



**BLOQUE DE DEFENSORES PÚBLICOS OFICIALES DEL MERCOSUR**

**BOLETIN DE JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL**

**N° 1  
DICIEMBRE 2010**

Elaborado por la Defensoría Penal Pública de Chile

# Índice

## Argentina

Tenencia de Estupefacientes –Consumo personal- Punicción-  
Salud Pública (CSJN Argentina 2009.08.25 rol 9080) ..... 2

Inconstitucionalidad del originario artículo 10 –actual art. 11-  
de la ley 24.390 por resultar violatorio del principio de inocencia,  
el derecho a la igualdad (art. 16 C.N.) y el art. 4.5. CADH (CSJN  
Argentina 2010.06.15 rol V210 XLI) ..... 38

## Chile

Consulta estados de recursos detalle resolución  
Recurso 6305/2010 - Resolución: 39335 – Secretaría ..... 42

Santiago, a veinticinco de octubre de dos mil diez.  
Causa rol único 0900859636-8 e interno del tribunal 94 – 2010..... 49

## Paraguay

Solicitud de detención preventiva con fines de Extradición del ciudadano  
argentino E.A.B. N°1184/09 ..... 56.

JUICIO: “Felipe Gómez Gómez c/ Emp. de Transporte “San Gerardo” s/  
Indemnización de Daños y Perjuicios”..... 62

## Uruguay

Ante comportamiento omiso del Estado-Ministerio del Interior en cuanto  
no proporciona plazas laborales y educativas suficientes para redención  
de pena, según ley 17.897 ..... 68

Reclamación de identidad sexual - Cambio de sexo –  
Cambio de nombre – Derechos humanos - Derechos de la personalidad –  
Derecho a la identidad - Derecho a la integridad existencial ..... 74

## Contenido por países

### ARGENTINA

#### Tenencia de Estupefacientes –Consumo personal- Punición- Salud Pública (CSJN Argentina 2009.08.25 rol 9080)

**SÍNTESIS JURÍDICA:** La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que corresponde declarar la inconstitucionalidad del art.14, 2º párrafo de la ley 23.737, en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, pues conculca el art.19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales.

Asimismo, que corresponde exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a los fines de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país (p. II, sentencia CSJN).

**SÍNTESIS DE LOS HECHOS:** El Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 2 de Rosario, provincia de Santa Fe, no hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 y condenó a los imputados como autores del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal. Llegadas las actuaciones en queja a la instancia extraordinaria federal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al recurso y declaró la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

#### TEXTO COMPLETO:

Dictamen de la Procuración General de la Nación:

Suprema Corte:

-I-

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 1 de Rosario, provincia de Santa Fe, no hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 formulado por la defensa, y condenó a A. N. V. y C. M. como autores del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal. Contra ese fallo, la Defensora Oficial interpuso recurso de inconstitucionalidad y, subsidiariamente, casación por errónea aplicación de la ley penal sustantiva. Ambos recursos fueron concedidos por el tribunal de juicio a fs. 541/543. Al conocer en esa impugnación, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal los rechazó por mayoría (fs. 578/590 vta.).

Contra esa resolución la defensa pública interpuso recurso extraordinario federal que, declarado formalmente admisible por el a quo (fs. 622), corresponde analizar.

-II-

El recurrente sostiene que el tipo penal previsto en el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, en cuanto reprime la tenencia de estupefacientes para consumo personal, es incompatible con el principio de reserva contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Particularmente señala que el principio de lesividad deslegitima cualquier intervención punitiva cuando no media un conflicto jurídico, entendido como la afectación a un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo. Sobre esa base, la defensa afirma que la incriminación de la mera tenencia crea una presunción genérica y absoluta de peligro abstracto que dejaría insatisfechos los requisitos del artículo 19 de la Constitución Nacional, que exige el daño o el peligro concreto a derechos de terceros, al orden o a la moral pública.

-III-

Más allá de mi opinión personal acerca de la valoración constitucional que merezca la conducta incriminada, considero que la apelación carece de la adecuada fundamentación que exige el artículo 15 de la ley 48. En efecto, ha dicho reiteradamente V.E. que para la procedencia del recurso extraordinario no basta la prédica de una determinada solución jurídica si ella no está razonada, constituye agravio concretamente referido a las circunstancias del caso y contempla los términos del fallo impugnado, del cual deben rebatirse, mediante una prolija crítica, todos y cada uno de los argumentos en que se apoya y da lugar a agravios (Fallos:302:1564; 308:2263; 312:587, 323:1261; 325:309 y 1145; 327:352, entre otros).

Esta es, sin embargo, la situación que se configura en autos, pues el recurrente pretende fundar la inconstitucionalidad del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal (artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737) en numerosas observaciones jurídicas introducidas a través de la compilación de citas textuales de jurisprudencia y afirmaciones teóricas que, más allá de su acierto o error, no encuentran su debida referencia a las concretas circunstancias de la causa.

Esa falta de relación se pone especialmente en evidencia cuando en el recurso se predica la inconstitucionalidad de la figura, en tanto delito de peligro abstracto, por considerar que el principio de lesividad requiere al menos peligro concreto, sin siquiera intentar explicar cómo una solución tal se insertaría en la tradición del derecho europeo-continental, del cual participa nuestra legislación penal, y la propia jurisprudencia de la Corte, que en reiteradas oportunidades ha interpretado que ciertos delitos son de peligro abstracto o ha resuelto diversas cuestiones precisamente en función de ese peligro abstracto que le asignó a un determinado delito, por ejemplo, respecto a la tenencia de armas de guerra (Fallos: 319:567), a la guarda de semillas utilizables para producir estupefacientes (Fallos: 302:111 y 327:991) y al almacenamiento o tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (Fallos: 321:160; 323:3486, entre muchos otros).

-IV-

Por último, la defensa tacha de arbitraria la sentencia del tribunal de casación. Manifiesta, en ese sentido, que al considerar erróneamente el a quo que el recurso de inconstitucionalidad no había sido concedido por el tribunal oral, dejó sin estudiar -siquiera mínimamente- el agravio relativo a la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737. Asimismo, el apelante señala que en ocasión de resolver el recurso de casación, la Sala III se remitió a lo decidido por V.E. en Fallos: 313:1333 y a reiterar lo dicho en otros precedentes del propio tribunal, sin atender a los argumentos introducidos por la parte.

Sin embargo, una simple lectura de la sentencia impugnada revela que, contrariamente a lo manifestado por la defensa, el a quo sí ha tratado con fundamentos suficientes los agravios planteados en los recursos de inconstitucionalidad y casación en subsidio, y si bien es cierto que en el dispositivo se omitió la mención respectiva, como ha reconocido reiteradamente la Corte, las sentencias judiciales constituyen una unidad lógico-jurídica que debe interpretarse no sólo en su parte dispositiva sino también en sus fundamentos y conclusiones parciales (Fallos: 305:209; 307:112, entre otros).

-V-

Por lo expuesto, opino que el recurso deducido resulta formalmente inadmisibile, correspondiendo su rechazo.

Buenos Aires, 17 de agosto de 2007. - Esteban Righi.

Buenos Aires, agosto, 25 de 2009.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de G. A. F., M. E. A., M. A. V., G. A. M. y L. A. C. en la causa A., S. y otros s/ causa n° 9080", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1°) Que esta causa se inició el 19 de enero de 2006, a raíz de lo informado por el Jefe de la Sección Rosario de la Policía Federal Argentina, dando cuenta que de distintas actuaciones sumariales labradas en esa dependencia por infracción a la ley 23.737 surgía que todos los detenidos habían tenido contacto en forma esporádica con una finca emplazada en la calle Nicaragua casi esquina Forest, donde se habían observado los movimientos típicos de la venta de estupefacientes al menudeo.

En virtud de ello se dispuso la instrucción del sumario que fue delegada a la fiscal en turno, quien en función de las tareas de observación y vigilancia llevadas a cabo por la prevención, las imágenes captadas y grabadas en un video casete que se incorporó al expediente, y en las constancias que surgían de las copias de los sumarios acumulados al proceso, sostuvo que podía inferirse que en la finca aludida un sujeto se dedicaría a la comercialización de estupefacientes. En función de ello solicitó y obtuvo la correspondiente orden de allanamiento, registro y secuestro, que tuvieron lugar el 26 de febrero de 2006, conforme a lo que surge del acta que luce a fs. 63/64 y, posteriormente, el 27 de abril de 2006 (fs. 119/122). También en el marco de las distintas medidas procesales adoptadas en el sumario, se acumularon los expedientes n° 1268/05 " F., G. A. s/ley 23.737", n° 81/06 " A., M. E.; V., M. A. s/ley 23.737" y n° 506/06 " M., G. A. y C., L. A. s/ley 23.737", entre otros.

2°) Que, tras la realización del debate oral y público (fs. 997/1020), el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de Rosario, Provincia de Santa Fe, con fecha 30 de agosto de 2007, rechazó las nulidades interpuestas por las defensas y el planteo de inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, y condenó a: I) S. E. A. o E. S. A., como autor penalmente responsable del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización -dos hechos, en concurso real- (artículos 55 del Código Penal y 5°, inc. c, de la ley 23.737), a la pena de seis años de prisión, multa de seiscientos pesos (\$ 600) e inhabilitación absoluta por igual tiempo al de la condena, imponiéndole la medida de seguridad curativa prevista en el artículo 16 de la ley citada; II) C. A. S., como autor penalmente responsable del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización -dos hechos en concurso real- (artículos 55 del Código Penal y 5°, inc. c, de la ley 23.737), a la pena de cuatro años de prisión, multa de quinientos pesos (\$ 500) e inhabilitación absoluta por igual tiempo al de la condena (artículo 12 del Código Penal); III) M. B. V., como autora penalmente responsable del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización -dos hechos en concurso real-, en carácter de partícipe secundaria (artículos 5°, inc. c, de la ley 23.737, y 46 y 55 del Código Penal), a la pena de dos años y seis meses de prisión y multa de doscientos pesos (\$ 200); IV) G. A. F., M. E. A., M. A. V., G. A. M. y L. A. C., como autores del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal (artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737) a la pena de un mes de prisión de ejecución condicional (artículo 26 del Código Penal), imponiéndoles por el término de dos años las siguientes reglas de conducta (artículo 27 bis del Código Penal): 1) fijar residencia y someterse al cuidado de un Patronato; 2) abstenerse de usar estupefacientes, de abusar de bebidas alcohólicas y de relacionarse con personas vinculadas al expendio o consumo de estupefacientes. En todos los casos sustituyó la aplicación de la pena y dispuso una medida de seguridad educativa en la forma prevista por el artículo 21 de la ley 23.737, dando intervención a ese efecto al señor juez de ejecución penal (fs. 1021/1023 y 1048/1063).

3°) Que la defensa interpuso recurso de casación en favor de E. S. A., M. B. V., G. A. F., M. E. A., M. A. V., G. A. M. y L. A. C. (fs. 1101/1130), que fue rechazado por el tribunal a quo a fs. 1154/1157, quien -a su vez- declaró inadmisibles los recursos extraordinarios deducidos por la defensa.

Ello dio lugar a la interposición del recurso de hecho deducido por el defensor oficial de E. S. A., M. B. V. (expte. A.890.XLIV), fallado por la Corte Suprema con fecha 5 de mayo de 2009, donde se tuvo por desistido el recurso interpuesto a favor de A. y se desestimó la queja respecto de V..

De tal modo, la cuestión sometida a estudio de este Tribunal ha quedado circunscripta a los hechos vinculados a F., A., V., M. y C., en la queja en estudio.

4°) Que, en este sentido, corresponde señalar que al fijar la materialidad de los hechos el tribunal de juicio tuvo por acreditada la tenencia por parte de G. A. F. de tres cigarrillos de marihuana de armado manual (con un peso de 0,283 gramos, 0,245 gramos y 0,161 gramos, cada uno; y dosis umbrales: 0,8; 1,1 y 0,5, respectivamente), incautados del bolsillo delantero izquierdo del pantalón que vestía F. por parte del personal de la Sección Rosario de la Superintendencia de Investigaciones Federales de la Policía Federal Argentina, en el procedimiento que tuvo lugar el 29 de octubre de 2005 en la intersección de las calles Forest y México, de la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe.

También tuvo por probada la tenencia de tres cigarrillos de marihuana por parte de M. E. A. y de un cigarrillo de marihuana por parte de M. A. V. (con un peso de 0,25 gramos, 0,30, gramos, 0,27 gramos y 0,25 gramos; y de 10 dosis en total), incautados del bolsillo trasero izquierdo del pantalón que vestía el primero y del bolsillo derecho lateral del pantalón que vestía el segundo, en el procedimiento llevado a cabo por el personal de prevención antes mencionado, el 18 de enero de 2006, en la intersección de las calles Forest y México de la ciudad de Rosario.

Por último, tuvo por demostrada la tenencia por parte de G. A. M. y L. A. C. de tres cigarrillos de marihuana de armado manual -cada uno de ellos- (con un peso de 0,31 gramos, 0,29 gramos, 0,29 gramos, 0,25 gramos, 0,26 gramos, 0,27 gramos, cada uno; y dosis umbrales: 0), secuestrados en el procedimiento que tuvo lugar el 26 de abril de 2006, en la intersección de las calles Forest y México de la ciudad de Rosario, por parte de personal de la Brigada Operativa Departamental II, dependiente de la Dirección General de Drogas Peligrosas de la Policía de la Provincia de Santa Fe; en este caso, al percatarse de la presencia policial, los imputados dejaron caer sobre la vereda dos paquetes de cigarrillos conteniendo el material posteriormente incautado.

5°) Que en el recurso de casación la defensa se agravió del rechazo del planteo de inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, y postuló la revisión de lo decidido sobre la base de la nueva composición de la Corte Suprema y de los argumentos que habían conformado el fallo dictado por dicho Tribunal en el caso "Bazterrica" (LA LEY, 1986-D, 550), en el cual se había declarado la invalidez constitucional de un texto normativo -ley 20.771, artículo 6°- que incriminaba la tenencia de estupefacientes para uso personal con un alcance semejante al que lo hace la norma impugnada.

6°) Que por su parte, los integrantes de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal rechazaron el recurso señalando que esa sala se había expedido con anterioridad en los antecedentes que citan, acerca de la constitucionalidad del segundo párrafo del artículo 14 de la ley 23.737.

7°) Que en el recurso extraordinario la defensa sostuvo que la sentencia apelada era violatoria del principio de reserva consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, puesto que la conducta de los imputados se había llevado a cabo dentro del marco de intimidad constitucionalmente resguardado.

Por otro lado, alegó que la escasa cantidad de droga encontrada no permitía inferir de manera alguna la potencialidad de la sustancia para generar dependencia física o psíquica en el consumidor, y menos aún podía afectar la pretendida salud pública. En este sentido sostuvo que la injerencia del poder sancionador en el ámbito de la libertad personal era abiertamente violatorio de las garantías constitucionales.

Agregó que si bien la postura del tribunal a quo hacía pie en el precedente "Montalvo", la jurisprudencia de la Corte Suprema había sido errática, de modo que correspondía verificarse si los argumentos de mérito, oportunidad y conveniencia que sostuvieron aquella decisión seguían vigentes. Al respecto consideró que el gran incremento de causas por tenencia para consumo personal a partir de la vigencia de la ley 23.737 demostraba que el resultado no era acorde al fin con el que había sido concebida sino, antes bien, la prueba del fracaso del efecto disuasivo que se había pretendido obtener persiguiendo indistintamente al tenedor de estupefacientes para consumo personal.

Expuso que la postura asumida por la Corte Suprema en los precedentes "Bazterrica" y "Capalbo" era la más adecuada a un Estado de Derecho que respete el ámbito de autodeterminación de los ciudadanos; en este sentido avaló su posición en torno a la afectación al principio de reserva con transcripciones del fallo "Bazterrica", y el voto en disidencia del juez Petracchi en "Montalvo".

Asimismo, subrayó que el argumento de cambio de composición del Tribunal había sido utilizado por la misma Corte como fundamento al retomar en "Montalvo" lo decidido en "Colavini".

Por último, con invocación de la doctrina de la arbitrariedad sostuvo que en el caso no se había acreditado que la conducta de los imputados hubiese afectado de alguna forma el bien jurídico protegido por la norma -salud pública-, de modo que con fundamento en el principio de lesividad que proscribía el castigo de una acción que no provocara un resultado o, por lo menos, un riesgo especialmente previsto, era inadmisibles la sanción pretendida por tratarse de una acción atípica.

8°) Que, por su parte, el tribunal a quo declaró inadmisibles el recurso extraordinario, pues según entendió los argumentos expuestos por el apelante eran insuficientes para conmovir la doctrina sentada por esa sala en torno a la constitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23. 737.

Tal decisión dio origen a la presente queja.

9°) Que de la reseña efectuada surge que la defensa ha articulado un genuino caso constitucional. En efecto, el núcleo de su argumentación estuvo dirigido a cuestionar la validez constitucional de la figura legal que sanciona la tenencia de estupefacientes para consumo personal, por la afectación que tal incriminación ocasionaría al principio de reserva contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional. De ese modo, puso en tela de juicio una ley federal (artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737) como contraria al principio de reserva contenido en el artículo 19 de la Carta Magna, y la decisión definitiva fue contraria a los derechos que la recurrente fundó directamente en la Constitución Nacional (artículo 14, inciso 1, de la ley 48).

10) Que como primera consideración cabe señalar que las cuestiones centrales en debate en el sub lite, tales como el alcance que cabe otorgarle a las "acciones privadas" previstas en el artículo 19 de la Constitución Nacional, al bien jurídico "salud pública", han sido resueltas acertadamente en "Bazterrica" (Fallos: 308:1392), precedente que en los últimos veinte años, se ha transformado en un caso emblemático, e incluso en uno de los más estudiados en círculos académicos, razones por las cuales este Tribunal no pretende emular sino sostener.

Cabe señalar que la decisión mayoritaria del caso "Bazterrica" se integró con el voto conjunto de los jueces Belluscio y Bacqué, y por el individual del juez Petracchi; a las consideraciones de este último voto este Tribunal hoy decide remitirse, habida cuenta de las ilustradas consideraciones sobre intimidad y autonomía personal que allí se exponen, ello sin perjuicio de los conceptos relevantes del otro voto conjunto que complementa la resolución jurídica correcta de la cuestión aquí traída.

11) Que si bien con posterioridad a "Bazterrica", la Corte dictó otro pronunciamiento in re "Montalvo" (Fallos: 313:1333), que consideró legítima la incriminación de la tenencia para consumo personal, este Tribunal, hoy llamado nuevamente a reconsiderar la cuestión,

decide apartarse de la doctrina jurisprudencial de ese último precedente -y como se ha dicho- afianzar la respuesta constitucional del fallo in re "Bazterrica".

