cuadran en hechos a los que se puede calificar como de “violencia institucional”, hechos que de ninguna manera y en ningún caso han tenido efectos disuasivos para los delincuentes. “En todos estos casos ya no se trata del árbitro que no impide que el más grandote aplique sucesivos golpes bajos, sino que, personalmente, es el juez el que toma por la espalda al más débil para que continúe la golpiza”⁶⁰.

⁵⁸ Abregú, Martín. “Contra las apologías del ‘homicidio uniforme’ La violencia policial en la Argentina”(Conf.), *Revista Nueva Sociedad*, n° 123, Caracas, enero-febrero 1993, nota 1, p. 70.

⁵⁹ *Ibíd.*, pp. 75-76.

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 78.

VI. La recepción jurisprudencial del DIDH

A los fines de este trabajo se han seleccionado algunos pronunciamientos jurisprudenciales -preferentemente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- con referencia a los siguientes temas: 1) garantías judiciales en materia penal (doble instancia en la justicia penal); 2) encarcelamiento preventivo; 3) situación de los niños frente en el derecho penal.

1. La doble instancia en la justicia penal

El artículo 8° inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece bajo el título de “Garantías Judiciales” el derecho de todo inculpado frente a una sentencia condenatoria a “recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. Esto es lo que se conoce en doctrina como “derecho al recurso” o a la “doble instancia”. Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.5 dice que “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley”.

La aplicación de esta norma del DIDH generó algunas dudas en la doctrina argentina, no con relación a su vigencia jurídica -cuya validez interna nadie discute-, sino a la lógica de su interpretación⁶¹. Una de ellas, felizmente desvirtuada por Maier, era si el Estado -como acusador- estaba habilitado para recurrir en pos de una condena o de una sentencia más grave. Este autor afirma que la doble instancia instituida por los tratados antes indicados es una garantía que protege al condenado y cualquier otra interpretación representa una verdadera hipocresía, además de una incorrección legal⁶².

Sin embargo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Jofré, Hilda y otra*, del 24 de marzo de 1993⁶³, revocó una sentencia absolutoria de instancia superior por violación a la garantía de

⁶¹ Sobre estas posturas ver Bidart Campos, Germán. “La doble instancia en el proceso penal (La Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica”, *El Derecho*, Buenos Aires, T° 118, p. 879; y Sagües, Néstor, Pedro. “La instancia judicial plural penal en la Constitución Argentina y en el Pacto de San José de Costa Rica”, *La Ley*, Buenos Aires, T° 1988 – E, p.156.

⁶² Maier, Julio B. “El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿Una garantía procesal”, en: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (obra colectiva), Edit. del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 412-413.

⁶³ *La Ley*, Buenos Aires, T. 1994 – C, p. 451.

la defensa en juicio, en un recurso de queja por apelación denegada interpuesto por el agente fiscal de Cámara. En el caso en examen, todas las evidencias condenatorias se basaban en declaraciones prestadas ante la policía. La Corte dijo que “en el presente caso no se dan las particulares circunstancias que hagan aplicable la doctrina de este tribunal [...] según la cual debe excluirse del proceso cualquier medio de prueba obtenido por vía ilegítima, toda vez que los datos que permitieron a la policía individualizar a las víctimas, fueron recabados sin coacción y como resultado de las averiguaciones que le eran impuestas” (considerando 6) La Corte Suprema concluye que “la absolución dictada deviene violatoria de la garantía constitucional del debido proceso ya que -al no haberse transgredido las disposiciones del art. 316 del Cod. de Proced. en Materia Penal- se descalificó prueba conducente para la adecuada solución de la causa” (considerando 7).

Como se aprecia, en este caso el alto Tribunal hace una incorrecta interpretación de la garantía en consideración. Debe tenerse en cuenta que tanto en primera como en segunda instancia, los tribunales de grado habían absuelto a la imputada por la grave falla procesal que adolecía la causa. En ambos grados el Ministerio Público tuvo todas las garantías procesales a su disposición y había hecho pleno uso de ellas: formuló la acusación y al no haber obtenido una sentencia condenatoria apeló. Ante la confirmación del tribunal *ad quem* de la absolución, interpuso un Recurso Extraordinario; y al no concedérsele, interpuso el Recurso de Queja que la CSJN acogió, entendiendo que no se habían respetado las reglas del debido proceso en lo que al agente de la acusación se refería.