12) Que, como lo han señalado varios de los sujetos procesales que intervinieron en estas actuaciones, la jurisprudencia de esta Corte en un tema tan trascendente, lejos de ser pacífica, ha sido zigzagueante. Así en "Colavini" (Fallos: 300:254) se pronunció a favor de la criminalización; en "Bazterrica" y "Capalbo", se apartó de tal doctrina (Fallos: 308:1392); y en 1990, en "Montalvo" vuelve nuevamente sobre sus pasos a favor de la criminalización de la tenencia para consumo personal (Fallos: 313:1333), y como lo adelantáramos en las consideraciones previas, hoy el Tribunal decide volver a "Bazterrica".

13) Que si bien el debate jurídico sobre la tenencia de estupefacientes para consumo personal, aparece claramente planteado y resuelto en las posturas antagónicas de "Montalvo" y "Bazterrica", lo cierto es que habida cuenta el carácter institucional de la Corte Suprema, llevan hoy a dar las razones de este nuevo cambio.

En tal sentido esta Corte admitió que ciertas normas susceptibles de ser consideradas legítimas en su origen, pudieron haberse tornado indefendibles desde el punto de vista constitucional con el transcurso del tiempo y el cambio de circunstancias objetivas relacionadas con ellas (Fallos: 328: 566).

14) Que en lo que aquí respecta han pasado diecinueve años de la sanción de la ley 23.737 y dieciocho de la doctrina "Montalvo" que legitimó su constitucionalidad. Este es un período, que por su extensión, permite descartar que un replanteo del thema decidendum pueda ser considerado intempestivo.

Por el contrario, la extensión de ese período ha permitido demostrar que las razones pragmáticas o utilitaristas en que se sustentaba "Montalvo" han fracasado. En efecto, allí se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios que no se han cumplido (ver considerando 26 de Fallos: 313:1333), pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales.

15) Que así la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) indica en el informe correspondiente al 2007 que Argentina ha cobrado importancia como país de tránsito, y que también hay indicios de producción local de cocaína. Allí se agrega que nuestro país lidera el ranking latinoamericano en "estudiantes secundarios" que consumen pasta base de cocaína conocida como "paco". También el consumo de paco ubica a Argentina, Chile y Bolivia como los países con más injerencia en la región y en el mundo (2007 World Drug Report. Naciones Unidas. Oficina de Drogas y Delito).

En el informe del año 2006 del mismo organismo se ha señalado que además de los tres grandes productores sudamericanos, en nuestro país se ha detectado cierta fabricación de productos derivados de la cocaína, y que se transformó en un importante lugar de tránsito de estupefacientes de la región andina hacia Europa (pág. 91); y que pese a la información oficial de cierto descenso del consumo de cocaína, el organismo internacional consideró que tal información obedecía a diferencias metodológicas para medir la estadística. Allí también se incluyó a la Argentina entre los países donde ha proliferado el éxtasis (pág. 129). En cuanto a las elevadas incautaciones de marihuana, el informe señala que no se compadecen con los niveles de consumo denunciados (pág. 164) (2006 World Drug Report. Naciones Unidas. Oficina de Drogas y Delito). En el mismo sentido se observa el informe correspondiente al año 2008, que da cuenta de un aumento del consumo de opio en el país (pág. 60); mayor importación de precursores (pág. 68); aumento de secuestro de cocaína han sido reportados por Bolivia, Chile, Uruguay y en menor medida por Argentina y Paraguay, lo que sugiere que el tráfico vía el cono sur ha aumentado (pág. 73); Argentina ocupa el séptimo lugar de los países americanos de donde proviene droga incautada en Europa (pág. 77). El país ocupa el segundo lugar de Sudamérica en consumo de cocaína (págs. 88 y 275); aumentó el secuestro de resina de marihuana (pág. 103), así como su consumo (pág. 114). El país está entre los primeros



puestos del ranking sudamericano en consumo de estimulantes (pág. 136) y de éxtasis (pág. 165).

El informe del año 2004 también señala que en el país se ha elevado el consumo de opiáceos (pág. 103), y que se ha detectado capacidad de producción de cocaína (pág. 116); y que el uso indebido de cocaína era superior al nivel medio de las estadísticas (pág. 123). También se pone de relieve que el país denunció un aumento continuo del uso indebido de cannabis en los años 2000, 2001 y 2002, el informe pone de relieve que el uso indebido de tal estupefaciente era superior al de Brasil. Allí también se refiere que en contraste con las tendencias globales de América del Norte, en el 2002 hubo en el país un aumento del uso indebido de anfetaminas (pág. 203) (2004 World Drug Report. Naciones Unidas. Oficina de Drogas y Delito).

Por su parte el reporte de 2002 ya señalaba el aumento del uso de opio en el país, y que el porcentaje de población que usa cocaína está entre los más elevados de Sudamérica, aunque su tendencia se estabiliza así como el de las anfetaminas, aunque verifica un aumento en el uso de éxtasis (págs. 247 y 269) (2002 World Drug Report. Naciones Unidas. Oficina de Drogas y Delito). En el reporte del año 2001 también se señala el aumento del uso de la heroína y el elevado porcentaje de consumo de cocaína respecto de los otros países sudamericanos (págs. 241, 247 y 269) (2001 World Drug Report. Naciones Unidas. Oficina de Drogas y Delito).

Esta tendencia que informa las Naciones Unidas también es confirmada por estadísticas nacionales oficiales. Así en la Segunda Encuesta Nacional a Estudiantes de Enseñanza Media 2005, se ha realizado un análisis comparativo 2001- 2005, cuyas conclusiones señalan que el consumo de psicofármacos sin prescripción médica y de solventes e inhalantes se ha incrementado. Puntualmente, el incremento en el consumo de tranquilizantes sin prescripción médica es del 6.1% y de estimulantes creció un 44.4%. El incremento mayor se observa en solventes e inhalables, con el 380%, explicado por un fuerte aumento tanto en varones como en mujeres. Dentro de las drogas ilícitas, la de mayor incremento en el consumo es la pasta base, con un aumento del 200%, explicado fundamentalmente por el mayor consumo de las mujeres; le sigue la cocaína, con un 120%, donde la diferencia entre sexos es menor, y por último la marihuana, con el aumento del 67.6%, explicado por el incremento del 100% en las mujeres frente al 50% de los varones (Segunda Encuesta Nacional a Estudiantes de Enseñanza Media 2005, Informe Final de Resultados Área de Investigaciones, Enero 2006, SEDRONAR, Presidencia de la Nación).

A similares conclusiones arriba el informe del Observatorio Interamericano sobre Drogas en el 2006. Allí se expone el importante incremento de consumo de drogas ilícitas en nuestro país, así como su liderazgo respecto de otros países de Latinoamérica en el consumo de diferentes estupefacientes, especialmente entre la juventud (Primer Estudio Comparativo sobre Uso de Drogas en Población Escolar Secundaria de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay).

16) Que otra razón no menos importante que justifica un nuevo cambio jurisprudencial en la cuestión aquí traída, es que el debate jurídico plasmado en "Bazterrica" y "Montalvo", se ha llevado a cabo con anterioridad a la reforma constitucional de 1994. En efecto, "Bazterrica" es un pronunciamiento del año 1986, y "Montalvo" de 1990.

Cabe tener presente que una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 fue el de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (artículo 75, inc. 22). Así la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones (considerandos 18 y 19 in re "Mazzeo", Fallos: 330:3248).

Este último acontecimiento histórico ha modificado profundamente el panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los vinculados a la política criminal del Estado, que le impide sobrepasar determinados límites y además lo obliga a acciones positivas para adecuarse a ese estándar internacional.

Estos parámetros internacionales han sido especialmente tenidos en cuenta por esta Corte al dictar diferentes pronunciamientos, así en cuestiones tales como las condiciones carcelarias mínimas aceptables ("Verbitsky" Fallos: 328:1146); a la revisión del fallo condenatorio en causas penales ("Casal" Fallos: 328:3399); derecho de los menores en conflicto con la ley penal ("Maldonado" Fallos: 328:4343); el debido proceso en internaciones psiquiátricas involuntarias ("Tufano" Fallos: 328:4832); alcance de la garantía de imparcialidad ("Quiroga" Fallos: 327:5863, "Llerena" y "Dieser" Fallos: 328:1491 y 329:3034, respectivamente); defensa en juicio ("Benitez" y "Noriega" Fallos: 329:5556 y 330:3526, respectivamente); derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ("Barra" Fallos: 327:327); precisiones sobre el concepto de peligrosidad ("Gramajo" Fallos: 329:3680); derecho de las víctimas ("Santillán" Fallos: 321:2021); y fundamentalmente, todo lo vinculado a la investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos ("Arancibia Clavel" Fallos: 327:3312; "Simón" Fallos: 328:2056 y "Mazzeo" Fallos: 330:3248), entre otras cuestiones.

17) Que así, los tratados internacionales, en sus textos, reconocen varios derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional de 1853, entre ellos -y en lo que aquí interesa- el derecho a la privacidad que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 5° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Con relación a tal derecho y su vinculación con el principio de "autonomía personal", a nivel interamericano se ha señalado que "el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía -que es prenda de madurez y condición de libertad- e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones" (CIDH en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, del 4 de julio de 2006, párrafo 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez).

Estos principios se encuentran en consonancia con lo establecido en "Bazterrica".

18) Que también el principio de dignidad del hombre, proclamado en el sistema internacional de derechos humanos (Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de la Convención Americana), guarda más compatibilidad con la solución postulada en "Bazterrica". En efecto, tal principio de dignidad que consagra al hombre como un fin en sí mismo, se opone a que sea tratado utilitariamente. Parece dudosa la compatibilidad de tal principio con los justificativos de la ley 23.737 y "Montalvo", respecto de la conveniencia, como técnica de investigación, de incriminar al consumidor para atrapar a los verdaderos criminales vinculados con el tráfico.

19) Que el derecho internacional también ha hecho un vehemente reconocimiento de las víctimas y se ha preocupado en evitar su revictimización, a través del acceso a la justicia (artículo 25 de la Convención Americana). En consonancia nuestra Corte ha receptado determinados principios tendientes a darle a aquél un mayor protagonismo en el proceso ("Santillán" Fallos: 321:2021).

No hay dudas que en muchos casos los consumidores de drogas, en especial cuando se transforman en adictos, son las víctimas más visibles, junto a sus familias, del flagelo de las bandas criminales del narcotráfico. No parece irrazonable sostener que una respuesta punitiva del Estado al consumidor se traduzca en una revictimización.

20) Que la jurisprudencia internacional también se ha manifestado en contra del ejercicio del poder punitivo del Estado en base a la consideración de la mera peligrosidad de las personas. Al respecto se ha señalado que "La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado

cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán...Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos..."(CIDH, Serie C N° 126, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005).

Este principio también ha sido receptado por esta Corte en el precedente in re "Gramajo" (Fallos: 329:3680) quién además agregó que "...En un Estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la Constitución no puede admitir que el propio estado se arroge la potestad -sobrehumana- de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad, o si se prefiere mediante la pena o a través de una medida de seguridad..." (ver en sentido coincidente "Maldonado" Fallos: 328:4343).

Así aquellas consideraciones que fundan la criminalización del consumidor en base a la posibilidad de que estos se transformen en autores o partícipes de una gama innominada de delitos, parecen contradecir el estándar internacional que impide justificar el poder punitivo del Estado sólo en base a la peligrosidad.

21) Que, cabe señalar que la jerarquización de los tratados internacionales ha tenido la virtualidad, en algunos casos, de ratificar la protección de derechos y garantías ya previstos en nuestra Carta Magna de 1853; en otros, le ha dado más vigor; y en otros casos realiza nuevas proclamaciones o describe alcances de los mismos con más detalle y precisión. Pero, además, dichas convenciones internacionales también aluden a los valores que permiten establecer limitaciones al ejercicio de esos derechos para preservar otros bienes jurídicos colectivos, tales como "bien común", "orden público", "utilidad pública", "salubridad pública" e "intereses nacionales" (artículo 22 inc. 3°, del Pacto de San José de Costa Rica; artículos 12 inc. 3°, 14, 19 inc. 3° b, 21 y 22 inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 29 inc. 2o de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

No hay que olvidar que los tratados internacionales sobre derechos humanos establecen una protección mínima por debajo de la cual se genera responsabilidad internacional, y que nuestra Constitución Nacional, en relación a los parámetros antes transcritos, es más amplia (Colautti, Carlos, "Los tratados internacionales y la Constitución Nacional", Ed. La Ley 1999, Bs. As., pág. 76).

22) Que sobre la interpretación de tales bienes colectivos la Corte Interamericana ha dado claras pautas interpretativas, para evitar que la mera invocación de tales intereses colectivos sean utilizados arbitrariamente por el Estado.

Así en su Opinión Consultiva 5/86 señaló que es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana. Luego agregó: "No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de 'orden público' y 'bien común', ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el 'orden público' o el 'bien común' como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las 'justas exigencias' de 'una sociedad democrática' que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención" (parágrafos 66 y 67).

Es claro que las consideraciones en que se sustenta el precedente "Bazterrica" se ajustan más a esa pauta interpretativa de la Corte Interamericana, que el precedente "Montalvo", en referencia a los bienes colectivos invocados.

23) Que a nivel internacional también se ha consagrado el principio "pro homine". De acuerdo con el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 29 de la Convención Americana, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Así cuando unas normas ofrezcan mayor protección, estas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido (CIDH OC 5-85). No hay dudas que tal principio "pro homine" resulta más compatible con la posición de la Corte en "Bazterrica" que en "Montalvo", pues aquél amplía la zona de libertad individual y este último opta por una interpretación restrictiva.

24) Que sin perjuicio de todo lo expuesto hasta aquí, no se puede pasar por alto la creciente preocupación mundial sobre el flagelo de las drogas y específicamente sobre el tráfico de estupefacientes. Esta preocupación, que tampoco es nueva, se ha plasmado en varias convenciones internacionales.

Así en el ámbito de las Naciones Unidas tres convenciones acuerdan principios y mecanismos internacionales en la lucha contra las actividades vinculadas al narcotráfico. En términos generales, ellas prevén la colaboración judicial entre los Estados; el deber de los Estados de diseñar políticas tendientes a la erradicación de la producción, tráfico, oferta y demanda de estupefacientes ilícitos.

En lo referente a la contención de la demanda, además de la persecución de la oferta, se obliga a los Estados a preparar su aparato de salud pública, asistencia y educación, de modo que asegure que los adictos puedan recibir tratamientos físicos y psicológicos para curarse de sus adicciones.

25) Que no obstante ello, ninguna de las mencionadas convenciones suscriptas por la Argentina la compromete a criminalizar la tenencia para consumo personal.

En efecto, las convenciones no descartan tal opción, pero expresamente al referirse a los deberes de los Estados, se señala que tal cuestión queda "a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico" (artículo 3°, inc. 2°, de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988; artículo 22 del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1954; artículos 35 y 36 de la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes)

Por su parte la Oficina de las Naciones Unidas sobre Drogas y Control (UNODC), al elaborar los principios básicos de prácticas alternativas a la prisión, incluye expresamente, entre otros, a los consumidores de estupefacientes (Naciones Unidas Oficina de Drogas y Crimen Handbook Basic Principles on Alternatives to Imprisonment, Criminal Justice Handbook Series, New York, 2007)

26) Que si bien el legislador al sancionar la ley 23.737, que reemplazó a la 20.771, intentó dar una respuesta más amplia, permitiendo al juez penal optar por someter al inculcado a tratamiento o aplicarle una pena, la mencionada ley no ha logrado superar el estándar constitucional ni internacional. El primero, por cuanto sigue incriminando conductas que quedan reservadas por la protección del artículo 19 de la Carta Magna; y el segundo, porque los medios implementados para el tratamiento de los adictos, han sido insuficientes hasta el día de la fecha.

27) Que la decisión que hoy toma este Tribunal, en modo alguno implica "legalizar la droga". No está demás aclarar ello expresamente, pues este pronunciamiento, tendrá seguramente repercusión social, por ello debe informar a través de un lenguaje democrático, que pueda ser entendido por todos los habitantes y en el caso por los jóvenes, que son en muchos casos protagonistas de los problemas vinculados con las

drogas (Ordoñez-Solis David, "Los Jueces Europeos en una Sociedad Global: Poder, Lenguaje y Argumentación", en *European Journal of Legal Studies*, vol. I EJLS, n° 2).

28) Que, frente a la decisión que hoy toma este Tribunal se debe subrayar el compromiso ineludible que deben asumir todas las instituciones para combatir al narcotráfico. A nivel penal, los compromisos internacionales obligan a la Argentina a limitar exclusivamente la producción, fabricación, exportación, importación, distribución, y comercio de los estupefacientes, a fines médicos y científicos. Asimismo a asegurar, en el plano nacional, una coordinación de la acción preventiva y represiva contra el tráfico ilícito, adoptando las medidas necesarias, para que el cultivo, la producción, fabricación, extracción, preparación, oferta de venta, distribución, despacho, expedición de tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, sean consideradas como delitos que se cometen intencionalmente, y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión y otras penas privativas de la libertad (artículo 36 de la Convención).

La circunstancia de que los precursores químicos necesarios para la fabricación de drogas son productos en los que, de alguna manera, nuestro país participa en su cadena de producción, hace necesario que ello sea tenido en cuenta en la implementación de políticas criminales para la lucha contra este flagelo internacional.

29) Que, sin perjuicio de todas las evaluaciones que debe hacer el Estado para mejorar las técnicas complejas de investigación para este tipo de delitos, tendientes a desbaratar las bandas criminales narcotraficantes que azotan a todos los países; respecto de la tenencia para consumo personal, nuestro país, en base a la interpretación que aquí hace de su derecho constitucional, hace uso de la reserva convencional internacional respecto de tal cuestión, descartando la criminalización del consumidor.

Obviamente que la conducta no punible solo es aquella que se da en específicas circunstancias que no causan daños a un tercero.

30) Que en síntesis, después de la reforma constitucional han ingresado principios internacionales, que han impactado fuertemente en nuestro derecho constitucional. Ello se ha visto reflejado en diversos pronunciamientos de la Corte -algunos de los cuales hemos citado aquí-, que han generado una constelación o cosmovisión jurídica en la que el precedente "Bazterrica" encaja cómodamente. Por ello, las razones allí expuestas y los resultados deletéreos que hasta el día de la fecha demostró la aplicación del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, conducen a este Tribunal a declarar su incompatibilidad con el diseño constitucional, siempre con el alcance que se le asignara en el mencionado precedente "Bazterrica" -voto del juez Petracchi-.