La vigencia de un omnipresente poder acusatorio no tendría más aspiraciones. Es la convicción de que las garantías individuales son también inherentes al poder del Estado o para mejor decir de los órganos a los que compete el ejercicio de su poder. Esta perceptible inclinación jurisprudencial -malgrado pese a la ideología dominante en nuestro más alto Tribunal-, no guarda coherencia con la mejor doctrina sentada hace ya muchos años, como que fue en 1887, en el caso *Eduardo Sojo*, en el que la Corte Suprema de Justicia dejó establecido que “Es principio de derecho común que el mandatario sólo puede hacer aquello a que se halla expresa o implícitamente autorizado por su mandato, y este principio es el mismo que sirve de base a la interpretación de los poderes en el orden constitucional. Sólo a

las personas en el orden privado es aplicable el principio de que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no mande, ni privado de hacer lo que la ley no prohíbe; pero a los poderes públicos no se les puede reconocer la facultad de hacer lo que la Constitución no les prohíba expresamente, sin invertir los roles respectivos de mandante y mandatario y atribuirles poderes ilimitados”⁶⁴. Considero atinente a la inteligencia de esta antigua sentencia el pensamiento de Julio Maier cuando dice que “la garantía de las convenciones establece un derecho al recurso sólo para el condenado -y no para otras personas, menos aún para órganos estatales- y en todo caso, si se concediera un recurso al acusador, la condena lograda por él ante un tribunal superior debería permitir todavía un recurso al condenado”⁶⁵.

En el caso *Jáuregui, Luciano* del 15 de marzo de 1988⁶⁶, la Corte Suprema debió considerar la singular⁶⁷ impugnación a la ley 23.049 en cuanto ésta prevé, permitiendo el avocamiento de la justicia civil, la supresión de la instancia militar. En el *sub examine* la Corte dijo que “el requisito previsto en el art. 8º, apart. 2º, inc. h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ratificada por la ley 23.054), que establece el derecho de toda persona inculpada por un delito de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, sólo debe ser considerado en los supuestos de la sentencia definitiva de la causa u otra resolución asimilable a ella, extremo que se da en el presente proceso”.

Sobre este particular es necesario destacar que el primitivo Recurso Extraordinario establecido por la ley 48 perseguía básicamente tres objetivos: la supremacía de las instituciones federales sobre las provinciales; la supremacía de la constitución sobre las autoridades nacionales o provinciales; y la casación federal. No era de su naturaleza la consideración de cuestiones de derecho común o procesal y de asuntos de hecho y de pruebas⁶⁸.

⁶⁴ Causa CVIII, 22 de septiembre 1887, Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, CSJ, T.32, Buenos Aires, p.120.

⁶⁵ Maier, Julio B. “El recurso del condenado...”, p. 413.

⁶⁶ *La Ley*, Buenos Aires, 1988, p. 159.

⁶⁷ Singular en cuanto a que lo que el apelante cuestionaba era que por una ley se privara al Poder Ejecutivo de someter a la jurisdicción de los tribunales castrenses el tratamiento de delitos cometidos por militares en actos de servicio. Su ubicación, como personal militar de jerarquía, lo hacía confiar más en el juicio de sus pares que en el Poder Judicial.

⁶⁸ Pedro Sagües, Néstor. *Recurso Extraordinario*, Edit. Depalma, Buenos Aires, Tº I, pp. 273 y ss.

Con el desarrollo de la teoría de la sentencia arbitraria, el horizonte del Recurso Extraordinario se fue ensanchando, permitiendo por esta vía tratar cuestiones que se interpretaran como contrarias a una derivación razonable del derecho vigente, siempre que su defecto fuese tan grave que permitiera descalificárselo como acto judicial. Sin embargo, no puede interpretarse a este recurso como otro ordinario, por las restricciones propias para que su pretensión sea admitida.

Para dar adecuado cumplimiento a lo requerido en la ya citada norma de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es necesario establecer un tribunal superior que libremente pueda considerar la impugnación contra errores o vicios que perjudiquen un debido proceso, extremo que no se cumple con el Recurso Extraordinario previsto en el artículo 14° de la ley 48.