31) Que si bien como principio lo referente al mejor modo de perseguir el delito y cuáles son los bienes jurídicos que requieren mayor protección, constituyen cuestiones de política criminal propias de las otras esferas del Estado, lo cierto es que aquí se trata de la impugnación de un sistema normativo que criminaliza conductas que -realizadas bajo determinadas circunstancias- no afectan a un tercero y, por lo tanto, están a resguardo del artículo 19 de la Constitución Nacional. Consecuentemente, cabe afirmar que el Congreso ha sobrepasado las facultades que le otorga la Carta Magna.

32) Que en efecto, el Estado tiene el deber de tratar a todos sus habitantes con igual consideración y respeto, y la preferencia general de la gente por una política no puede reemplazar preferencias personales de un individuo (Dworkin Ronald, *Los Derechos en Serio*, págs. 392 y ss, Ed. Ariel, 1999, Barcelona España). Y éste es el sentido que cabe otorgarle al original artículo 19, que ha sido el producto elaborado de la pluma de los hombres de espíritu liberal que construyeron el sistema de libertades fundamentales en nuestra Constitución Nacional, recordándonos que se garantiza un ámbito de libertad personal en el cual todos podemos elegir y sostener un proyecto de vida propio.

De esta manera, nuestra Constitución Nacional y sumado a ello los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos jerarquizados reflejan la orientación liberal garantizadora que debe imperar en un estado de derecho democrático

para resolver los conflictos entre la autoridad y los individuos y respeto de éstos entre sí, y en ese sentido el estado de derecho debe garantizar y fomentar los derechos de las personas siendo éste su fin esencial.

33) Que es jurisprudencia inveterada de esta Corte que "la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico" (Fallos: 315:923; 316:188 y 321:441, entre otros).

34) Que ello se debe a que las normas sancionadas regularmente por el Congreso gozan de legitimidad democrática, piedra angular del autogobierno de los pueblos. Pero los jueces no deben legitimar las decisiones mayoritarias, simplemente porque son mayoritarias (Cemerinsky Edwin Fireword: The Vanishing Constitution, en Harvard Law Review, 103:43).

35) Que sobre tal cuestión la Corte Interamericana ha señalado que [...] no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30 [de la Convención], como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual "los derechos esenciales del hombre...tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos" (Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Baena Ricardo v. Panamá, sentencia del 2 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas).

36) Que, por todas las consideraciones expuestas, esta Corte con sustento en "Bazterrica" declara que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, como ha ocurrido en autos.

Por ello, y oído el señor Procurador General con arreglo a lo expresado en el dictamen de la causa V. 515.XLII "V." -que antecede-, se resuelve: I) Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, con el alcance señalado en el considerando final, y dejar sin efecto la sentencia apelada en lo que fue motivo de agravio. II) Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja a los autos principales. Hágase saber y devuélvase. - Ricardo Luis Lorenzetti (según su voto). - Elena I. Highton de Nolasco. - Carlos S. Fayt. (según su voto). - Enrique Santiago Petracchi. - E. Raúl Zaffaroni (según su voto). - Carmen M. Argibay (según su voto).

Voto del señor presidente doctor don Ricardo Luis Lorenzetti:

Considerando:

Que el infrascripto concuerda con los considerandos 1° a 9° del voto que encabeza este pronunciamiento, que se dan por reproducidos.

10) Que entonces queda claramente configurado el conflicto constitucional entre una norma federal que sanciona una conducta sin que se acredite peligro concreto o daño y por lo tanto en abierta contradicción con el artículo 19 de la Constitución Nacional.

11) Que, conforme con los argumentos que se desarrollarán en los considerandos siguientes, cabe adoptar el siguiente criterio de juzgamiento:

A) El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea.

B) Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional.

C) No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad.

D) La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros.

E) De conformidad con lo expuesto, corresponde aplicar el criterio que esta Corte desarrollara en el precedente "Bazterrica" (Fallos: 308:1392).

F) Corresponde exhortar a las Instituciones para que implementen medidas efectivas para el combate preventivo de la drogadicción.

Estos criterios encuentran fundamento suficiente en la Constitución Nacional, conforme surge de los considerandos siguientes.

12) Que la tutela de la privacidad, cuando no hay peligro, ni daño a terceros, ni ostentación del consumo, ha motivado posiciones diferentes de esta Corte Suprema y del Congreso de la Nación.

Resulta oportuno recordar, entonces, que el Código Penal de 1921 no legisló sobre el tema de la toxicomanía puesto que el artículo 204 se refería a lo que en doctrina se conoce como suministro infiel de medicamentos.

Fue recién la ley 11.309, publicada en el Boletín Oficial el 4 de agosto de 1924 la que introdujo la punibilidad de la venta, entrega o suministro de alcaloides o narcóticos y, dos años después, la ley 11.331, publicada en el Boletín Oficial el 13 de agosto de 1926, la que agregó una nueva figura, o sea la tenencia ilegítima con lo que se convirtió en delito la mera tenencia por parte de personas no autorizadas.

Pronto habría de plantearse el tema relativo a la tenencia para uso personal y en el plenario de la Cámara Criminal de la Capital Federal, in re "González, Antonio", del 17 de octubre de 1930 (Fallos de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, tomo 3o, pág. 21), se resolvió, con votos divididos, que el uso personal de alcaloides no debía admitirse como excusa por parte de quien los poseía ya que no constituía una razón legítima de su tenencia. Un nuevo plenario de la misma Cámara, para ese entonces con una integración diferente, in re "Terán de Ibarra, Asunción", del 12 de julio de 1966 (Fallos de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, tomo 15, pág. 325) mantuvo la doctrina del plenario anterior sosteniendo que la tenencia de alcaloides configuraba delito.

El Proyecto Peco (1942) sólo reprimía la tenencia de sustancias estupefacientes enderezada "a algún propósito de destinarlas al comercio o de suministrarlas o procurarlas a otro" (artículo 230; exposición de motivos, página 399). El proyecto de 1960 excluyó de punición "la tenencia de una dosis para uso personal" (artículo 262 y su nota). En 1968 la ley 17.567, derogó la reforma al Código Penal de la ley 11.331, modificando nuevamente este cuerpo legal por la introducción del párrafo tercero del artículo 204 que sancionaba al "que, sin estar autorizado, tuviere en su poder en cantidades que excedan las que correspondan a un uso personal, sustancias estupefacientes...". La exposición de motivos de esta ley vinculaba la tenencia de dosis correspondientes al mero consumo individual con las acciones de la esfera de libertad consagrada en el artículo 19 de la Constitución Nacional. La determinación de la cantidad que correspondía a un uso personal se tradujo en una casuística jurisprudencial que hizo de muy difícil aplicación la norma legal. A ello se sumaron opiniones que sostuvieron que aquella casuística caótica en la vida real había terminado por facilitar "el tráfico de estupefacientes haciendo que en su modus operandi el pasador portara solamente cantidades justificables como de uso personal" (de la sentencia de la Cámara Federal del 22 de diciembre de 1976, in re "Colavini, Ariel Ornar, infracción a la ley 20.771", voto de los jueces Servini y Cortés).

En 1973, la reforma al Código Penal de 1968 fue declarada "ineficaz" por ley 20.509, a partir de cuya vigencia se restauró el régimen anterior.

La ley 20.771 tipificó como delito la mera tenencia de estupefacientes con penas de notable severidad, sin que se legislara, en forma global y sistemática sobre la cuestión de los estupefacientes, sobre sus diversos efectos en sectores individualizados de la sociedad, como jóvenes o adolescentes, y sin establecer una política general de soluciones alternativas o complementarias de la mera punición (del voto concurrente del juez Petracchi, in re "Bazterrica", Fallos: 308:1392, considerando 14).

La ley 20.771 dio lugar a pronunciamientos judiciales contradictorios en lo que atañe a su artículo 6o. En varios casos se resolvió en primera instancia su invalidez con base en el artículo 19 de la Constitución Nacional, criterio que no fue aceptado por la alzada.

El 28 de marzo de 1978, en la causa "Colavini" (Fallos: 300:254), esta Corte Suprema se pronunció en el sentido de que el artículo 6o de la ley 20.771 (punición de la tenencia de estupefacientes destinados a uso personal) no era violatorio del artículo 19 de la Constitución Nacional. En ese fallo la Corte también recogió los argumentos del señor Procurador General de la Nación en el sentido de que el uso de estupefacientes iba más allá de un mero vicio individual para convertirse, por la posibilidad de su propagación, en un riesgo social que perturbaba la ética colectiva. En sus distintos pronunciamientos la Corte valoró la magnitud del problema de la drogadicción destacando la perniciosa influencia de la propagación de la toxicomanía en el mundo entero. En esa inteligencia, consideró lícita toda actividad estatal dirigida a evitar las consecuencias que para la ética colectiva y el bienestar y la seguridad general pudieren derivar de la tenencia ilegítima de drogas para uso personal (Fallos: 301:673; 303:1205; 304:1678 y 305:137).

El 29 de agosto de 1986, esta Corte Suprema se pronunció en la causa "Bazterrica", cambiando el criterio y declarando la inconstitucionalidad del artículo 6o de la ley 20.771, censurando la punición de la tenencia de estupefacientes para uso personal.

El 21 de septiembre de 1989 se sancionó la ley 23.737, mediante la cual se derogaron los artículos 1° a 11 de la ley 20.771 y se incorporó en su artículo 14, segundo párrafo, la punición "...cuando por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia [de estupefacientes] es para uso personal".

El 11 de diciembre de 1990, esta Corte Suprema dictó sentencia en la causa "Montalvo" (cfr. Fallos: 313:1333, en particular pág. 1349) por el que concluyó que "la tenencia de estupefacientes, cualquiera que fuese su cantidad, es conducta punible en los términos del artículo 14, segunda parte de la ley 23.737 y tal punición razonable no afecta ningún derecho reconocido por la Ley Fundamental..." (Fallos: 313:1337, considerando 27 in fine).



Estos cambios legales y jurisprudenciales deben transformarse en una regla más estable a los fines de dar seguridad jurídica a los ciudadanos, lo que únicamente puede hacerse mediante una prudente ponderación de los principios en juego. Por esta razón corresponde desarrollar el razonamiento constitucional a partir de la afirmación de los derechos individuales, examinando con rigor los fundamentos de toda restricción. Lo contrario, es decir, partir de la afirmación de valores públicos para limitar la libertad conduce a soluciones cuyos límites son borrosos y pueden poner en riesgo la libertad personal, protegida de manera relevante por nuestra Constitución Nacional.

13) Que toda persona adulta es soberana para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea (artículo 19 de la Constitución Nacional).

Una sociedad civilizada es un acuerdo hipotético para superar el estado de agresión mutua (Hobbes, Thomas, "Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil", México, Fondo de Cultura Económica, 1994), pero nadie aceptaría celebrar ese contrato si no existen garantías de respeto de la autonomía y dignidad de la persona pues "aunque los hombres, al entrar en sociedad, renuncian a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo que tenían en el estado de naturaleza, poniendo todo esto en manos de la sociedad misma para que el poder legislativo disponga de ello según lo requiera el bien de la sociedad, esa renuncia es hecha por cada uno con la exclusiva intención de preservarse a sí mismo y de preservar su libertad y su propiedad de una manera mejor, ya que no puede suponerse que criatura racional alguna cambie su situación con el deseo de ir a peor" (Locke, John, "Segundo Tratado sobre el gobierno civil", capítulo 9, Madrid, Alianza, 1990).

Esta libertad que se reserva cada individuo fue definida (artículos 4° y 5° de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, Francia, 26 de agosto de 1789) como el poder de hacer todo lo que no dañe a terceros. Su ejercicio no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos, de modo que la ley no puede prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad.

Las principales consecuencias de este principio pueden sintetizarse en que: (a) el Estado no puede establecer una moral; (b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral y (c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad. Como consecuencia de lo anterior, las penas no pueden caer sobre conductas que son, justamente, el ejercicio de la autonomía ética que el Estado debe garantizar, sino sobre las que afectan el ejercicio de ésta.

El ejercicio de la libertad tiene límites y puede dar lugar a la punición, pero un Estado de Derecho debe construirse sobre una cuidadosa delimitación de esa frontera. Por ello es posible señalar que: a) no es posible que el legislador presuma que se da un cierto daño o peligro para terceros como ocurre en los delitos llamados "de peligro abstracto"; b) no es posible imputar un daño a una acción cuando ella es consecuencia directa de otra acción voluntaria más cercana en la cadena causal, y por ello no es necesario penar el consumo en casos donde la punición deviene como consecuencia de un delito cometido en función de la drogadicción; c) no es posible imputar un mismo daño dos veces a los efectos de la punibilidad -esto excluye la punición por el consumo que conduce a delitos que son independientemente penados-; d) no es posible computar daños que son demasiado nimios e indirectos, en comparación con la centralidad que puede tener la actividad que los provoca para un plan de vida libremente elegido -lo que excluye como daños los provocados por el tratamiento médico- de los adictos (cfr. Nino, Carlos Santiago, Fundamentos de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1992, p. 307).

14) Que la norma constitucional que protege la privacidad no habilita la intervención punitiva del Estado basada exclusivamente en la mera posibilidad de que el consumidor de estupefacientes se transforme en autor o partícipe de una gama innominada de delitos.

En el derecho penal no se admiten presunciones *juris et de jure* que, por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay. En cuanto al peligro de peligro se trataría de claros supuestos de tipicidad sin lesividad. Por consiguiente, el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y

por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real que se deberá establecer en cada situación concreta siendo inadmisibles, en caso negativo, la tipicidad objetiva.

Este principio ha sido receptado por esta Corte (in re: "Gramajo" Fallos: 329:3680) al señalar que "...En un Estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la Constitución no puede admitir que el propio Estado se arroge la potestad -sobrehumana- de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad, o si se prefiere mediante la pena o a través de una medida de seguridad...".

En sentido coincidente también in re: "Maldonado", (Fallos: 328:4343). También la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en sentido similar, diciendo que "La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictivos en el futuro, es decir, que agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán...Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos..." (CIDH, Serie C N° 126, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005).

15) Que las razones de conveniencia en que se sustentó la doctrina del precedente "Montalvo" (Fallos: 313:1333), tampoco constituyen un fundamento constitucionalmente admisible.

En primer lugar porque parten de la base de sacrificar derechos para satisfacer finalidades que pueden ser obtenidas por otros medios sin necesidad de semejante lesión. Como se verá en considerandos siguientes, en los países de la región se combate el flagelo de la drogadicción respetando el consumo personal que no daña a terceros y concentrándose en la distribución y el consumo cuando tiene aptitud concreta de peligro o daño. De manera que está demostrado que la lesión de la libertad personal no es necesaria a los fines de obtener el objetivo perseguido.

En segundo lugar, está claro que, aun cuando se admita el sacrificio, no se logra el resultado. En efecto, en el precedente mencionado se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios (ver considerando 26 de Fallos: 313:1333). Ello no se ha producido, pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales.

16) Que la tendencia que predomina en la legislación de los países de la región resulta totalmente contraria a la que pretende la habilitación del poder punitivo para los casos del tenedor de estupefacientes que sólo lo hace para el consumo personal y sin lesionar o poner en peligro concreto bienes o derechos de terceros.

En este sentido, la ley brasileña 11.343, del 23 de agosto de 2006, instituyó el Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas y en su artículo 28 decidió contemplar la tenencia para consumo personal a la que no incrimina penalmente sino que aplica sustitutivos penales como la advertencia al tenedor sobre los efectos de las drogas, la prestación de servicios a la comunidad o la aplicación de medidas educativas de asistencia a cursos educativos. El código penal peruano, sancionado por Decreto Legislativo N° 635, promulgado el 3 de abril de 1991 y publicado el 8 de abril del mismo año preveía la exención de pena en su artículo 299, bajo el título de "posesión impune de droga" el que luego de su modificación por el artículo 1 de la Ley N° 28.002, publicado el 17 de junio de 2003, mantuvo la misma impronta. Por su parte, la ley 19.366 de la República de Chile, que sancionaba el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas resultó sustituida por la ley N° 20.000, promulgada el 2 de febrero de 2005 y publicada el 16 del mismo mes y año y en su artículo 4°, deja impune la tenencia para uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo. A su vez, la Ley N° 1340 de la

República de Paraguay, del 20 de octubre de 1988, que modifica y actualiza la ley N° 357/72 y que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas y otros delitos afines y establece medidas de prevención y recuperación de fármaco dependientes en aquel país, regula en su artículo 30 la tenencia para exclusivo uso personal a la que deja exenta de pena. Algo similar sucede con la ley uruguaya 17.016 de estupefacientes, sancionada el 7 de octubre de 1998, promulgada el 22 octubre y publicada el 28 de ese mismo mes y año, que prevé en su artículo 3° la sustitución de los artículos 30 a 35 de la anterior normativa vigente por decreto ley 14.294 del 31 de octubre de 1974. En esa sustitución, se reemplazó el artículo 31 que en su parte pertinente refiere que quedará exento de pena el que tuviere en su poder una cantidad razonable destinada exclusivamente a su consumo personal.

17) Que a su vez, ninguna de las convenciones suscriptas por el Estado Argentino en relación a la temática (Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988; el Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1917 y la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961) lo comprometen a criminalizar la tenencia de estupefacientes para uso personal. Antes bien, se señala que tal cuestión queda "a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico" (artículo 3, inciso 2°; artículo 22 y artículos 35 y 36 de las mencionadas Convenciones, respectivamente) con lo que las mismas normativas de las Convenciones evidencian sin esfuerzo su respeto por el artículo 19 constitucional.

18) Que de conformidad con los argumentos desarrollados, corresponde aplicar al sub lite el estándar jurídico y la regla de derecho enunciados en "Bazterrica" ya citado. De ello se sigue que debe respetarse el ámbito de ejercicio de la libertad personal cuando no hay daño o peligro concreto para terceros, y que no son admisibles los delitos de peligro abstracto. Por aplicación de este criterio la norma que pune la tenencia de estupefacientes para consumo personal resulta violatoria del artículo 19 de la Constitución Nacional y por tanto debe ser declarada su inconstitucionalidad.

La ley 23.737, que reemplazó a la 20.771, intentó dar una respuesta más amplia, permitiendo al juez penal optar por aplicarle una pena o un tratamiento. Sin embargo, esta ley, en lo que hace a la habilitación del poder punitivo por parte del Estado para el supuesto de tenencia para uso personal, resulta redactada en forma casi idéntica a su predecesora, con lo que no ha logrado superar el estándar constitucional en la medida que sigue incriminando conductas que quedan reservadas, por la protección del artículo 19 de la Carta Magna, a un ámbito de privacidad.

Por todas las razones expuestas, el artículo 14, segundo párrafo de la ley 23.737, debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo, se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes jurídicos de terceros, como ha ocurrido en autos, respecto de los recurrentes.

19) Que es cierto que el consumo que traiga aparejado una lesión a un bien jurídico o derecho de terceros o los ponga en concreto peligro, y la distribución de estupefacientes deben ser combatidos. También lo es que desde hace muchos años esta Corte ha señalado esa necesidad y no se ha advertido una política pública consistente y efectiva, con lo cual el problema no sólo no ha disminuido, sino que ha aumentado.

Hace veintitrés años, en "Bazterrica", voto del juez Petracchi (Fallos: 308:1392) se dijo: "La droga es, indudablemente, una lacra que produce atroces consecuencias en las sociedades modernas. Una de dichas consecuencias es la de que la diseminación y desborde del tráfico y consumo de estupefacientes ha adquirido un volumen tal y tan descomunal, que ha facilitado la conformación de un negocio económico administrado por consorcios internacionales que cuentan a veces con recursos que superan las posibilidades de los propios Estados. Es desgarrador además, el problema de las drogas desde el punto de vista individual, pues una creciente cantidad de víctimas de la adicción y narcoddependencia ven sus vidas limitadas en múltiples sentidos, se encuentran con su

salud física y psicológica seriamente afectada y, por tanto, su existencia, sumamente empobrecida..." y más adelante: "15) Que, según ya se ha expresado, sin duda la actual difusión del consumo de drogas es una verdadera plaga, que resulta desastrosa su paulatina extensión hacia sectores menos protegidos de la sociedad: la infancia y la adolescencia, su consiguiente utilización en los centros educativos convertidos en lugares de suministro de estupefacientes y su influencia decisiva en la consolidación de una estructura económica de tráfico organizado, que adquiere fuerza suficiente para estar en condiciones de atentar contra los propios sistemas institucionales...". En el mismo considerando se decía: "En este sentido, nuestro país ha puesto en ejecución diversas políticas tendientes a asumir un papel protagónico en la lucha contra la difusión del narcotráfico, y una inserción activa en los organismos internacionales que, creados a esos efectos, ponen de manifiesto la universalidad de la preocupación por las infortunadas consecuencias de dicho tráfico. Es así como se ha organizado, a mediados de 1985, por decreto presidencial, la Comisión Nacional para el Control del Narcotráfico y el Consumo de Drogas, entidad específica abocada a la consideración de las soluciones posibles para los diversos aspectos del problema de las droga...".

Esta Corte reitera esta necesidad de combatir el tráfico de drogas, no a través de la persecución penal de sus propias víctimas, los consumidores, sino de los distribuidores. Cabe aclarar que ya en "Bazterrica" se decía que "Un consumidor que ejecute actos de 'tráfico hormiga', puede ser punible..." señalando claramente los límites del concepto de libertad.

Con relación al consumo, es cierto también que la adicción puede afectar la libertad personal, pero ello no justifica una intervención punitiva del Estado.

Por esta razón es que se justifica que esta Corte, a la luz de la decisión que hoy toma, se vea en la obligación de hacer recordar a todas las instituciones el ineludible deber de respetar los compromisos asumidos a nivel internacional a fin de combatir el narcotráfico; y a nivel nacional, la relevancia de aplicar una política de salud preventiva, información y educación y todo ello enfocado en los grupos más vulnerables, especialmente los menores.

Lo que no puede ocurrir es que las políticas públicas no alcancen ningún grado de efectividad a lo largo de los años, que sólo se conformen con leyes declarativas y que los resultados sean los contrarios de los perseguidos.

Por ello, y oído el señor Procurador General con arreglo a lo expresado en el dictamen de la causa V. 515.XLII "V." -que antecede-, se resuelve: I) Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, con el alcance señalado en el considerando 18, y dejar sin efecto la sentencia apelada en lo que fue motivo de agravio. II) Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja a los autos principales. Hágase saber y devuélvase. - Ricardo Luis Lorenzetti

Voto del señor ministro doctor don Carlos S. Fayt:

Considerando:

Que el infrascripto concuerda con los considerandos 1o a 9o del voto que encabeza este pronunciamiento, que se dan por reproducidos.

10) Que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 establece que será reprimido con prisión de un mes a dos años quien tuviere en su poder estupefacientes, siempre que por su escasa cantidad y demás circunstancias surgiere inequívocamente que la tenencia es

para uso personal. A su vez, y en lo que aquí interesa, el artículo 21 del mismo texto legal prevé que en el caso del artículo 14, segundo párrafo, si el procesado no dependiere física o psíquicamente de estupefacientes por tratarse de un principiante o experimentador, el juez de la causa podrá, por única vez, sustituir la pena por una medida de seguridad educativa en la forma y modo que judicialmente se determine. En su último párrafo dispone que si concluido el tiempo de tratamiento éste no hubiese dado resultado satisfactorio por la falta de colaboración del condenado, el tribunal hará cumplir la pena en la forma fijada en la sentencia.

En suma: una persona que posee estupefacientes para consumo personal es hoy en día criminalizada con pena de prisión que sólo puede ser reemplazada a criterio del juez -y por una única vez- por una medida de seguridad. Por lo demás, si el tratamiento fracasa la respuesta exigida vuelve a ser el castigo carcelario.

11) Que en primer lugar se impone el examen de validez de la norma cuestionada a la luz de la experiencia recogida durante los casi veinte años de su vigencia, pues aunque el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran (Fallos: 328:566 y sus citas).

Dicho de otro modo: estar a lo que se ha decidido previamente no sólo es un principio básico de la administración de justicia de aplicación prácticamente universal (conf. Cross Rupert, *Precedent in English Law*, Oxford University Press, 1961, pág. 4), sino también la especial consideración que debe existir respecto de la necesidad de certeza. Pero cuando esa necesidad de certeza en la aplicación de la ley, conduce a soluciones que -en punto a los límites de razonabilidad- no pudieron tener en cuenta elementos relevantes de la evaluación prospectiva que aporta la experiencia, mantener la doctrina establecida sin atemperar su rigor importaría incurrir, entre otras cosas, en un discurso autorreferente. A su vez, dicho déficit se traduciría en formas de argumentación que soslayan el examen de la realidad, con el consiguiente menoscabo -en cuanto punto medular en el sub lite- de la garantía consagrada en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

12) Que, precisamente, las lecciones de la experiencia conducen a realizar una serie de consideraciones acerca de la validez de una norma que, aunque no ostensiblemente incorrecta en su origen, ha devenido irrazonable, pues -como seguidamente se expondrá- no se adecua a los fines tomados en consideración para su sanción.

Estos nuevos datos de la realidad -transcurridos veintitrés años desde el dictado de los fallos "Capalbo" y "Bazterrica" (disidencia de los jueces Caballero y Fayt en relación al antiguo texto legal, Fallos: 308:1392)- conducen a una revisión de la doctrina allí sentada, en tanto indican con el rigor que una posible declaración de inconstitucionalidad -como ultima ratio- requiere, la ineficacia de aplicar sanciones penales o incriminar a la mera tenencia con el objeto de combatir el flagelo de la drogadicción.

En efecto, si bien la limitación del derecho individual no lucía irrazonable en su génesis y primer desarrollo, de los nuevos datos y otros no tan evidentes en los años '80 y '90, resulta la necesidad de reconsiderar, como se dijo, la doctrina sentada en el precedente.

Cabe recordar que en la disidencia mencionada se afirmó como holding que la presunción de peligro en la que se asentaba la figura descrita por la norma no aparecía como irrazonable respecto de los bienes que pretendía proteger (considerando 13). Mas hoy, la respuesta criminalizadora se advierte a todas luces ineficaz e inhumana.

13) Que a fin de realizar un examen completo de la cuestión por el que se fundamenta la conclusión antedicha, no debe olvidarse que ya en el precedente mencionado se afirmó que resultaba indudable que, para asegurar la libertad de conciencia, el ciudadano de la era de la dignidad del hombre debía ser protegido por el estado liberal (considerando 17). También se había indicado que el constitucionalismo actual reconoce como principio normativo la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, que constituyen el fundamento del orden político y la paz social (Título I, artículo 10.1. de la

Constitución Española de 1978; artículo 1º de la Grundgesetz de la República Federal Alemana).

Es decir, el problema siempre fue visto como un caso complejo y nunca fue negado que el hombre es eje y centro de todo sistema jurídico. Así se subrayó que la cuestión se relacionaba con las cualidades de racionalidad, autodeterminación de las voliciones, sociabilidad y dominio de sí, autonomía e independencia de coacciones externas y capacidad de elección, que al proyectarse socialmente se traducen en participación, como manifestación positiva de la libertad (considerando 17).

Son todos esos principios los que hoy nuevamente se conjugan y que, al realizarse el juicio de ponderación, se traducen en un resultado diferente. En efecto, hace veintitrés años se ha afirmado que el legislador consciente de la alta peligrosidad de estas sustancias, ha querido evitar toda posibilidad de su existencia. Es claro, tal como se detallará a continuación, que ese fin no se ha logrado y entonces se ha vuelto irrazonable una interpretación restrictiva en cuanto al modo de entender el señorío del hombre. Por ello, desaparecido el argumento que justificaba la exégesis más limitativa, cobra nuevamente su real dimensión el principio de la autonomía personal.

14) Que los datos de la realidad han permitido demostrar que las razones pragmáticas en las que se sustentaba la doctrina establecida en las disidencias de "Bazterrica" y "Capalbo" y mantenida en el "Montalvo" (Fallos: 313:1333) respecto del nuevo texto legal, han perdido virtualidad. Como se adelantó, allí se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con su comercio y arribar a resultados promisorios (considerando 26 del último fallo citado) que no se han cumplido, pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente.

Podrá decirse que dicho resultado -como cualquier otro fenómeno- no obedece a una única causa, pero al fracaso ya reseñado debe sumársele el hecho de que esta estrategia produjo, incluso respecto de los individuos en concreto criminalizados, efectos negativos claramente no deseados.

15) Que a modo ilustrativo sobre la situación actual, cabe reconocer que mientras el crecimiento desmedido del pasado a nivel global se ha aplacado, estudios realizados en países de Europa Occidental indican que en nuestra región se observa un aumento del consumo local (Informe Mundial sobre Drogas, Resumen Ejecutivo, UNODC, año 2009).

En este sentido, puede también citarse el informe de esta dependencia de Naciones Unidas correspondiente al año 2006 en el que se señaló que en nuestro país se ha detectado cierta fabricación de productos derivados de la cocaína, y que se ha transformado en un importante lugar de tránsito de estupefacientes de la región andina hacia Europa (pág. 91); que pese a la información oficial de cierto descenso del consumo de cocaína, el organismo internacional consideró que tal información obedecía a diferencias metodológicas para medir la estadística. Allí también se incluyó a la Argentina entre los países donde ha proliferado el éxtasis (pág. 12 9). En cuanto a las elevadas incautaciones de marihuana, el informe señala que no se compadecen con los niveles de consumo denunciados (2006 World Drug Report, Naciones Unidas, Oficina de Drogas y Delito).

El mismo organismo pone de manifiesto en su informe del año 2007 que la República Argentina ha cobrado importancia como país de tránsito, y que también hay indicios de producción local de cocaína. Allí se agrega que nuestro país lidera el ranking latinoamericano en "estudiantes secundarios" que consumen pasta base de cocaína conocida como "paco". También el consumo de paco ubica a Argentina, Chile y Bolivia como los países con más injerencia en la región y en el mundo (2007 World Drug Report, Naciones Unidas, Oficina de Drogas y Delito).

El informe correspondiente al año 2008 da cuenta de un aumento del consumo de opio en el país (pág. 60); mayor importación de precursores (pág. 68); aumento de secuestro de cocaína han sido reportadas por Bolivia, Chile, Uruguay y en menor medida por Argentina

y Paraguay, lo que sugiere que el tráfico vía cono sur ha aumentado (pág. 73); la República Argentina ocupa el séptimo lugar de los países americanos de donde proviene droga incautada en Europa (pág. 77) y el segundo lugar de Sudamérica en consumo de cocaína (pág. 88); aumentó el secuestro de resina de marihuana (pág. 103), así como su consumo (pág. 114). El país está entre los primeros puestos del ranking sudamericano en consumo de estimulantes (pág. 136) y de éxtasis (pág. 165).

Esta tendencia que informa las Naciones Unidas también es confirmada por estadísticas nacionales oficiales. Así en la Segunda Encuesta Nacional a Estudiantes de Enseñanza Media 2005, se ha realizado un análisis comparativo 2001- 2005, cuyas conclusiones señalan que el consumo de psicofármacos sin prescripción médica y de solventes e inhalantes se ha incrementado. Puntualmente, el incremento en el consumo de tranquilizantes sin prescripción médica es del 6.1% y de estimulantes creció un 44.4%. Dentro de las drogas ilícitas, la de mayor incremento en el consumo es la pasta base, con un aumento del 200%, explicado fundamentalmente por el mayor consumo de las mujeres; le sigue la cocaína, con un 120%, donde la diferencia entre sexos es menor, y por último la marihuana, con el aumento del 67.6%, explicado por el incremento del 100% en las mujeres frente al 50% de los varones (Segunda Encuesta Nacional a Estudiantes de Enseñanza Media 2005, Informe Final de Resultados Área de Investigaciones, enero de 2006, SEDRONAR, Presidencia de la Nación).

A similares conclusiones arriba el informe del Observatorio Interamericano sobre Drogas en el año 2006. Allí se expone el importante incremento de consumo de drogas ilícitas en nuestro país, así como su liderazgo respecto de otros países de Latinoamérica en el consumo de diferentes estupefacientes, especialmente entre la juventud (Primer Estudio Comparativo sobre Uso de Drogas en Población Escolar Secundaria de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay; énfasis agregado).

Lo reseñado hasta aquí revela la contundencia con la que se ha demostrado la ineficacia de la estrategia que se vino desarrollando en la materia; en especial el hecho de considerar que perseguir penalmente la tenencia para consumo combatiría exitosamente el narcotráfico. De tal modo, ha quedado demostrada cuán perimida resulta la antigua concepción de interpretar que toda legislación penal debe dirigirse indefectiblemente al binomio traficante-consumidor.

16) Que si bien se ha afirmado que la Corte no podría analizar si las penas conminadas para cualquier delito del catálogo penal resultan útiles o contraproducentes para la abolición del delito en sí ("Capalbo", disidencia de los jueces Caballero y Fayt, considerando 18), lo cierto es que una conducta como la que se encuentra bajo examen que involucra -como se dijo- un claro componente de autonomía personal en la medida en que el comportamiento no resulte ostensible, merece otro tipo de ponderación a la hora de examinar la razonabilidad de una ley a la luz de la mayor o menor utilidad real que la pena puede proporcionar. Dicha valoración otorga carácter preeminente al señorío de la persona -siempre que se descarte un peligro cierto para terceros-, sin desentenderse, a su vez, de la delicada y compleja situación por la que transita quien consume estupefacientes (especialmente quien abusa en su utilización).

Obviamente, todas estas afirmaciones suponen la existencia de una situación anómala extrema, cuya adecuada solución, que exhibe numerosas aristas -tal como se ha adelantado-, no es posible mediante una simple e inopinada subsunción legal. Por ello, si bien es cierto que los delitos que encuentran relación con el consumo de estupefacientes -tales como la comercialización o suministro- revisten una gravedad inconmensurable, el conflicto en que se halla expuesto el consumidor debe valorarse de manera especial.

Corresponde, entonces, que esta Corte se refiera nuevamente al sustrato constitucional que da adecuada solución al delicado caso examinado, a fin de ejercer el primero y el más elemental de sus deberes: el de ser custodio e intérprete supremo de la Constitución y los derechos y garantías en ella consagrados, conforme lo ha asumido desde los inicios de la organización nacional (Fallos: 1:340).

17) Que en efecto, lo que se encuentra en juego a la hora de tratar el tipo penal de tenencia de estupefacientes para consumo personal -a ello y sólo a ello se circunscribe el

presente recurso- es la "adecuada protección de la dignidad (...), los sentimientos y la intimidad del común de los hombres y por consiguiente la garantía jurisdiccional para el sostenimiento de estos valores de la personalidad". Se trata de asegurar como derechos del hombre que nacen de su propia naturaleza, "la legítima defensa de la dignidad (...), la intimidad (...). A que su vida, su privacidad, (...), siga siendo suya; a seguir respetándose a sí mismo" (conf. "Ekmekdjian c/ Sofovich", Fallos: 315:1492)

Con relación a este punto debe quedar perfectamente establecido -como ya se adelantó- que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable. El respeto por la persona humana es un valor fundamental y se encuentra jurídicamente protegido; frente a él los restantes valores tienen siempre carácter instrumental.

Los derechos de la personalidad son esenciales para ese respeto de la condición humana. En efecto, además del señorío del hombre sobre las cosas, está el señorío del hombre sobre su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad, sus creencias trascendentes, es decir, los aspectos que configuran su realidad integral y su personalidad y todo ello se proyecta al plano jurídico como transferencia del individuo.

Se trata, en definitiva, de los derechos esenciales de la persona, relacionados con la libertad y la dignidad del hombre. El marco constitucional de los derechos de la personalidad comprende la intimidad, la conciencia, el derecho a estar a solas, el derecho a disponer de su propio cuerpo, etc. En rigor, cuando el artículo 19 de la Constitución Nacional establece que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados" concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto le es propio ("Bahamondez", voto de los jueces Barra y Fayt, Fallos: 316:479).

18) Que, como principio, al Estado -en tanto organización del poder político dentro de una comunidad nacional- le está impedida toda injerencia sobre el individuo -cuando como en el caso se desenvuelve en el marco de su autonomía-, soberano en su obrar, en su pensar y en su sentir. Esta protección alcanza a todos los individuos y es por ello que el propio artículo 19 citado habilita al Estado a intervenir sólo a fin de proscribir interferencias intersubjetivas.

Restablecido en su quicio el principio de señorío sobre la persona, es claro entonces que no se trata simplemente de la tensión entre dos intereses contrapuestos, pues no debe soslayarse que lo que aquí realmente se cuestiona es la intervención del Estado nada menos que sobre la esfera íntima del individuo -en cuanto ámbito de ejercicio de su autonomía personal-, la que a diferencia de la esfera pública -y aun de la privada- no admite ningún tipo de intromisión. La aceptación de esa injerencia convertiría al poder estatal en una verdadera deidad.