En el caso *Giroldi*, la CSJN, modificando su anterior posición, estableció que “en el caso antedicho (se refiere a *Jauregui* citado *ut supra*), el tribunal consideró que el requisito previsto en el ya señalado art. 8°, parr. 2°, inc. h de la convención se hallaba satisfecho por la existencia del recurso extraordinario federal ante este tribunal. Sin embargo, las reglas y excepciones que en aquella época determinaban la competencia apelada de la Corte Suprema sufrieron modificaciones a partir de la reforma introducida en el año 1990 por la ley 23.774. que otorgó al tribunal la facultad de rechazar, por la sola aplicación del art. 280 del Cod. Procesal Civil y Comercial de la Nación, recursos extraordinarios por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia. Que en tales condiciones puede sostenerse hoy con nuevos fundamentos que, en hipótesis como la de autos, el recurso extraordinario no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como garantía mínima para toda persona inculpada de delito” (considerandos 7 y 8).

Este caso se inició con una condena de un mes en suspenso contra dos personas por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 6 de la ciudad de Buenos Aires. Frente a esa resolución la defensa interpuso un recurso de casación alegando violación de las garantías del debido proceso y defensa en juicio. Subsidiariamente planteó la inconstitucionalidad del límite establecido en el segundo inciso del artículo 459 del Código Procesal Penal, argumentando en el sentido de que dicho límite no resultaba aplicable al caso frente a la violación de garantías

constitucionales. El tribunal de Casación rechazó el recurso sosteniendo la vigencia del pronunciamiento de la Corte Suprema en el caso *Jáuregui* en cuanto a que el Recurso Extraordinario podía ser considerado como una instancia suficiente para dar repuesta al Pacto de San José.

En el mismo sentido se orientó la Corte en el caso *Alvarez*, originado en la citación por parte de un juez correccional a dos legisladores en una causa promovida por injurias.

El 14 de octubre de 1997, la Corte Suprema tuvo oportunidad de pronunciarse en el caso *Arce, Jorge*⁶⁹ que había sido llevado a su conocimiento por un recurso extraordinario interpuesto por el representante fiscal contra un fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal, por cuanto, a su entender, se violaban las garantías del debido proceso y de igualdad ante la ley. El tribunal de casación, había sostenido entre otras cosas que “la Convención Americana sobre Derechos Humanos -que consagra la garantía de la doble instancia-, no ampara a quien ejecuta la acción penal como órgano del Estado en tanto tiene como finalidad principal asegurar la plena vigencia y el respeto de los derechos fundamentales referentes al ser humano. En el caso *Giraldi* -varias veces invocado-, la Corte entendió que era inconstitucional la norma que restringía las posibilidades recursivas al monto de la pena. Se pregunta ahora el alto Tribunal si esa garantía es aplicable al Ministerio Público, y llega a la conclusión que “las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los estados contratantes. En ese sentido la Corte Interamericana, cuya jurisprudencia debe servir como guía para la interpretación de esa convención, en la medida que el Estado argentino reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los preceptos convencionales [...] dispuso: ‘los Estados [...] asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción’. La Corte toma asimismo como antecedente la norma análoga del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el que claramente se establece que “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal

⁶⁹ *La Ley*, Buenos Aires, T. 1997 – F, p. 697.

superior conforme a lo prescripto por la ley”. (artículo 14° inciso 5). “Por lo expuesto -concluye el máximo tribunal-, de la conjunción de ambas normas, surge que la garantía del derecho de recurrir ha sido consagrada sólo en beneficio del inculpado”.

Este caso verifica una interpretación mucho más ajustada a las reglas del DIDH que la consignada en el caso *Jofré* antes citado, debiendo dejarse aclarado que aquél se había dictado antes de la reforma constitucional de 1994.

2. El encarcelamiento preventivo

Tuvimos oportunidad más arriba de referirnos al llamado principio de inocencia, desde Beccaría piedra angular del sistema penal del Estado constitucional democrático, nacido al calor de las revoluciones liberales de los siglos XVIII y XIX. Sin embargo el mismo sistema político-jurídico -pese a sus perfiles liberales-, lo desmiente a diario a través de lo que se conoce como encarcelamiento preventivo o detención provisional. Este instituto procesal penal consiste en privar de la libertad a una persona por necesidades propias de la investigación de un delito. Como dice Jean Morange:

La detención provisional supone la reunión de cierto número de condiciones de forma y de fondo. Necesita una motivación precisa de parte del juez. Debe parecer el único medio para que el inculpado no haga desaparecer pruebas o falsee testimonios, o para evitar perturbaciones del orden público [...] Muchos magistrados, por deformación profesional, por temor a la opinión pública (la “opinión bulliosa” de la que hablaba Abregú) o a la de sus superiores, se valen de esa cómoda solución en casos en que no es absolutamente indispensable. Más de la tercera parte de los detenidos en las prisiones francesas están en espera de juicio, con todos los riesgos que ello presenta; sobre todo para los que han delinquido por primera vez⁷⁰.

Con relación a la prisión preventiva, la Corte Suprema dejó establecido en el caso *Alianza Frente para la Unidad*⁷¹, que “La prisión preventiva no debe aplicarse como regla general -art. 9.3, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-, dado que se trata de una medida de naturaleza cautelar, y no punitiva, importando lo contrario privar de derechos a personas cuya responsabilidad criminal no

⁷⁰ Morange, Jean. *Las libertades públicas*, traducción de Juan José Utrilla, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1981, p. 71.

⁷¹ *La Ley*, Buenos Aires, T. 2002 – B, p. 68.

ha sido establecida en un proceso, con menoscabo del principio de inocencia -arts. 8.2, Convención Americana de Derechos Humanos y 9.1 del pacto internacional citado, incorporados al art. 75 inc. 22, Constitución Nacional por la reforma de 1994". De su parte, el juez Petracchi en su voto dijo: "Las limitaciones a la libertad que impone el sometimiento a un proceso penal deben interpretarse en forma restrictiva y aplicarse solamente para asegurar los fines del proceso, sin que pueda convertírselas en un anticipo de la pena".

La Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en el artículo 7º inciso 5 que "toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso". Por su parte la ley 24.390 que se auto-define como reglamentaria de esa norma de la citada convención, determina un plazo fijo de dos años con una prórroga de un año y otra de seis meses para los procesados que habiendo cumplido aquel lapso de detención en prisión preventiva no hubiesen sido juzgados en forma definitiva (artículos 1º y 2º). Dispone además que transcurrido el plazo mencionado, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión (artículo 7º).

El 12 de septiembre de 1996, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso *Bramajo, Hernán*⁷² destacó que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entendió que "la determinación del plazo razonable en el derecho interno argentino surge en cada caso de la consideración armoniosa de estas dos disposiciones -hizo referencia al art. 379 inc. 6 y al art. 380 C. Pr. Cr.- quedando librada esa consideración al criterio del juez que debe decidir en base a los parámetros que la ley le marca taxativamente para que los valores en forma conjunta. En tales condiciones -agrega la CSJN-, cabe tener presente que el espíritu que determinó la sanción de la ley 24.390 y el fin último por ella perseguido, surge del debate parlamentario, el que puede sintetizarse en la necesidad de resolver la situación de los detenidos en prisión preventiva sin haber sido juzgados, los cuales, no obstante gozar de la presunción de inocencia por no haber sido condenados, continúan detenidos sin sentencia definitiva, más allá de lo que la Convención Americana sobre Derechos Humanos denomina "plazo razonable de detención".

⁷² *La Ley*, Buenos Aires, T. 1996 – IV, p. 439.

La Corte Suprema invocó el Informe 10.037 de la Comisión Interamericana, referido a la República Argentina en el que estableció que “el Estado Parte no está obligado (por la convención) a fijar un plazo válido para todos los casos con independencia de sus circunstancias [...] quedando el concepto de plazo razonable sujeto a la apreciación de la gravedad de la infracción, en cuanto a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable”. En base a ello, el Tribunal superior de la República, dispuso que la validez del artículo 1º de la ley 24.390 (ley del dos por uno), se hallaba supeditada a la circunstancia de que los plazos fijados en aquella norma, no resulten de aplicación automática por el mero transcurso de los plazos fijados, sino que han de ser valorados en relación a las pautas establecidas, a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable.

Debe señalarse que en este fallo de la Corte, tres de sus nueve miembros votaron en disidencia.

Ya anteriormente, la Sala 1ª de FERIA de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal en los casos “Troiano” y “Fernández Laborda” del mes de enero de 1995, habían declarado la inconstitucionalidad del artículo 1º de la ley 24.390 por cuanto esta norma establecía como razonable el transcurso de un tiempo fijo, invadiendo así facultades netamente jurisdiccionales. En el caso citado, si bien la Corte no hizo lugar a la inconstitucionalidad impetrada por el Ministerio Público, criticó y desechó la aplicación de la ley del dos por uno, poniendo en “entredicho” la norma, que en 2001 fue derogada por el Congreso de la Nación.

Los tribunales argentinos, por aplicación del principio de la “ley más benigna”, fueron estableciendo que la norma derogada se seguiría aplicando en aquellas causas iniciadas durante su vigencia. Así lo resolvió muy recientemente la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires⁷³.