De ese modo se estaría negando, a su vez, la dignidad del hombre como imperativo categórico y se desdibujaría notablemente aquello que propugnaba Séneca -símbolo de la filosofía estoica- en una epístola dirigida a Lucilio: " el hombre debe ser algo sagrado para el hombre" (homo res sacra homini).

En este cometido, corresponde reiterar que el artículo 19 de la Constitución Nacional ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos, conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito de enervar los límites de aquélla. En este contexto vital, puede afirmarse que en una sociedad horizontal de hombres verticales, en la que la dignidad es un valor entendido para todo individuo por su sola condición de tal, está vedada toda medida que menoscabe aquella prerrogativa (artículo 19 de la Constitución Nacional).

Más allá de la opinión que merezca el plan de vida de cada individuo, no puede afirmarse sin más que una norma como la que aquí se impugna que compele al sujeto involucrado a



transitar el estigmatizante camino del proceso penal, no aumentaría el daño que seguramente ya padece así como la afectación a su dignidad. Ello por cuanto -como en cualquier otra causa en la que se investiga un delito- el acusado debe atravesar un iter necesariamente restrictivo de sus derechos que implica, entre otras cosas: ser detenido, verse enfrentado a jueces y fiscales, ser llamado a declaración indagatoria y, sobre todo, convivir durante el tiempo que dure el proceso con la incertidumbre propia que genera el encontrarse sometido a la justicia criminal, amén de la mácula que, en su caso, lo signará a futuro.

Por lo demás, se violentan sus sentimientos, en tanto a quien se encuentra ante esta problemática (medida curativa), o bien, como en el caso, el tribunal de mérito califica como simple principiante o experimentador (medida educativa), se lo somete a la invasión de su persona y su intimidad.

19) Que sumado a ello, debe recordarse que la norma que aquí se cuestiona establece pena de prisión que sólo facultativamente -y siempre que se trate de la primera vez- puede ser suspendida por una medida de seguridad educativa o curativa.

Precisamente, teniendo en cuenta que el poder punitivo no se manifiesta sólo mediante la imposición de una pena, sino también con la manera en que es ejecutada y la existencia de condiciones carcelarias adecuadas (cfr. "Maldonado", voto del juez Fayt, Fallos: 328:4343), cabe advertir que quien padece una adicción e ingresa por tal motivo a una unidad penitenciaria buscará el reemplazo del objeto adictivo de cualquier modo. Dicha situación produce un empeoramiento en la adicción porque el condenado consigue dicho objeto -o su reemplazo- con las anomalías propias que implica acceder a ellos en un lugar de encierro. Por tanto, antes que mitigarse, el proceso adictivo se agrava. Ejemplo de ello son los serios desórdenes en otros aspectos de la salud que produce la sustitución de la sustancia, así como las dosis elevadas que se consumen -si se accede al estupefaciente- y que pueden ser letales ante la falta de periodicidad en la adquisición. Por lo demás, todo ello se refleja en un aumento de los focos de violencia ya característicos de los establecimientos carcelarios.

20) Que sentado lo anterior, es claro que las respuestas definitivas para estos planteos no pueden encontrarse en el marco de una causa penal, sin perjuicio de la posibilidad de soluciones en otros ámbitos. Es indudablemente inhumano criminalizar al individuo, sometiéndolo a un proceso criminal que lo estigmatizará de por vida y aplicándole, en su caso, una pena de prisión.

Al mismo tiempo no debe desconocerse que "las drogas ilícitas siguen planteando un peligro para la salud de la humanidad" (Informe Mundial sobre Drogas, Resumen Ejecutivo, UNODC, año 2009).

Por ello, la grosera incongruencia que importa perseguir penalmente al consumidor de estupefacientes, no implica en modo alguno que el Estado deba autoexcluirse del tratamiento de la problemática.

En ese cometido, no debe soslayarse que otra razón no menos importante que justifica un nuevo cambio jurisprudencial en la cuestión aquí traída, es que la doctrina establecida en los precedentes mencionados se ha elaborado con anterioridad a la reforma constitucional de 1994.

21) Que la reforma mencionada -junto con nuevas concepciones a partir de la definición de la Organización Mundial de la Salud- condujeron a un desarrollo en el concepto del derecho a la salud en un grado tal que permiten observar que de haber contado con ese instrumento, bien pudo ser distinta la respuesta en los precedentes que hoy se revisan. En efecto, el derecho a la salud se encuentra reconocido con jerarquía constitucional merced a los tratados incorporados por el artículo 75, inciso 22 y el Estado argentino ha asumido el compromiso internacional de lograr progresivamente su plena efectividad obligándose "hasta el máximo de los recursos".

22) Que desde esta perspectiva y en lo que específicamente hace a la cuestión aquí en estudio, cabe recordar -sin recurrir al arracimado de documentos internacionales en este sentido- que dentro de los objetivos que se incluyen en una mejor combinación de políticas públicas, se insta a los Estados miembros a promover el derecho a la salud de las personas que consumen estupefacientes y a que "luchen por el logro del objetivo del acceso universal al tratamiento de la toxicomanía como un compromiso para salvar vidas y reducir la demanda de drogas" y, por tanto, como "uno de los mejores modos de [combatir] el mercado ilegal de drogas" (cfr. UNODC, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Informe Mundial sobre las Drogas, 2009, Resumen Ejecutivo; énfasis agregado).

Por otra parte, corresponde también poner de resalto que -entre las medidas que a efectos de asegurar el derecho a la salud se establecen- el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prescribe que deben figurar las necesarias para la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas (inciso c). El artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone, a su vez, que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales. Lo propio establece el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Finalmente no debe soslayarse, que a partir de lo dispuesto en dichos instrumentos internacionales, el Tribunal ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud -comprendido, claro está, dentro del derecho a la vida- y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684; 323:3229; entre otros).

Desde esta perspectiva se asume claramente que la "adicción es un problema de salud y no debe encarcelarse a los afectados" (cfr. UNODC, Informe del año 2009 ya citado; énfasis agregado). Antes bien, es primariamente en el ámbito sanitario -y mediante nuevos modelos de abordaje integral- que el consumo personal de drogas debería encontrar la respuesta que se persigue. Se conjuga así la adecuada protección de la dignidad humana sin desatender el verdadero y más amplio enfoque que requiere esta problemática, sobre todo en el aspecto relacionado con la dependencia a estas sustancias.

23) Que en conexión de sentido puede también sostenerse, que tal es el fin público que -amén de encontrarse incluso comprometido en el plano internacional- tuvo en miras el legislador al sancionar, por ejemplo, leyes como la 24.455 y la 24.754, en las que junto con otras normas federales que se han dictado en la materia, subyace la idea de la adecuada protección de la dignidad del individuo, la que por cierto debe elevarse por sobre cualquier otro tipo de respuesta.

En efecto, las normas antes mencionadas establecen, en uno de los aspectos que aquí importan, que tanto las obras sociales como las empresas de medicina prepaga, deben otorgar cobertura médico asistencial respecto de los riesgos derivados de la drogadicción (artículo 1° de la ley 24.455 y 1° de la ley 24.754).

Dichas disposiciones, así como otras en materia de salud y asistencia sanitaria "vienen a constituirse en la expresión legislativa de la asunción por el Estado Nacional de aquellos compromisos, respecto de materias que por su proximidad con los derechos a la vida y a la dignidad personal deben entenderse señeras del ordenamiento, como por otra parte, se insiste, lo dejaron establecido, por medio del artículo 75, inciso 22 de la Ley Fundamental, los constituyentes en ocasión de la última reforma" (Fallos: 324:754, dictamen de la Procuración General a cuyos fundamentos y conclusiones remiten los jueces Fayt y Belluscio).

24) Que, por lo demás, tales consideraciones posibilitan situar esta cuestión en el marco de la normativa constitucional que enfoca el problema desde la perspectiva de las acciones positivas por parte del Estado. En este entendimiento esta Corte ya ha afirmado

que los legisladores han pretendido alcanzar con medidas de acción positiva la situación de aquellos afectados por patologías como el S.I.D.A. o la droga (conf. dictamen citado al que remiten los jueces Fayt y Belluscio). No puede pensarse, entonces, que el mismo legislador que propugna la obligatoriedad de un enfoque positivo de la problemática, pueda coexistir con otro que criminalizando genere efectos hasta deteriorantes de la salud.

25) Que el derecho a la salud "no es un derecho teórico, sino uno que debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, para lograr así contornear su genuino perfil". Como su correlato se ha afirmado que normas como la ley 24.754 "pretenden, en el ejercicio de potestades reglamentarias, asentar a una novedosa realidad que reconoce en este campo a nuevos actores institucionales y a recientes o potenciadas patologías" (dictamen de la Procuración General citado al que remiten los jueces Fayt y Belluscio).

26) Que, en consecuencia, si lo que siempre ha prevalecido -y debe prevalecer- es el respeto por la dignidad humana, no puede menos que interpretarse ello en consonancia con el cambio acaecido a partir de la aludida reforma constitucional, que explícitamente incorpora a la salud como una garantía a cumplir por parte del Estado y que, en lo que a las prestaciones médico-asistenciales obligatorias se refiere, incluyen a la drogadicción y los riesgos derivados de ella, con acciones integrales de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación.

De manera que no puede sino interpretarse a la criminalización como un modo inadecuado -cuando no incoherente y contradictorio- de abordar la problemática de aquéllos a quienes los afecta. Antes bien, la respuesta penal deja de lado las directivas constitucionales que rigen la materia y se desentiende del verdadero conflicto, entorpeciendo, cuanto menos, la cabal puesta en marcha de la red de tutela diferencial propiciada.

Por lo demás, de acuerdo a tales directivas y a las normas federales en juego que han comenzado a delinearlas, resulta incomprensible que mediante sanciones penales que propenden, en definitiva, a la reafirmación del valor de determinados bienes jurídicos, se termine restringiendo precisamente dicho bien. Ello, por cuanto quien es señalado como "delincuente" -e ignorado en su problemática- no acude al sistema de salud o bien tienden a dilatarse en grado extremo los tiempos de latencia entre el inicio del consumo y la solicitud de atención. A su vez, el sistema sanitario -escudado en la ajenidad del problema- parece replegarse en servicios de salud poco flexibles para atender el espectro de cuestiones vinculadas con el uso y consumo de drogas.

27) Que en suma la evolución reseñada pone de resalto la imperiosa necesidad de un compromiso mayor de todas las partes interesadas, así como la ineludible obligación de promover la salud -y en especial la de los jóvenes- mediante una política sensata.

Las tendencias de consumo parecen corresponderse con factores culturales, económicos y sociales, y no con la intimidación penal. Más aún, tal como señala el Informe Anual 2004 del Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías con sede en Lisboa (OEDT) que valoró el impacto de la legislación en materia de estupefacientes, el Consejo Nacional para la Delincuencia de Suecia había concluido que "no exist[ían] indicios claros de que la criminalización del consumo de drogas [hubiera tenido] efecto disuasorio para los jóvenes".

De todos modos, más allá de la preocupación que una decisión de estas características genera respecto de que se encuentre acompañada de políticas sustentables, la sensatez que al Poder Judicial como poder del Estado también se le exige, importa asumir lo paradójico que ha resultado la vía hasta hoy escogida.

El hecho de que la respuesta estatal no pueda darse en clave punitiva no implica reconocimiento alguno de la legitimidad del uso de estupefacientes, sino que al igual que otras sustancias, cuyo consumo no se incrimina penalmente, debe procurarse desde el Estado una atención preventiva y asistencial no interferida por el sistema penal. Declarar

la inconstitucionalidad del castigo penal a un consumidor de drogas sólo importa admitir que la estigmatización e incertidumbre que supone verse inmerso en un proceso criminal constituye, también en este aspecto, una ilegítima intromisión a su señorío.

A su vez, es claro que la pena de prisión que está prevista ante el fracaso de las medidas que, por excepción, incluyó la ley 23.737 no puede entenderse como una forma válida de cumplir con la obligación constitucional de proteger la salud. Por el contrario, la salud que se dijo resultaba imprescindible proteger de manera primordial (in re "Capalbo", disidencia de los jueces Caballero y Fayt, Fallos: 308: 1392), se menoscaba en mucha mayor medida mediante el encierro.

Sólo mediante una visión integradora que enlace las distintas variables antes señaladas -y atravesadas éstas siempre por la autonomía propia y sagrada de cada individuo- puede arribarse a la consecución de los fines que se pretendía.

28) Que sobre la base de las consideraciones precedentemente expuestas, corresponde concluir que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 carece actualmente de la racionalidad exigida por la Ley Fundamental, toda vez que cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos en los que se encuentra inserto, es deber de los jueces apartarse de tal precepto y dejar de aplicarlo a fin de asegurar la supremacía de la Constitución Federal, pues precisamente esa función moderadora constituye uno de los fines supremos del Poder Judicial y una de las mayores garantías con que éste cuenta para asegurar los derechos de los individuos (conf. Fallos: 328:566 y sus citas).

29) Que frente a la decisión que hoy toma este Tribunal debe subrayarse el compromiso ineludible que deben asumir todas las instituciones para combatir el narcotráfico, redireccionando los recursos que durante más de dos décadas estuvieron prácticamente destinados a perseguir al consumidor de escasas cantidades. En este sentido resulta elocuente que según una investigación relevada por el "Comité Científico Asesor en Materia de Control del Tráfico Ilícito de Estupefacientes" creado por resolución 433/2008 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, en los últimos veinte años sólo una de cada diez causas iniciadas por infracción a la ley de estupefacientes lo fue por tráfico. El setenta por ciento de los expedientes lo fue por tenencia para consumo personal y el ochenta y siete por ciento se inició por tenencia de hasta cinco gramos de marihuana o cocaína incautada a varones jóvenes entre 20 y 30 años en la vía pública, que no portaban armas ni estaban cometiendo otro delito. A su vez, la persecución no se ha dirigido a delitos tales como el lavado de dinero y el ingreso de precursores químicos [acetona, efedrina, ácido clorhídrico, permanganato potásico, entre muchísimos otros, según la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, Centro Internacional de Viena, Lista de Precursores y Sustancias Químicas utilizadas frecuentemente en la Fabricación Ilícita de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas], cuando en América Central y del Sur parecen estar traficándose cada vez con mayor frecuencia (Informe Mundial sobre Drogas, Resumen Ejecutivo, UNODC, año 2009). Conclusiones similares pueden colegirse a partir de los datos suministrados por el Observatorio Argentino de Drogas dependiente de la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico.

Como advertencia adicional, cabe observar que si lo que se pretendía era la persecución eficaz del narcotráfico, lo cierto es que poco o nada ha podido contribuir a tal fin, la criminalización del consumidor que como imputado no tiene obligación de decir verdad (ni puede incurrir en el delito de falso testimonio), a diferencia de aquellos que pueden ser llamados como testigos.

No debe perderse de vista que el narcotráfico es un problema "temible y desgarrador" (in re "Capalbo", considerando 18 de la disidencia de los jueces Caballero y Fayt, Fallos: 308:1392). Sin embargo, el estado de situación actual en la materia demuestra "de forma inequívoca, que las estrategias adoptadas hasta ahora no han dado resultados positivos" (Parlamento Europeo, debate sobre el informe (A6-0067/ 2004), Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, relativo a una propuesta de recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo sobre la estrategia europea en materia de lucha contra la droga -2005-2012-).

Por ello, todos los esfuerzos en el ámbito penal deben estar dirigidos a mantener incólume el compromiso de cooperación en la represión del narcotráfico internacional, expresamente asumido por el Estado Argentino en la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas aprobada en Viena en 1988 (ley 24.072, promulgada por decreto 608 del 09/04/92), reconociendo -como expresamente se encuentra previsto en dicha Convención- que "el tráfico ilícito es responsabilidad colectiva de todos los Estados y que, a ese fin, es necesaria una acción coordinada en el marco de la cooperación internacional". A tal efecto, el artículo 3 dispone que los Estados parte deben tipificar todo aquello relacionado con la comercialización de estupefacientes. Paralelamente, las Convenciones de Naciones Unidas no estipulan la imposición de penas por consumo, tal como se menciona con claridad en el Comentario Oficial de la Convención de 1988.

En el mismo sentido, esta Corte ha señalado que "(l)os delitos que afectan a la comunidad de las naciones como el narcotráfico internacional requieren razonablemente de un proceso multijurisdiccional basado en la cooperación judicial" (Fallos: 323:3055). En el mismo empeño, puede citarse a prácticamente la mayoría de los países de la región que a la par de haber despenalizado la tenencia para consumo personal, dedican los recursos disponibles a la persecución del tráfico de estupefacientes.

30) Que a ello, entonces, debe circunscribirse y reforzarse la persecución penal, pues, a su vez, toda extralimitación al respecto importaría validar lo que constituye en definitiva una intromisión en el ámbito de señorío personal en tanto marco de una acción autorreferente. Ello por cuanto no es misión del derecho penal prevenir los daños que una persona puede causarse a sí misma. No hay lugar para plantear dicha cuestión cuando la conducta de esa persona no afecta a los intereses de ninguna otra (conf. John Stuart Mill, *On Liberty*, en Wasserstrom R., comp. "Morality and the Law", Belmont, California, 1971, cap. III, págs. 92-93).

Como clara aplicación del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona, consagrados en el artículo 19 de la Constitución Nacional, no puede imponerse pena a ningún individuo en razón de lo que la persona es, sino únicamente en razón de lo que la persona haya hecho; sólo puede pensarse la conducta lesiva, no la personalidad. Lo contrario permitiría suponer que los delitos imputados en causas penales son sólo el fruto de la forma de vida o del carácter de las personas (conf. doctrina de Fallos: 308:2236, citado en Fallos: 324:4433, voto del juez Fayt). Asumir aquella posibilidad implicaría considerar al delito como síntoma de un estado del sujeto, siempre inferior al del resto de los ciudadanos; significaría, en última instancia, desconocer la doctrina según la cual ningún habitante de la Nación puede ser privado de su dignidad humana aunque su conducta haya sido reprobada (conf. voto de los jueces Fayt, Petracchi y Boggiano en Fallos: 318:1874 y disidencia del juez Fayt en Fallos: 313:1262, citados en Fallos: 324:4433). La Constitución de un Estado de Derecho no puede admitir que ese Estado se arrogue la facultad de juzgar la existencia de una persona, su proyecto de vida y su realización. Semejante proceder le está vedado a un Estado democrático que parte del principio republicano de gobierno (voto del juez Fayt in re "Gramajo", Fallos: 329:3680).

31) Que, por último, la solución a la que aquí se arriba -teniendo en cuenta, además, que el consumo afecta en mucho mayor medida a aquellos sectores sociales postergados que no encuentran en su entorno grupos de contención efectivos-, conduce inevitablemente a advertir sobre la necesidad de establecer políticas públicas en materia de prevención, promoviendo la difusión de la información, la formación de los recursos humanos entre los profesionales de la salud y de la educación, el debate acerca de nuevos modelos de abordaje que fomenten a su vez la participación mediante un enfoque integral (familias, entornos y de contexto general) y en los que se invierta en evaluaciones de calidad cuyo marco conceptual se encuentre basado en el desarrollo humano. Asimismo, en lo que respecta a la problemática específica de la adicción deben establecerse programas nacionales de salud asistenciales, que encuentren en el ámbito civil y administrativo el debido respaldo a la consecución de los fines que allí se perfilen.

Por las razones expuestas, es que se justifica que esta Corte se vea en la obligación de hacer recordar a las autoridades -y a todas las instituciones- la relevancia de desarrollar a nivel nacional programas de salud que atiendan a las problemáticas aludidas y de ese

modo dar validez y vigencia a los Tratados de Derechos Humanos a los que el país está vinculado. Paralelamente, los actores del sistema penal deberán extremar el uso de sus facultades para cumplir con el ineludible deber de respetar los compromisos asumidos a nivel internacional a fin de combatir el narcotráfico.

Por ello, y oído el señor Procurador General con arreglo a lo expresado en el dictamen de la causa V. 515.XLII "V." -que antecede-, se resuelve: I) Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, con el alcance que surge de los considerandos precedentes, y dejar sin efecto la sentencia apelada en lo que fue motivo de agravio. II) Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja a los autos principales. Hágase saber y devuélvase. - Carlos S. Fayt.

Voto del señor ministro doctor don Enrique Santiago Petracchi:

Considerando:

Que según se desprende de los considerandos 1° a 9° del voto que encabeza este pronunciamiento, la situación planteada en la presente causa es sustancialmente idéntica a la que motivara mi voto en el caso "Bazterrica" (Fallos: 308:1392) y, con posterioridad -ya bajo la vigencia del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 aquí en discusión-, mi disidencia en "Montalvo" (Fallos: 313:1333), cuyas consideraciones corresponde tener aquí por reproducidas.

Por ello, y oído el señor Procurador General con arreglo a lo expresado en el dictamen de la causa V. 515.XLII "V." -que antecede-, se resuelve: I) Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, con el alcance establecido en los precedentes a los cuales se remite, y dejar sin efecto la sentencia apelada en lo que fue motivo de agravio. II) Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja a los autos principales. Hágase saber y devuélvase. - Enrique Santiago Petracchi

Voto del señor ministro doctor don E. Raúl Zaffaroni:

Considerando:

Que el infrascripto concuerda con los considerandos 1o a 9o del voto que encabeza este pronunciamiento, que se dan por reproducidos.

10) Que para tomar una decisión respecto del caso en análisis, se debe examinar previamente los alcances y restricciones que el artículo 19 de la Constitución Nacional le impone al Estado, a fin de salvaguardar el ámbito de privacidad de las acciones individuales que no ocasionan lesión o peligro concreto a terceros.

11) Que desde los albores de nuestra ciencia constitucional, fue nada menos que José Manuel Estrada quien relevó su importancia como eje central de la Constitución, y afirmó certeramente el carácter intrascendente de nuestro derecho, o sea, la imposibilidad de que pueda ponerse al servicio de cualquier mito metahumano, concluyendo que "según la doctrina argentina, el papel de la potestad social se reduce a proteger derechos" (Curso

de Derecho Constitucional y Administrativo, Buenos Aires, 1895, pág. 181). El mismo Estrada es quien señala que el artículo 19 consagra con claridad la separación del derecho y la moral individual, decidiendo de una vez y para siempre, entre el Estado que impone una moral y el que respeta el ámbito de libertad moral de la persona: a la primera actitud la califica de "pagana y socialista" y a la segunda de "cristiana y liberal" (loc. cit.).

12) Que es menester recuperar y consolidar el valor central de esta norma como viga maestra del derecho argentino, tal como lo hiciera no sólo el ilustre Estrada, sino también uno de los pioneros del penalismo nacional, Adán Quiroga: "ninguna verdad es más evidente para la ciencia penal: la sociedad no tiene la misión de hacer reinar la moralidad en las acciones privadas; el ser ficticio que denominamos poder público, ha sido instituido para conservar y guardar el orden y la armonía de los derechos, los que no pueden alterarse cuando las acciones son puramente individuales, cuando no se ejercitan en la esfera de la vida de relación" (Delito y pena, Córdoba, 1885, págs. 36-37).

13) Que los maestros del siglo XIX nos recuerdan los muchos siglos de confusión y los torrentes de sangre que corrieron para llegar a esta conquista de la modernidad, tan despreocupadamente despreciada en nuestros días por opiniones irreflexivas teñidas de posmodernismo con raro aroma a premodernismo, y con base en situaciones y necesidades, pretendidamente diferentes, pasando por alto que siempre fueron supuestas nuevas urgencias como pretextos legitimantes de todos los crímenes cometidos por los estados, cuando se les otorgó la oportunidad de desconocer la condición de ente moral como esencia de la persona.

14) Que el artículo 19 no arranca en 1853, sino que su vigencia e importancia para nuestra Constitución se refuerza aún más por su genealogía como norma que proviene de los primeros ensayos de organización constitucional de la República, o sea, que atraviesa como filosofía básica de nuestra Constitución todas las etapas precedentes, pues proviene de Monteagudo y del Presbítero Sáenz, consagrado en el Estatuto Provisional del 5 de mayo de 1815, del Reglamento Provisorio de 1817, del artículo 112 de la Constitución de 1819 y del artículo 162 de la Constitución de 1826 (cfr. Arturo Enrique Sampay, La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional, Buenos Aires, 1975, págs. 10 y ss.; también Agustín De Vedia, Constitución Argentina, Buenos Aires, 1907, pág. 100).

15) Que los antecedentes de la legislación nacional han sido desarrollados extensamente en el voto del juez Petracchi en la causa "Bazterrica" (Fallos: 308:1392, considerando 14) a los que me remito en honor a la brevedad. En el mencionado fallo "Bazterrica", esta Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo 6° de la ley 20.771 que, al igual que en la norma cuestionada en el presente, punía la tenencia de estupefacientes para uso personal.

16) Que el 21 de septiembre de 1989 se sancionó la ley 23.737, aún vigente, que en su artículo 14 segundo párrafo mantiene la prohibición y punición de la tenencia de estupefacientes para uso personal, y en ese marco, y debiéndose expedir sobre el tema, esta Corte varió su jurisprudencia a partir de la causa "Montalvo" (Fallos: 313:1333), considerando punible esa conducta, y consecuentemente retomando el criterio anterior al dictado del fallo "Bazterrica"; criterio que, en términos generales, se ha mantenido hasta el presente.

17) Que si bien no es función del control de constitucionalidad juzgar la política criminal, debería serlo cuando resulta de toda evidencia la patente contradicción entre el fin manifiesto de la norma y el favorecimiento de su efecto precisamente contrario, por resultar violatorio de la racionalidad republicana impuesta por el artículo 1° de la Constitución, como propia de todo acto de gobierno. En el presente caso no es necesario acudir a esta valoración, pero no sale sobrando verificar que el ejercicio del control de constitucionalidad de la norma cuestionada por parte de esta Corte la reafirma fuertemente, teniendo en cuenta que la decisión no sólo no lesiona, sino que habrá de operar a favor de la política criminal encaminada a la represión del tráfico y difusión de tóxicos prohibidos, seriamente obstaculizada en varios sentidos por la norma en cuestión.

18) Que el tipo penal que describe el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 ha pasado a ser un instrumento de poder punitivo que casi nunca se traduce en una pena efectiva, y muy pocas veces en una condena firme. Esta Corte, para pronunciarse, ha debido escoger una causa entre una escasa media docena que habían alcanzado la instancia extraordinaria sin encontrarse prescriptas, toda vez que, en la práctica, prescribe la inmensa mayoría de las causas que tuvieron origen en acciones penales asentadas sobre esta habilitación de poder punitivo.

19) Que no obstante los resultados descriptos, este tipo penal genera innumerables molestias y limitaciones a la libertad individual de los habitantes que llevan a cabo conductas que no lesionan ni ponen en peligro bienes jurídicos ajenos, sin que los procesos originados lleguen a término en la forma que se supone que deben hacerlos todos los procesos penales. Al mismo tiempo, importa un enorme dispendio de esfuerzo, dinero y tiempo de las fuerzas policiales, insumidos en procedimientos inútiles desde el punto de vista político criminal, como lo demuestran los casi veinte años transcurridos desde que esta Corte revirtiera la jurisprudencia sentada en el caso "Bazterrica" (Fallos: 308:1392), con el dictado del fallo "Montalvo" (Fallos: 313:1333).

Similares consideraciones pueden hacerse respecto de la tarea judicial. Tanto la actividad policial como la judicial distraen esfuerzos que, con sano criterio político criminal, deberían dedicarse a combatir el tráfico de tóxicos, en especial el de aquellos que resultan más lesivos para la salud, como los que hoy circulan entre los sectores más pobres y jóvenes de nuestra sociedad, con resultados letales de muy corto plazo y con alta probabilidad de secuelas neurológicas en los niños y adolescentes que logran recuperarse.

20) Que el procesamiento de usuarios -por otra parte- se convierte en un obstáculo para la recuperación de los pocos que son dependientes, pues no hace más que estigmatizarlos y reforzar su identificación mediante el uso del tóxico, con claro perjuicio del avance de cualquier terapia de desintoxicación y modificación de conducta que, precisamente, se propone el objetivo inverso, esto es, la remoción de esa identificación en procura de su autoestima sobre la base de otros valores.

21) Que, asimismo, el procesamiento de usuarios obstaculiza la persecución penal del tráfico o, al menos, del expendio minorista, pues el usuario imputado goza de los beneficios que la naturaleza de acto de defensa otorga a la declaración indagatoria y, en consecuencia, puede legalmente negarse a declarar revelando la fuente de provisión del tóxico, cosa que no podría hacer en el supuesto en que se le interrogara en condición de testigo, so pena de incurrir en la sanción del testigo remiso o falso.

22) Que todas estas consideraciones político criminales refuerzan la esencia de la decisión de esta Corte, en el sentido de reafirmar como valor central de nuestra Constitución la norma del artículo 19 que, por cierto, trasciende con mucho el alcance de la cuestión sometida a la decisión del Tribunal en el presente caso. El desconocimiento o debilitamiento de su vigencia hace tambalear las propias bases del sistema constitucional.

23) Que, en orden a lo dicho precedentemente, sólo cabe concluir que en el conflicto de normas planteadas en la presente causa, el artículo 19 de la Constitución Nacional resulta ser un pilar fundamental de nuestro sistema jurídico, ya que es el que garantiza el sistema de libertades individuales de los habitantes, en tanto que el artículo 14, párrafo segundo de la ley 23.737 se le contrapone, en tanto conculca el ámbito de privacidad personal que el primero garantiza. Por lo tanto, sólo cabe declarar en el caso la inconstitucionalidad de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

Por ello, y oído el señor Procurador General con arreglo a lo expresado en el dictamen de la causa V. 515.XLII "V." -que antecede-, se resuelve: I) Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, con el alcance que surge de los considerandos precedentes, y dejar sin efecto la sentencia apelada en lo que fue motivo de agravio. II) Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados



internacionales de derechos humanos suscriptos por el país. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja a los autos principales. Hágase saber y devuélvase. - E. Raúl Zaffaroni:

Voto de la señora ministra doctora doña Carmen M. Argibay:

Considerando:

Que la infrascripta concuerda con los considerandos 1° a 9° del voto que encabeza este pronunciamiento, que se dan por reproducidos.

10) Tal como surge de los antecedentes que han sido reseñados, la defensa ha reclamado durante su actividad recursiva que se realice un examen basado en el artículo 19 de la Constitución Nacional que determine si la conducta por la que fueron condenados sus asistidos, calificada como tenencia de estupefacientes para consumo personal (artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737), se halla protegida por dicha cláusula constitucional. Esto es, si la tenencia en el bolsillo del pantalón de los imputados G. A. F., M. E. A. y M. A. V. de algunos cigarrillos de marihuana, hallados con motivo de la requisa de la que fueron objeto al ser detenidos por personal policial, y la posesión de G. A. M. y L. A. C. de dos paquetes de cigarrillos conteniendo algunos gramos de marihuana, que arrojaron a la vía pública al verse cercados por la policía, resultan acciones privadas, en los términos de la norma constitucional mencionada que dispone: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados".

No obstante, esta insistencia ha fracasado, fundamentalmente porque las diversas instancias judiciales que han dictado sentencia consideraron que la defensa no introducía ninguna cuestión novedosa respecto de las que fueron tratadas por esta Corte en la causa "Montalvo" (Fallos: 313:1333) y que, tal como había sucedido en ese antecedente, correspondía dictar la condena de los acusados.

Cabe aclarar que la autoridad de "Montalvo" ha sido invocada por los tribunales de grado para justificar en general la punibilidad de la tenencia de estupefacientes para uso personal y la consiguiente irrelevancia de cualquier análisis en particular sobre el modo en que fue realizada la conducta para decidir si ha sido o no una acción privada.

Esta circunstancia hace necesario establecer cuál es la regla de derecho que contiene "Montalvo" y, en su caso, en qué medida puede utilizarse ese antecedente para bloquear a priori el examen judicial de las razones que esgrime el recurrente para justificar la pretensión de que la conducta de cada uno de sus asistidos, en concreto y por las condiciones en que se llevó a cabo, fue una acción privada.

11) a) Según surge de algunos pasajes de "Montalvo", "el procesado, junto con otra persona, era llevado detenido en un automóvil de alquiler, por presumirse que podría estar vinculado a la sustracción de dólares. Al llegar a la dependencia policial y descender del vehículo, Montalvo arrojó una bolsita que contenía 2,7 grs. de marihuana..." (Fallos: 313:1333).

La mayoría argumentó que el Tribunal "en su actual composición" retornaba a la doctrina del caso "Colavini" (Fallos: 330:254) del año 1978, pues las mismas razones por las que en aquel entonces se había afirmado la validez del artículo 6° de la ley 20.771 que penaba a quien "...tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal", resultaban aplicables en el análisis del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, que conmina la misma conducta inclusive cuando por su "escasa cantidad" y demás circunstancias surgiere inequívocamente que la tenencia era para uso personal.

El argumento central de la sentencia fue que por ser la figura penal en cuestión un delito de peligro abstracto, la conducta allí descrita contenía implícita su trascendencia a terceros. Esa exteriorización estaría dada por el "efecto contagioso" de la drogadicción, esto es, por constituir un medio de difusión de la droga y por ser parte necesaria de la

cadena de tráfico, cuestiones ambas vinculadas a asuntos de política criminal cuya evaluación, según se estimó, incumbía a otro poder del Estado.

Ahora bien, derivar de aquel fallo un estándar según el cual la punición de la tenencia de droga para consumo personal es constitucionalmente inobjetable en todos y cada uno de los casos concebibles es equivocado fundamentalmente por dos razones.

Primero, porque si "Montalvo" hubiese resuelto con ese alcance el problema, la Corte habría ejercitado un control de constitucionalidad en abstracto consumado mediante una decisión única con el efecto de clausurar por anticipado toda posibilidad de examinar, en casos posteriores, si la conducta del imputado es o no una acción privada protegida por el artículo 19 de la Constitución.

Es claro que ese tipo de análisis se enfrenta con la doctrina elaborada por esta Corte que supedita su actuación jurisdiccional a la existencia de un interés (particular o colectivo) al que la norma resulta aplicable. Precisamente, mucho antes de "Montalvo" e incluso de "Colavini", se había consolidado la doctrina según la cual la jurisdicción de la Corte se ejerce en el marco de "causas" a las que aluden los artículos 116 de la Constitución Nacional y 2 de la ley 27 y, por lo tanto, "la impugnación de las leyes con base constitucional no puede contemplarse en abstracto" (doctrina de Fallos: 106:109; 182:398; 187:79; 190:142, 389; 252:328; 256: 602; 259:69; 304:1088; 311:2088; 317:335, 1224, entre otros). De ahí que declarada la inconstitucionalidad de una norma, ésta no pierde vigencia en general, sino en lo que respecta a la decisión del caso concreto; de modo simétrico, tampoco el rechazo de un planteo de inconstitucionalidad tiene como efecto la convalidación absoluta de la ley en cuestión para todos los casos posibles y la consiguiente inmunidad contra cualquier planteo posterior.

En segundo lugar, extraer de la retórica utilizada en aquel pronunciamiento una regla que afirme la validez en todos los casos del tipo previsto en el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, es erróneo, pues ello implicaría conceder a los términos generales contenidos en el fallo un alcance impropio.

En efecto, también la Corte ha fijado pautas para el buen uso de sus precedentes, al explicar cómo deben entenderse las expresiones generales vertidas en sus sentencias, estableciendo que no cabe acordar carácter obligatorio para casos sucesivos a los términos generales contenidos en el fallo. Así en la resolución tomada en el expediente "Municipalidad de la Capital c. Isabel A. Elortondo" (Fallos: 33:162) sostuvo que: "Cualquiera sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan...".

Este distingo responde a la diferencia entre las expresiones generales u obiter dicta y aquellas otras que conforman el argumento central que sustenta la decisión. Las primeras, de acuerdo con "Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo", no pueden ser utilizadas para obligarla en otras decisiones. Así, según lo explicado precedentemente, la pretensión de convalidar de manera general y absoluta una norma legal carece de toda fuerza vinculante.

b) Por lo tanto, "Montalvo" sólo sería un precedente con peso en la presente decisión si contuviese una descripción de los rasgos que el Tribunal estimó relevantes en la acción del acusado para concluir que era dañina hacia terceros y que puedan ser comparados con las características de las conductas probadas en esta causa.

Sin embargo, la brevedad de las referencias al caso concreto que contiene la sentencia mencionada hace imposible conocer si hubo aspectos del comportamiento concretamente realizado por el imputado que influyeran en su consideración como ofensivo hacia el orden y la moral pública o los derechos de terceros. El pronunciamiento hace apreciaciones generales sobre el carácter "contagioso" del consumo de droga y en torno al puesto que necesariamente ocupan los compradores en la cadena de "tráfico".