3. Situación de los niños frente al problema de la seguridad

La Convención Internacional de los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 luego de cerca de diez años de debates. Como dice

⁷³ *Diario La Nación*, 13 de noviembre 2003, Buenos Aires, p. 17.

Mary Beloff “[en] términos generales es posible afirmar que ningún otro instrumento internacional específico de protección de los derechos humanos ha tenido la aceptación y el consenso generados por la Convención Internacional de los Derechos del Niño. La razón que explica tal generalizada aceptación, se encuentra en el hecho de que prácticamente en todo el mundo los niños son considerados las personas más vulnerables en relación con violaciones a los derechos humanos”⁷⁴.

Ratificada en la República Argentina por la ley 23.849, la Convención cambió sustancialmente el paradigma de los menores hasta entonces objeto de tutela, a la condición de sujeto de derechos. Se redefine de este modo el rol de los adultos a los que se asigna la responsabilidad del cuidado y protección en reemplazo del antiguo criterio de discrecionalidad y disponibilidad sobre ellos. Esta nueva concepción comprende fundamentalmente el bienestar, el derecho de expresión y la autodeterminación de los niños.

Diversos pronunciamientos judiciales (*S. M., M. R c/A., P. C. Cámara Nacional en lo Civil, Sala I, 26 de diciembre de 1997; A. De B., M y B., Ch. Cámara Nacional en lo Civil, 22 de septiembre de 1998; P., F. E. C/P., E. N. Cámara Nacional en lo Civil, 24 de noviembre de 1998; S., J. M. C/G., A. M. Juzgado Nacional en lo Civil n° 43 de la ciudad de Buenos Aires, 28 de noviembre de 1998; L., M.V. c/M., O. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Noroeste, Chubut, 17 de agosto de 1999; D. P. V., A c/O., C. H, CSJN, 11 de enero 1999⁷⁵ y *S., V c/ M., D. A. Corte Suprema de Justicia de la Nación*⁷⁶), básicamente referidos a cuestiones de patria potestad paterna y derechos y deberes que se desprenden de ella tales como tenencia, alimentos y régimen de visitas, fueron resueltos conforme a las normas del DIDH.*

Los indicados pronunciamientos judiciales aplican el principio del Interés Superior del Niño que establece el artículo 3° de la Convención:

⁷⁴ Beloff, Mary A. “La aplicación directa de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en el ámbito interno”, en: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Edit. del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 624.

⁷⁵ *La Ley*, Buenos Aires, T. 1999-F, p. 671.

⁷⁶ *La Ley*, Buenos Aires, T. 2002-A, p. 757.

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial que se atenderá será el interés superior del niño. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y con ese fin tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños, cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

El principio del Interés Superior ha recibido diferente tratamiento en la doctrina jurídica especializada, encontrando sustento material en la situación de mayor vulnerabilidad en que se hallan los niños y jóvenes en su relación con el mundo adulto, derivada de las diferencias que se advierten en su desarrollo biopsíquico-social. Este axioma integra el concepto de justicia respecto de los niños, toda vez que al exigir la consideración primordial de sus intereses, persigue equiparar su situación a la de los adultos.

Cabe destacar la utilidad e importancia del principio del interés superior desde una perspectiva antropológica e interdisciplinaria en la realización efectiva y concreta de los derechos expresa o implícitamente reconocidos a los niños. La satisfacción del interés superior del menor consiste lisa y llanamente en la protección y reconocimiento de sus derechos, asegurando el desarrollo físico y psíquico en condiciones saludables.

Este principio proporciona una pauta objetiva que permite resolver los conflictos del niño con los adultos que lo tienen bajo su cuidado. La decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para el menor. (De la sentencia dictada en *Durán de Costa c/Municipalidad de Vicente López*, causa n° 89452.)

No ha corrido igual suerte desde el punto de vista jurisprudencial, la situación particular que se presenta con relación a niños, niñas y adolescentes frente a las normas penales. El tema reviste una doble gravedad si se tiene en cuenta que casi exclusivamente se trata de niños y adolescentes provenientes de familias muy carenciadas con las

proyecciones que ello implica. Cuando los niños cometen delitos, desde sectores políticos y desde la prensa, se piden aumentos de las penas, reducción de la edad de imputabilidad, y “mano dura”, en la convicción y certeza de que se trata de elementos irrecuperables y que sólo una sanción fuertemente ejemplificada podrán disuadirlos de seguir en el camino del delito a la vez que proteger a la sociedad de las amenazas que ellos representan.