Lo primero no está seguido por una identificación de las circunstancias que tienen la propiedad de producir el temido contagio, es decir, sobre el modo en que Montalvo podía lograr ese efecto teniendo droga entre sus ropas o de alguna otra manera que estuviese presente en su comportamiento. En relación con lo segundo, debe decirse que el significado de "tener" droga no incluye el haberla comprado. Si la exteriorización de la conducta reprochable consistió en ser parte de la cadena de tráfico como comprador, entonces debería haberse probado dicho extremo y apoyado en esa circunstancia la afirmación de que la conducta de Montalvo no resultó inocua para terceros. Cabe insistir en lo siguiente: cualquiera sea el elemento de juicio que se tome como pauta para restar carácter privado a una acción como es la mera tenencia de estupefacientes se trata de un elemento cuya presencia no es necesaria, sino contingente y, por lo tanto, es un dato que ha de ser debidamente probado para entrar así en la consideración del tribunal.

Como se ha visto, esta falta de precisión sobre las razones que llevaron a la conclusión de que la conducta de Montalvo no estaba protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional, impide la formación de un estándar aplicable a otros casos. Por lo tanto, aquella decisión, así como su mayor o menor acierto, está confinada a la causa en que fue dictada.

A mayor abundamiento, y respecto de las posibles interpretaciones de las que ha sido objeto "Montalvo", me permito una última reflexión.

Debe recordarse que no son las intenciones que abrigan los jueces que suscriben el fallo de la Corte lo que vale como precedente, sino la regla que sirvió de base a la decisión que efectivamente se tomó. Por eso, más allá de tales intenciones y de los efectos desencadenados a partir de su pronunciamiento, corresponde hacer una distinción. Si el argumento utilizado en "Montalvo" es interpretado, como lo he hecho antes, en el sentido de que el daño a terceros está implícito en la definición del delito, no merece objeciones de peso, salvo que ello no agrega demasiada información puesto que, explícita o implícitamente, ello sucede con todas las normas que establecen delitos; lo contrario las pondría en una colisión literal y manifiesta con el artículo 19 de la Constitución Nacional. Sin embargo, esto nada nos dice sobre la verificación en el caso de un daño o peligro para terceros.

Sin embargo, distinta es la valoración que merecería ese argumento bajo la inteligencia de que el daño a terceros está implícito no en la definición, sino en el hecho de tener estupefacientes, en la conducta misma, puesto que es humanamente imposible contar con una previsión exhaustiva sobre todas las características de los hechos futuros como para poder afirmar a priori que todos ellos producirán un daño a terceros.

Ahora bien, por lo general las leyes penales que establecen delitos brindan algunas pautas sobre la dirección que debe tomar el examen sobre los efectos dañinos de la acción ilícita, sea describiendo los rasgos principales de la víctima o, al menos, de las derivaciones o consecuencias que han de seguirse de la acción criminal. De ahí que no es frecuente que un análisis constitucional de este tipo se proponga respecto de otros delitos. Así, por ejemplo, una acción que se comete dentro de la cadena de comercialización de estupefacientes no contiene precisiones sobre las víctimas, pero sí incluye, entre los caracteres definitorios del comportamiento delictivo, el hecho de que está orientado, en última instancia, a la provisión de sustancias prohibidas a consumidores generalmente indeterminados cuya salud es la que se busca proteger. Sin embargo, la prohibición del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, no incluye, a diferencia de otro tipo de delitos, ninguna referencia o precisión sobre quienes serían las víctimas de la acción consistente en consumir estupefacientes o, al menos, cómo es que estos últimos podrían afectarlas. Más aún, incluye dentro del ilícito los casos en que probadamente no habrá ninguna otra persona involucrada salvo el consumidor mismo. Por ese motivo, es significativa la probabilidad de que dentro de la definición legal puedan caber conductas que no se conectan en absoluto, o lo hacen de una manera excesivamente vaga e imprecisa, con algún efecto dañino sobre los intereses individuales o generales que busca proteger la ley 23.737.

Si se combinan las dos cosas, a saber, la humana imposibilidad de predecir con certeza cómo serán los hechos futuros y la indeterminación con que está definido el delito de

tenencia de estupefacientes en lo concerniente justamente a cuáles son los efectos sobre los intereses ajenos, se explica por qué motivo "Montalvo" no puede ser interpretado como una barrera inexpugnable para que los jueces decidan en cada caso si el acusado llevó a cabo una acción privada o no.

12) Por lo que se lleva dicho y regresando a la proposición inicial, si bien puede sostenerse que al analizar el caso la mayoría concluyó que la conducta de Montalvo tenía aptitud para dañar a terceros y por lo tanto escapaba a la protección del artículo 19 de la Constitución Nacional, el fallo no ofrece ninguna pauta para examinar si en casos como el que hoy estamos juzgando el comportamiento probado de los imputados constituye o no una acción privada protegida por aquella norma constitucional.

Ahora bien, en atención a que como ya se ha dicho, hay una multiplicidad de acciones posibles de infringir el tipo penal, a fin de determinar si en el caso que aquí se examina la conducta se trata o no de una acción privada, resulta necesario recurrir a las decisiones anteriores que se han tomado al respecto, y a través de un examen integral, detectar qué elementos han resultado de trascendencia para resolver los casos en uno u otro sentido.

En primer lugar, debe mencionarse el caso "Bazterrica" (Fallos: 308:1392). Según la referencia que contiene en relación a los hechos que motivaron la sentencia condenatoria recurrida, durante un allanamiento en su domicilio la policía encontró marihuana en poder del imputado. En aquel fallo se declaró la inconstitucionalidad de la disposición legal que incrimina la tenencia de estupefacientes para consumo personal; en tal sentido, se señaló que en tanto la conducta se realice en condiciones que no traiga aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, estaba amparada por la garantía del artículo 19 de la Constitución Nacional. Siguiendo ese criterio, la mayoría de los ministros consideró que el comportamiento de Bazterrica, consistente en tener en su domicilio droga que, dada su cantidad, resultaba inequívocamente para consumo personal, no tenía aptitud para interferir con acciones legítimas de terceras personas, dañar a otros, o lesionar más que la "moral privada" de un conjunto de personas y, por lo tanto, integraba las acciones privadas protegidas por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

La aplicación de la regla de derecho con base en la cual se decidió "Bazterrica" fue utilizada en sentencias subsiguientes, construyéndose una línea de interpretación constitucional discernible sobre el tipo de conductas que podían considerarse privadas y que básicamente estuvo centrada en el carácter ostensible de la tenencia en pequeñas cantidades.

Así se entendió que constituían acciones resguardadas por el artículo 19 de la Constitución "el transportar 54 gramos de hoja de marihuana debajo de un suéter, en momentos en que circulaba como pasajero de un taxi ("Capalbo", Fallos: 308:1392); cuando fue necesario revisar las pertenencias a la imputada para encontrarla ("Noguera, María Marta y otras", Fallos: 310:294), cuando la marihuana (0.66 gramos) se encontraba dentro del armario del living-comedor del domicilio ("Giménez, Nancy Gladys y otros", Fallos: 311:185) y en un caso en que fueron halladas cinco colillas de cigarrillos de marihuana en el domicilio del imputado ("Rossi, Emilio Fabián", Fallos: 312:2475).

Por el contrario, se consideró que la conducta del condenado no era una acción privada cuando "fue sorprendido fumando marihuana en un sitio público -plaza San Martín-" (Fallos: 310:2836), o en un caso en que el imputado fue descubierto con marihuana en su poder "en oportunidad en que transitaba por la vía pública en un vehículo con tres acompañantes, a quienes no sólo había invitado a consumir la droga, sino además había logrado que uno de ellos aceptara el convite" ("García, Alejandro Marcelo y otros", Fallos: 311:2228). Tampoco se encontraba resguardada la conducta de quien poseía marihuana en el interior de dos bolsos y en distintas cajas de fósforos, cuando "Gerstein -en concordancia con Gabriel Pereyra, quien ocasionalmente cohabitaba con ella- no sólo reconoce la posesión de estupefacientes sino que admite también que, parte de éste fue consumido en su departamento por distintas personas quienes, incluso, armaron algunos de los cigarrillos secuestrados" ("Gerstein, Myriam Noemí", Fallos: 311:2721), ni la conducta de quien fumaba marihuana mientras caminaba "sin rumbo fijo" con un amigo ("Fiscal c/ Ideme Galesi, Daniel y Galesi, Alberto", Fallos: 312:587), ni la de quien tenía la droga para consumirla en un lugar público. En esta ocasión, el condenado fue detenido al

presentarse en una dependencia policial para visitar a un amigo allí alojado, y al efectuársele la requisita de rigor se le secuestraron dos cigarrillos de marihuana ("Di Capua, Sergio Héctor", Fallos: 312:1892).

13) La síntesis expuesta muestra que si bien las acciones privadas no son solamente aquellas que se llevan a cabo en el interior de un determinado ámbito espacial, este dato resulta, sin embargo, un elemento de juicio a tomar en consideración. Efectivamente, el análisis casuístico deja entrever que las conductas desarrolladas en lugares públicos son, en general aunque no siempre, más aptas para afectar la salud pública, y por lo tanto quedan fuera de la protección constitucional.

Por otro lado, y aunque este dato es un indicio relevante, no resulta suficiente para decidir la cuestión. Otro elemento que en los fallos citados ha sido significativo para determinar si la tenencia de drogas se trata de una acción privada está relacionado con la existencia de actos de exhibición en el consumo. Esto no se cumple cuando la acción ha sido descubierta no por la tenencia de la droga en sí sino por un hecho ajeno a esa conducta. Por último, también ha tenido incidencia la cantidad de sustancia estupefaciente que se encontró en poder de la/el imputada/o.

Este es el panorama completo en el que debe insertarse la decisión en la presente causa, pues en coincidencia con los argumentos expuestos en "Bazterrica" entiendo que cuando la tenencia de estupefacientes se ha llevado a cabo con recaudos tales como los mencionados, que restringen el alcance de sus efectos a la misma persona que la realiza, entonces la punición de dicha conducta sólo puede explicarse como un intento de proteger al individuo contra la propia elección de su plan de vida que se reputa indeseable. Es precisamente este tipo de justificaciones paternalistas o perfeccionistas, de la interferencia gubernamental la que es repelida por el principio sentado en el artículo 19 de la Constitución Nacional (Carlos Nino, "Fundamentos de Derecho Constitucional", Buenos Aires, Astrea, página 304 y siguientes).

En conclusión, la adhesión a los postulados sentados en "Bazterrica" implica que los jueces de la causa deberán analizar en el caso concreto si la tenencia de estupefaciente para consumo personal se realizó en condiciones tales que trajo aparejado peligro concreto o daños a bienes o derechos de terceros, que le quiten al comportamiento el carácter de una acción privada protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

14) En el caso de G. A. F., M. E. A. y M. A. V. el hecho por el que fueron condenados guarda similitud con las circunstancias tomadas en cuenta por esta Corte en el precedente "Noguera", al que ya se ha hecho referencia más arriba, en el que la tenencia de droga destinada al propio consumo "no era ostensible, pues debieron revisarle las pertenencias de la procesada para encontrarlos".

En efecto, según se ha dado por cierto en la sentencia, la escasa cantidad de droga incautada estaba destinada al consumo personal y el hallazgo no fue producto de la realización de cualquier otro acto con la droga que excediese una tenencia reservada, vedada al conocimiento de terceros, y que los imputados mantuvieron así hasta ser requisados por el personal policial.

En estas condiciones, la tenencia de droga para el propio consumo, por sí sola, no ofrece ningún elemento de juicio para afirmar que los acusados realizaron algo más que una acción privada, es decir, que ofendieron a la moral pública o a los derechos de terceros.

Las mismas consideraciones cabe hacer respecto de la situación de G. A. F. y L. A. C., puesto que se trata de una cantidad reducida que también se atribuyó en la sentencia al consumo personal y que fueron imputados sólo por esa acción. Por cierto los nombrados al percatarse de la presencia policial, dejaron caer sobre la vereda dos paquetes de cigarrillos conteniendo el material posteriormente incautado, sin embargo, el contexto en el que se produjo el hallazgo no alcanza para considerar su conducta con aptitud para afectar derechos de terceros. Ello pues la razón de su detención, al igual que la situación analizada respecto de los otros tres imputados, no fue la realización de actos que puedan ser considerados como ostentación, sino que ambos mantuvieron la droga en su esfera

íntima hasta que se desprendieron de ella inmediatamente antes de ser detenidos, es decir, sólo anticiparon el hallazgo que de todas formas se hubiera producido en la requisa de la que iban a ser objeto.

Por ello, y oído el señor Procurador General con arreglo a lo expresado en el dictamen de la causa V. 515.XLII "V." -que antecede-, se resuelve: I) Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, con el alcance señalado en el considerando 13, y dejar sin efecto la sentencia apelada en lo que fue motivo de agravio. II) Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja a los autos principales. Hágase saber y devuélvase. - Carmen M. Argibay.

**Inconstitucionalidad del originario artículo 10 –actual art. 11- de la ley 24.390 por resultar violatorio del principio de inocencia, el derecho a la igualdad (art. 16 C.N.) y el art. 4.5. CADH (CSJN Argentina 2010.06.15 rol V210 XLI)**

**SÍNTESIS JURÍDICA:** La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió favorablemente el planteo de inconstitucionalidad del artículo 10 de la ley 24.390 –actual artículo 11, conforme ley 25.430-, incoado por la defensa oficial de L. C. V.

Tal temperamento fue adoptado -contrariamente a la doctrina emanada de Fallos: 318:2611- en la inteligencia de que tanto el originario artículo 10 de la ley 24.390, como el actual artículo 11, resultan violatorios del principio de inocencia, el derecho a la igualdad (art. 16 C.N.) y el art. 4.5 CADH, toda vez que priva a determinada categoría de personas de los derechos previstos en la ley 24.390, en virtud de determinadas hipótesis delictuales.

“...El temperamento adoptado armoniza plenamente con la orientación marcada por los principios que informan el derecho internacional de los derechos humanos que han asumido jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994...”(p. 20).

...Resulta atinente recordar que en el aludido caso "Nápoli" (Fallos: 321:3630) este Tribunal relevó lo afirmado por la CIDH (...) (Fallos: 318:514, considerando 11, segundo párrafo— en el caso "Suárez Rosero" (...), en el que se sostuvo que resulta violatoria del principio de igualdad una excepción que despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental por la sola naturaleza del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculcados (conf. párrafo 98)...”(p. 21).

**SÍNTESIS DE LOS HECHOS:** El T.O.C.F. n° 3, condenó a V.L.C. a la pena de 12 años de prisión por considerarla autora del delito de transporte de estupefacientes agravado.

El órgano jurisdiccional aludido ordenó la realización del cómputo de pena.

La defensa observó el cómputo de pena efectuado por entender que el art. 10 de la ley 24.390 le había impedido beneficiarse con el cómputo de pena privilegiado (el denominado "dos por uno")

El juez de ejecución penal declaró la inconstitucionalidad de la citada norma y realizó un nuevo cómputo.

La Cámara Nacional de Casación Penal anuló la resolución del titular del Juzgado Nac. de Ejecución Penal n° 1. Contra la sentencia de CNCP, la defensa interpuso el recurso extraordinario cuyo rechazo dio origen al recurso de hecho.

La Corte Suprema resolvió favorablemente el planteo de la defensa.

**TEXTO COMPLETO:**

Buenos Aires, 15 de junio de 2010

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por L. C. V. en la causa V., L. C. s/ causa n° 5640", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal que anuló la resolución pronunciada por el titular del Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 1 en cuanto había resuelto declarar la inconstitucionalidad del originario art. 10 de la ley

24.390 —aplicado al caso— y ordenar la revisión del cómputo de pena practicado respecto de Linda Cristina Veliz de acuerdo con el texto derogado del art. 7º de aquella ley, la defensa interpuso el recurso extraordinario cuyo rechazo dio origen a esta queja.

2º) Que la nombrada había sido condenada a la pena de doce años de prisión, doce mil pesos de multa y accesorias legales, en razón de que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 3 la consideró autora del delito de transporte de estupefacientes, agravado por la intervención de tres o más personas (arts. 5º, inciso c, y 11, inciso c, de la ley 23.737). Agotada la vía recursiva activada contra dicho pronunciamiento, el órgano jurisdiccional aludido ordenó la realización del cómputo de pena respectivo, en el cual se fijó que el vencimiento de la pena se produciría el día 9 de octubre del año 2008, a las 24 horas, teniendo en cuenta que la condenada había sido detenida con relación al hecho de la causa el 10 de octubre de 1996.

3º) Que como consecuencia de ello, la defensa de L. C. V. observó el cómputo de pena efectuado por entender que el art. 10 de la ley 24.390 —en su versión original— había impedido a la nombrada beneficiarse con el cómputo de pena privilegiado (el denominado "dos por uno"), violando la garantía de igualdad y llevando al Estado argentino a incurrir en un incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de instrumentos de jerarquía constitucional. En razón de ello se propició la declaración de inconstitucionalidad de la citada disposición y se solicitó la realización de un nuevo cómputo de pena en el que se aplicase el privilegio denegado, todo lo cual —según se ha dicho— fue acogido por el juez de ejecución penal.

4º) Que para dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad en cuestión, el tribunal a quo aplicó al caso la doctrina de Fallos: 318:2611, según la cual "el art. 10 de la ley 24.390 de ningún modo contradice lo dispuesto por el art. 7, inc. 5º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que si bien esta última disposición determina que se aplica a los procesados por toda clase de delitos, lo cierto es que en el art. 32 se limita los derechos individuales al establecer que 'los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática'".

5º) Que en la apelación extraordinaria la defensa planteó que el art. 10 de la ley 24.390 resultaba inconstitucional por vulnerar principios de orden superior como lo son los de culpabilidad y proporcionalidad de la pena, así como el de igualdad y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable (arts. 16 y 18 de la Constitución Nacional y arts. 7.5 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

6º) Que, en su dictamen de fs. 131/135, el señor Procurador Fiscal opinó sobre dicho tópico que la apelación federal carecía de la debida fundamentación autónoma que exige el art. 15 de la ley 48, por cuanto la defensa no se ocupó de refutar los argumentos expuestos en el precedente de Fallos: 318:2611, ni dio razones novedosas que hicieran ineludible su modificación. A partir de tales falencias concluyó que el recurso extraordinario no era procedente.

7º) Que en la medida en que se halla en tela de juicio la compatibilidad constitucional de una norma que integra una ley que se autodefine como reglamentaria del art. 7º, inciso 5º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la decisión objetada ha sido contraria al derecho en que la apelante funda sus agravios, el recurso extraordinario resulta procedente.