Frente a estas demandas, los jueces suelen aplicar rápidamente medidas privativas de la libertad, a pesar de que otras serían posibles, apropiadas y mucho más eficaces para la reinserción de esos niños a una vida social más apropiada para su edad. La mejor prueba de este desinterés judicial, es que prácticamente no se conocen pronunciamientos judiciales sobre la inconstitucionalidad de normas sancionadas con anterioridad a la Convención sobre Derechos del Niño y que entran en colisión jurídica con ella.

La edad de los niños que cometen delitos es muy corta (a partir de los diez u once años) y sus perfiles psicológicos, sociales y sociológicos reflejan situaciones de extrema pobreza, baja o nula instrucción escolar, desintegración familiar, falta de una figura paterna responsable, etc.

En el derecho penal argentino, la imputabilidad penal se opera partir de los dieciséis años y el trato legal que se le da a un niño que cometió un delito es igual al de un adulto. No existe un sistema penal específico para ellos, y los centros de protección de los menores no la brindan sino en muy reducida manera. Por el contrario, allí sufren malos tratos a la vez que no se los preserva de malas enseñanzas por parte de otros reclusos. Como dice Sergio Cuarezma: “[e]l ser humano, y sobre todo el niño, logra gran parte de su desarrollo por medio de un aprendizaje activo en la interacción con su medio local. El niño o la niña que vive en una institución, a pesar de estar rodeado de adultos que lo atienden y compañeros que comparten cotidianamente la vida, está en un espacio determinado y ve de lejos ese entorno, esa comunidad, esa sociedad amplia, esa dinámica que le enseña a enfrentar la vida, que, aunque dura y hostil, le ofrece la recompensa de vivir en su medio real”⁷⁷.

⁷⁷ Cuarezma, Sergio. “Seguridad de los habitantes, adolescentes y ley penal”, en: *Delito y seguridad de los habitantes* (obra colectiva), Siglo Veintiuno, México, 1997, p. 253

Un muy desafortunado pronunciamiento judicial en la Argentina, fue el de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *A. M. Y L. K. s/ recurso de amparo* del 21 de noviembre de 1989⁷⁸, en el que se convalidó la práctica del Servicio Penitenciario Federal de someter a revisiones vaginales a las mujeres o niñas que quisieran visitar a los internos.

Como quedó dicho más arriba, existe una señalada morosidad por parte de los tribunales en aplicar las normas de la Convención de los Derechos del Niño bajo el pretexto de una supuesta necesidad de regulación judicial interna. Esta interpretación contraria en nuestro caso la doctrina sentada por la CSJN en el caso *Ekmekdjian* en tanto allí se sostuvo que cuando se ratifica un tratado, existe una obligación internacional de que todos los órganos del Estado, sean administrativos o judiciales, apliquen ese tratado a los supuestos por éste abordados, siempre que el tratado contenga descripciones lo suficientemente concretas de estos supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata.

Adviértase que el artículo 37 de la Convención establece que los Estados partes velarán porque:

- a. Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad.
- b. Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.
- c. Todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular todo niño privado de libertad, estará separado de los adultos, a menos que ello, se considere contraria al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

⁷⁸ Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22 de noviembre 1989, T. 312, Buenos Aires, p. 2218.

- d. Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, imparcial e independiente, y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Como bien observa Mary Beloff⁷⁹, las situaciones previstas en este artículo son directamente operativas. El inciso b) plantea que la privación de libertad es una medida de último recurso y a ser adoptada por el más breve tiempo posible.

La experiencia diaria demuestra que en la práctica de que esta norma no se aplica debidamente por nuestros tribunales. Ni se toma como último recurso, ni por el menor tiempo posible. Es humanamente explicable el malestar que produce en un magistrado ser maltratado por los medios de difusión que divulgan demagógicamente la especie de que los jóvenes delincuentes “entran por un puerta y en el mismo día salen por otra”; pero es institucional y éticamente inadmisibles que a un juez le dicten sus resoluciones la exacerbada crítica de una descalificada opinión social, por grande que sea, antes que la constitución, el derecho y su conciencia.

Otra norma que debe resultar directamente operativa es la del artículo 40º de la Convención, en particular en cuanto ratifican el principio de la presunción de inocencia, principio que se ve vulnerado en los casos de internación durante el proceso cuando no se haya probado debidamente por parte del acusador peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación; el de la demora en el tratamiento sobre el fondo del proceso, especialmente cuando el menor está internado, etc.

VII. Conclusiones

- a. El DIDH es una rama del Derecho Internacional que se ha desarrollado a partir de la última mitad del siglo XX para prevenir y enjuiciar las numerosas violaciones a los Derechos Humanos. A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, ha crecido mediante numerosos instrumentos internacionales universales y regionales que se fueron incorporando al derecho positivo interno de la mayoría de los Estados del mundo.

⁷⁹ Beloff, Mary A. “La aplicación directa...”, p. 632.

- b. El DIDH no sólo se presenta como un conjunto de normas para que sean cumplidas por los Estados firmante de los tratados sobre Derechos Humanos, sino también como herramienta de juicio y castigo para las violaciones a esos derechos. El DIDH reconoce la necesidad de instruir proceso y juzgar a los criminales que hubiesen incurrido en esas infracciones, aplicando el principio de extraterritorialidad, vale decir reconociendo la posibilidad de que los crímenes contra los Derechos Humanos cometidos en un Estado sean juzgados en otro, por órganos supranacionales y aun nacionales.
- c. El DIDH se presenta como el insuperado horizonte de la justicia en el siglo que se inicia. Si bien se violan en el mundo de hoy en muchos lugares los derechos humanos, es igualmente cierto que estos crímenes sufren la condena universal de los pueblos, al mismo tiempo que son frecuentemente alcanzados por el brazo de la justicia. Muchos ejemplos que pueden observarse y en los que en apariencia no pudieron hacerse efectivos los castigos previstos (tal el caso de Augusto Pinochet), no pueden equipararse a la impunidad, por la enorme cantidad y variedad de efectos que esos procesos producen.
- d. El mayor avance que debe reconocerse al DIDH es que si en sus orígenes se procuró proteger los Derechos Humanos a partir de la internacionalización de su reconocimiento, hoy estamos frente a la nacionalización de esos derechos a través de su incorporación al derecho interno y a su directa operatividad.
- e. Puede afirmarse que la aplicación universal del DIDH no debe interpretarse como mengua de la dignidad de un Estado o de sus nacionales. Juan Bautista Alberdi, reconocido como uno de los fundadores del Derecho Internacional latinoamericano, introdujo en 1866 la idea de que los derechos de las personas deberían ser materia de protección por parte del Derecho Internacional porque tanto eran sus sujetos los Estado como los seres humanos. De ese modo sostuvo que una persona que viera afectados sus derechos, podía pedir al mundo su protección en nombre propia, cuando el gobierno del Estado del que fuese nacional, los desconociese o atropellara.
- f. Debe señalarse en esta materia el importante papel que puede jugar la jurisprudencia de los tribunales. El mejor ejemplo es la

sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido caso *Ekmekdjian*, en el que se reconoció la jerarquía constitucional de los tratados sobre Derechos Humanos con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, a la vez que la plena operatividad de sus normas.

- g. En ese sentido y a la luz de sus diferentes pronunciamientos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación debe ser el órgano de contralor –a través de las reglas procedimentales establecidas en nuestro ordenamiento jurídico-, del efectivo cumplimiento de las normas de protección de los Derechos Humanos consagrados en los tratados y convenciones.
- h. El DIDH por sus particularidades, reconoce la necesidad de pautas interpretativas propias a través de las cuales se pongan en salvaguarda los derechos que reconoce. Muchas de estas reglas están tomadas del derecho común, pero siempre teniendo en cuenta cuáles son los intereses jurídicos tutelados por los tratados y convenciones.
- i. Con respecto a lo que es propio del llamado Derecho de los Tratados, el DIDH reconoce dos principios fundamentales a saber: 1) la plena operatividad de sus normas en el derecho interno según lo ya adelantado en el punto f) de estas conclusiones; y 2) su irreversibilidad, esto es la intangibilidad de sus contenidos frente a eventuales disposiciones legales que intentaran dar marcha atrás en su aceptación e incorporación al derecho interno.
- j. El problema de la seguridad ciudadana es la consecuencia de un modelo económico-social de exclusión y marginalidad, que arroja a vastos sectores de la población, sobre todo de los países menos desarrollados, a niveles de pobreza y aun de indigencia. Esto no quiera decir que exista una relación de causa-efecto entre la pobreza y la criminalidad, señala únicamente que en esas condiciones de vida, caracterizadas por la inaccesibilidad de los bienes para satisfacer las necesidades básicas, la falta de instrucción, los malos tratos, la promiscuidad, el hacinamiento, la falta de trabajo y de perspectivas de progreso individual y familiar, se favorece el desarrollo de las tendencias a la criminalidad.
- k. Las políticas públicas sobre el tema de la seguridad ciudadana a pesar de reconocer en el discurso las circunstancias anotadas en el párrafo anterior, se dirigen básicamente a la represión y a las

modificaciones legales que empeoren la situación penal del delincuente entre ellas el aumento de las penas, el retaceo a los beneficios de la libertad provisional y otras medidas sustitutivas de la privación de la libertad.

- l. Desde otros sectores se incrementa la actitud indicada a través de campañas demagógicas, sobre todo desde la prensa, estimulando el resentimiento de la sociedad hacia los sectores más marginados.
- m. La matriz constitucional y jurídico – penal de los países occidentales puso un fuerte énfasis en la valorización del ser humano. Leyes y constituciones de su raigambre rodearon al ciudadano de garantías y derechos. Los principios de defensa en juicio, de reserva a la ley, de presunción de inocencia fueron en la mayoría de los casos puntillosamente definidos. Sin embargo, la realidad muy pocas veces verificó el ejercicio de esos derechos a la mayoría de la población. Puede afirmarse que esos sectores sociales, han sido sistemáticamente excluidos del sistema de garantías.
- n. El retorno y la consolidación de la democracia si bien desterró las aberrantes violaciones a los derechos humanos que se habían conocido en los años de la dictadura militar, no terminó de desterrar prácticas y procedimientos que pueden calificarse como verdaderas violaciones a los derechos humanos (no se está haciendo referencia a los derechos económicos, sociales y culturales).
- o. La llamada “violencia institucional” entró a formar parte de las prácticas diarias de los procedimientos represivos bajo la forma de privaciones ilegítimas de la libertad, apremios ilegales, sevicias, muertes bajo la forma de verdaderas ejecuciones, cuando no muertes de terceros inocentes que se encuentran accidentalmente en un enfrentamiento armado.
- p. Estas observaciones no ocultan la matanza de numerosos agentes policiales en muchos enfrentamientos o cuando son identificados como tales, circunstancia en la que lisa y llanamente son “fusilados”.
- q. En este trabajo se tuvieron en cuenta básicamente tres temas de referencia en cuanto a la aplicación del DIDH por parte de los

tribunales argentinos. Dos de ellos porque son los que más abundan en pronunciamientos judiciales, con intervenciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El otro porque tiene una singular implicancia en este tema que es el de los niños y adolescentes, habida cuenta que en un altísimo número de casos delictivos, están involucradas personas que por su edad, encuadran en los contenidos de la Convención de los Derechos del Niño.

- r. En orden al primero de los tópicos señalados, es decir el derecho a la doble instancia previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se ha verificado la principal jurisprudencia y su desarrollo. Del análisis de esos fallos, surge una clara y positiva evolución en procura de dar el mayor y más preciso reconocimiento a los derechos consagrados en la Convención.
- s. Con relación al tema de la prisión preventiva, un fuerte rechazo de la opinión pública a la llamada ley del dos por uno que reglamentaba la Convención Americana, estableciendo un criterio rígido de interpretación para el juez sobre el otorgamiento de esa medida, determinó que el parlamento la derogara. Lo real es que con ley o sin ley los procesos penales no adelantaron y se siguen registrando demoras que en los hechos configuran un desconocimiento a la Convención.
- t. Donde la situación jurisprudencial registra los mayores atrasos es con relación al tratamiento penal de los niños y adolescentes. De un parte los tribunales de justicia han sido reticentes en declarar la inconstitucionalidad de los instrumentos jurídicos vigentes desde antes de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, a pesar de contravenirla, y por la otra, es altamente criticable la indiferencia que se registra en muchos casos por los atropellos de los derechos de los niños en los procedimientos policiales y penitenciarios. Es igualmente reprochable la abusiva aplicación de privaciones preventivas de la libertad, sin considerar la posibilidad de aplicar medidas alternativas que salvaguarden la salud física y psíquica del niño o adolescente.
- u. Finalmente cabe concluir que si bien los estándares judiciales con respecto a la aplicación del DIDH no alcanzan el nivel deseable y conforme a los objetivos que se tuvieron en cuenta al momento de aprobarse los respectivos instrumentos internacionales, han ido evolucionado lenta pero favorablemente.