8º) Que si bien en el citado caso "Alonso" (Fallos: 318:2611) esta Corte se pronunció en el sentido indicado, un nuevo examen de la cuestión debatida practicado a la luz de la línea jurisprudencial trazada por este Tribunal en los últimos años a partir del bloque de constitucionalidad positivizado en el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, lleva a la asunción de una posición contraria a la allí fijada.

9º) Que el art. 7º, inciso 5º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone 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...".

10º) Que por su parte, la ley 24.390 —previo a la reforma introducida por la ley 25.430— determinaba un plazo fijo de dos años, junto a una prórroga de un año y a otra de seis meses, para los procesados que habiendo cumplido aquel lapso de detención en prisión preventiva, no hubiesen sido juzgados en forma definitiva. A su vez, el actualmente derogado art. 7º preveía la posibilidad de computar por cada día de prisión preventiva dos de pena privativa de la libertad.

Sin embargo, el art. 10 de la citada ley también establecía que "quedan expresamente excluidos de los alcances de la presente ley los imputados por el delito previsto en el art. 7º de la ley 23.737 y aquéllos a quienes resulten aplicables las agravantes previstas en el art. 11 de esa misma ley".

Finalmente, debe remarcarse que la ley 24.390 se proclama reglamentaria del art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9º en la versión originaria y 10 en la actual redacción).

11º) Que el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable acordado a toda persona detenida se inserta dentro de un conjunto de disposiciones que intentan garantizar el derecho a la libertad personal (art. 7º de la citada Convención), las cuales no prevén restricción alguna para semejante derecho basada en el mero reproche o repulsa social que puedan tener determinadas conductas, por más graves que ellas puedan resultar.

12º) Que, en este sentido, el Tribunal ya señaló que "la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o repulsa social de ciertas conductas —por más aberrantes que puedan ser— como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos, importa alterar arbitrariamente los ámbitos propios de las distintas esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas legisferantes y desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en verdadera pena anticipada..." (Fallos: 321: 3630).

13º) Que la sanción de la ley 24.390 también respondió a la necesidad de paliar un estado de situación insostenible en el país relativo a la duración de los procesos penales y a la utilización de la prisión preventiva como pena anticipada.

En consecuencia, no resulta factible aceptar una disposición que no sólo contraría la naturaleza de la ley que integra sino que también supone para ciertas hipótesis delictivas la neutralización de la garantía constitucional cuya reglamentación justamente pretende.

14º) Que la asunción por parte de nuestro país de compromisos internacionales en materia de lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas no puede erigirse en fundamento suficiente a efectos de tornar inoperantes derechos de raigambre constitucional tales como la presunción de inocencia, la libertad personal y el plazo razonable de duración del proceso.

Sobre el particular, corresponde destacar que la limitación a la libertad ambulatoria de quien aún se presume inocente frente a imputaciones de la clase de las mencionadas en la norma cuya inconstitucionalidad reclama la apelante, no puede encontrar otro fundamento que el propio de la prisión preventiva como medida de coerción procesal tendiente a evitar que se frustre la acción de la justicia ya sea por la concreta posibilidad de que el imputado se fugue o entorpezca el curso de la investigación; para lo cual, claro está, asume cierto protagonismo la entidad de la respuesta punitiva conminada en abstracto para dichos supuestos (que, en el caso, se materializa en una escala que se extiende de 6 a 20 años de prisión dada la calificación legal efectuada).

15º) Que lo recién afirmado no es más que la consecuente expresión del mandato que nos rige de hacer de la República Argentina no un mero Estado legal de derecho sino un Estado constitucional de derecho (Fallos: 328:3399, considerando 14), razón por la cual nuestro sistema conoce desde siempre el recurso que permite a los ciudadanos impetrar de sus jueces la supremacía de la Ley Fundamental de la Nación por sobre la voluntad coyuntural del legislador ordinario.

16º) Que, desde esta perspectiva, los acuerdos suscriptos en materia de lucha contra el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes presupone necesariamente el compromiso de que su debido cumplimiento jamás puede significar la violación o supresión de derecho o



garantía alguna consagrada en la Constitución Nacional. De lo contrario, ella misma quedaría a merced de la voluntad política coyuntural y, entonces, se desvirtuaría su propio carácter supremo, soslayándose el propósito de construir un Estado constitucional de derecho.

17º) Que, en tales condiciones, la decisión del legislador ordinario de privar a determinada categoría de personas de los beneficios previstos en la ley 24.390 no sólo implica la afectación del derecho que ellas tienen a que se presuma su inocencia, sino que además importa la afectación de la garantía que la Convención Americana sobre Derechos Humanos también les confiere en su art. 7.5.

18º) Que el originario art. 10 de la ley 24.390 (así como el actual art. 11) termina por cristalizar un criterio de distinción arbitrario en la medida en que no obedece a los fines propios de la competencia del Congreso, pues en lugar de utilizar las facultades que la Constitución Nacional le ha conferido para la protección de ciertos bienes jurídicos mediante el aumento de la escala penal en los casos en que lo estime pertinente, niega el plazo razonable de encierro contra lo dispuesto por nuestra Ley Fundamental.

19º) Que, en consecuencia, la aludida norma viola asimismo el derecho a la igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional) de Linda Cristina Veliz, puesto que la priva de una garantía constitucional prevista para toda persona detenida o retenida (art. 7º, inciso 5º, de la reiteradamente citada Convención).

20º) Que el temperamento aquí adoptado armoniza plenamente con la orientación marcada por los principios que informan el derecho internacional de los derechos humanos que han asumido jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994.

21) Que, por lo demás, resulta atinente recordar que en el aludido caso "Nápoli" (Fallos: 321:3630) este Tribunal relevó lo afirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos —cuya jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica (Fallos: 318:514, considerando 11, segundo párrafo— en el caso "Suárez Rosero" (sentencia del 12 de noviembre de 1997), en el que se sostuvo que resulta violatoria del principio de igualdad una excepción que despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental por la sola naturaleza del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados (conf. párrafo 98).

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y se deja sin efecto la sentencia apelada con los alcances citados. Hágase saber y remítanse los autos a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo aquí expresado. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (según su voto)- JUAN CARLOS MAQUEDA (según su voto)- E. RAUL ZAFFARONI.  
ES COPIA

VOTO DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI Y DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

Que la cuestión planteada en la presente causa resulta sustancialmente análoga a la resuelta en Fallos: 325:2322 (disidencia de los jueces Petracchi y Bossert), a cuyas consideraciones corresponde remitir en lo pertinente.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Acumúlese al principal. Vuelvan los autos al tribunal de origen, a fin de que por quien corresponda se dicte un nuevo pronunciamiento de conformidad con lo aquí resuelto. Hágase saber y, oportunamente, devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA.

ES COPIA

Recurso de hecho interpuesto por L. C. V., representada por la Dra. Stella Maris Martínez.  
Tribunal de origen: Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Juzgado Nacional de Ejecución Penal nº 1.

## Chile

**Robo con violencia- Responsabilidad penal adolescente- Control de identidad- Declaración.**  
**CS Rol N°6305/2010 - Resolución: 39335 - Secretaría: UNICA**

**SÍNTESIS JURÍDICA:** La Corte Suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública fundamentado en los artículos 373 a) y 228 del Código Procesal Penal; 6, 7 y 19 N°3 inciso 5° de la Constitución Política de la República; y el artículo 31 de la Ley N°20.084. El adolescente sólo puede prestar declaración ante un fiscal y frente a un defensor, por tanto, la supuesta revelación que éste hizo ante funcionarios de la Brigada de Homicidios Metropolitana no es válida, pues se vulnera la garantía del debido proceso en su variante de derecho de defensa y derecho a no autoincriminarse.

**SÍNTESIS DE HECHOS:** El Sexto Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago condenó a dos imputados adolescentes a 5 años de internación en régimen cerrado y semicerrado por considerarlos autores de robo con violencia perpetrado el día 12 de octubre de 2009, donde disparan a una de las víctimas al interior del inmueble, para luego darse a la fuga. Luego de un llamado de la Cipol, se le practica un control de identidad a uno de los imputados.

Santiago, diecinueve de octubre de dos mil diez.

VISTOS:

En estos autos, rol único 0900968440-6 e interno del tribunal 378-2010, se registra la sentencia dictada en procedimiento ordinario por el Sexto Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago el once de agosto de dos mil diez, que en lo decisorio condenó a Francisco Javier Carrasco Ávila, a la pena de cinco años de internación en régimen cerrado, con programa de reinserción social, y a Jairo Marcelo Jesús González Leiva, a cinco años de internación, tres de ellos en régimen cerrado y complementariamente dos años en semicerrado, en ambos casos, con programa de reinserción social, eximiéndolos del pago de las costas del procedimiento, por ser autores del delito de robo con violencia perpetrado el doce de octubre de 2009, en la comuna de Pedro Aguirre Cerda.

En contra de esa decisión, el defensor penal público, Rodrigo Torres Díaz, en representación del imputado González Leiva, dedujo un recurso de nulidad fundado en la causal del artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal, en conexión con los artículos 6, 7 y 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución Política de la República, el artículo 31 de la Ley N° 20.084 y el artículo 228 del Código Procesal Penal, por haberse vulnerado el derecho a no autoincriminarse.

Este tribunal estimó admisible el recurso y dispuso pasar los antecedentes al señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la vista de la nulidad impetrada, como aparece a fojas 43.

La audiencia pública se verificó el veintinueve de septiembre último, con la concurrencia y alegato de la defensora Penal Pública Sra. Pamela Pereira, en representación del imputado González Leiva; en tanto que actuando por el Ministerio Público lo hizo la abogada Sra. María Angélica San Martín, previo a lo cual se efectuó la rendición de la prueba documental como de audio ofrecida y pormenorizada a fojas 32 vuelta, desistiéndose la propia defensa de la relativa a la pista de audio, singularizada bajo el N° 0900968440-6-1249-100806-02-08, referida al alegato de clausura de la defensa, y respecto de la N° 0900968440-6-1249-100805-01-10, denominada "testimonio de Nelson Contreras Irrazabal", tan sólo se rindió desde el minuto 0:00 al 11:30, y luego desde el minuto 21:00 hasta el final (minuto 33:14). Concluida la vista del recurso, se citó a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta que rola a fojas 47.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de nulidad interpuesto en el libelo de fojas 25 a 32 vuelta de estos antecedentes, se sustenta en la causal del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, referida a que en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, la que se relaciona con la vulneración del debido proceso en su variante del derecho a no autoincriminarse, denunciando como normas

infringidas los artículos 6, 7 y 19 N° 3 inciso quinto, de la Carta Fundamental, el artículo 31 de la Ley N° 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente y el artículo 228 del Código Procesal Penal.

SEGUNDO: Que, sobre este tópico, se señala que la vulneración ocurrió al momento de la detención del menor Jairo González Leiva, la que se produjo bajo la hipótesis del artículo 85 del Código Procesal Penal, referida al control de identidad, norma que corresponde integrar con la contenida en el artículo 31 de la Ley N° 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente, y que si bien la permite, exige la existencia de antecedentes fundados de participación en un delito, los que en el presente caso -según declaró el propio Sub-Comisario Nelson Contreras Irrázabal de quien se transcriben diversos pasajes de lo por él declarado en el juicio oral-, se sustentaban en versiones entregadas por “vecinos?” y “amistades de la víctima”, a quienes no se identificó, siendo de todas formas controlado, sin que por mandato legal pudiera efectuársele ninguna pregunta referida al delito, sólo las pertinentes a fin de acreditar su identidad, evitando con ello la autoincriminación.

Sin embargo, agrega el impugnante, lo anterior fue igualmente desobedecido por la policía, ya que de todas formas procedieron a interrogarlo por el ilícito, lo que fue descubierto recién en el momento en que compareció dicho funcionario al juicio oral, en donde reconoció tal hecho, expresando que el menor detenido no portaba su cédula, y que como no existió declaración formal, esa fue la razón por la cual no la registró, pero reafirmando que materialmente el imputado en su presencia declaró y reconoció ser el autor del ilícito, sin que estuviera ningún abogado que lo asesorara, y que sólo se le leyeron sus derechos en la unidad una vez que quedó detenido, por lo que la conversación se materializó mientras era conducido a ella.

TERCERO: Que, esta información, ilegalmente obtenida por la policía, motivó al mismo aprehensor a confeccionar a continuación un set de fotos, el que fue exhibido al afectado Samuel Ross León, quien reconoce al imputado, sin que previamente ese testigo señalare dato alguno respecto de su apariencia. Lo anterior, fue lo que en realidad determinó solicitar y obtener la orden de detención de su defendido, toda vez que la versión de datos inculpativos entregados por vecinos y amigos, no se justificó, prueba de ello es que no fueron identificados, ni prestaron declaración en la investigación o en el juicio oral, por lo que todo tuvo su origen con la declaración ilegalmente obtenida del enjuiciado, con lo cual se vulneraron los artículos 31 de la Ley N° 20.084 y el 228 del Código Procesal Penal, éste último al no levantarse registro alguno de esa declaración.

CUARTO: Que, los vicios anteriormente reseñados, afectaron de igual forma el derecho de la defensa del adolescente infractor, primero por desconocer su ocurrencia, lo que le hubiera permitido reclamar acerca de su ilegalidad en el respectivo control de la detención o en la audiencia de preparación del juicio oral, para al menos excluir esa prueba que provenía de la actuación policial prohibida; por otro lado, la renuncia al derecho a no autoincriminarse supone riesgos, debido a la posibilidad de generar renunciaciones formalmente voluntarias e informadas, y será la presencia del defensor la que constituya el mecanismo que permita asegurar la efectividad de esa garantía, lo que conllevó por omisión la vulneración del debido proceso, tal como lo refrendó el voto de minoría que estuvo por absolverlo, el cual transcribe a continuación.

QUINTO: Que, como consecuencia de todo lo que se viene señalando, la parte recurrente sostiene que toda la prueba de participación obtenida por el persecutor penal, provino de una declaración efectuada ante un funcionario de la Policía de Investigaciones de Chile obtenida en forma ilícita, y luego por la confección efectuada por el mismo de un set fotográfico, a las que luego se sumaron las declaraciones del ofendido Samuel Ross León, relacionada con el reconocimiento de ese mismo material, la que en todo caso deviene de la diligencia ilegal primitiva que vulneró flagrantemente el debido proceso, tanto en la vertiente del derecho a no autoincriminarse, como en la del derecho a defensa, por no cumplir el funcionario con su obligación de su debido registro, lo que impidió conocer tal vicio y alegarlo, para excluirlo como medio de prueba, lo que en todo caso fue reclamado oportunamente en el preciso momento en que se tomó conocimiento del mismo en el juicio oral, por lo que de conformidad al artículo 377 del Código Procesal Penal, no era posible su reclamo previo.

SEXTO: Que, finalmente, en su petitorio, solicita que se acoja su reclamo, se anule el juicio oral y la sentencia recaída en él, indicándose que se excluyen como pruebas del Ministerio Público, a los testigos Úrsula Pizarro Mercado, quien no podrá declarar sobre el reconocimiento del imputado, ni del reconocimiento fotográfico; lo mismo respecto del testigo Samuel Ross; lo que se extiende al policía Nelson Contreras Irrázabal, material

que deberá excluirse del auto de apertura respectivo, determinando el estado del procedimiento y ordenar la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda para realizar nuevo juicio.

SÉPTIMO: Que, como cuestión principal, el libelo de nulidad descansa en la causal contenida en la letra a) del artículo 373 del Estatuto procesal del ramo, conforme a la cual se reclama vulneración a la garantía del debido proceso.

A este respecto es útil dejar claro que como ya ha tenido oportunidad de señalar este tribunal en los ingresos Nros. 4954-08 y 1414-09, constituye un derecho asegurado por la Constitución Política de la República, el que toda decisión de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y que el artículo 19, N° 3°, inciso quinto, confiere al legislador la misión de definir siempre las garantías de un procedimiento racional y justo.

En torno a los tópicos que contempla el derecho del debido proceso, no hay discrepancias en cuanto a que lo constituye un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y en vigor y las leyes le entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley, que las sentencias sean debidamente motivadas y fundadas, entre otros.

OCTAVO: Que, en este contexto, el artículo 85 del Código Procesal penal dispone: “Control de identidad. Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 deberán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren que existen indicios de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos.”

Luego, la norma continúa refiriéndose a los casos en que se autoriza, además, el registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, agregando en su inciso tercero que: “En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía lo conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. En dicha unidad se le darán facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados, dejándola en libertad en caso de obtenerse dicho resultado, previo cotejo de la existencia de órdenes de detención que pudieren afectarle. Si no resultare posible acreditar su identidad, se le tomarán huellas digitales, las que sólo podrán ser usadas con fines de identificación y, cumplido dicho propósito, serán destruidas.”

Finalmente, en su inciso cuarto, precisa el tiempo máximo del control mismo, el que no podrá exceder, por regla general de ocho horas, y si en todo caso oculta su verdadera identidad, proporciona una falsa o derechamente se niega a acreditarla, conforme lo permite su inciso quinto, procederá su detención como autor de una falta penal.

Al respecto, cabe señalar que el denominado procedimiento de “Control de Identidad”, sólo tiene por finalidad lograr o establecer con certeza la individualización de un sujeto determinado, a fin de obtener posteriormente y con arreglo a derecho y por lo que éste pueda proporcionar, antecedentes o medios probatorios ya para la indagación de presuntos, pero específicos, hechos punibles, ya sobre la individualidad de las personas que pudieron o se aprestaren a cometerlos, constituyendo una verdadera medida de seguridad o resguardo, de antecedentes, pruebas o información, que llega a su fin al establecerse la correspondiente identidad del sujeto, siendo concluyente que el legislador sólo lo permite bajo ciertos respectos y circunstancias, que en el presente caso, según versión de la propia policía, fue la existencia de indicios de que el acusado Jairo González Leiva habría cometido previamente un crimen o simple delito, y en atención a que no portaba su respectiva cédula de identidad, fue llevado a la unidad policial.

NOVENO: Que, lo anterior, debe integrarse con lo que dispone al efecto el inciso primero del artículo 31 de la Ley N° 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente, indicando que: “Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones, en sus respectivos ámbitos de competencia, deberán poner a los adolescentes que se encuentren en las situaciones

previstas en los artículos 129 y 131 del Código Procesal Penal, a disposición del juez de garantía, de manera directa y en el menor tiempo posible, no pudiendo exceder de 24 horas. La audiencia judicial que se celebre gozará de preferencia en su programación. El adolescente sólo podrá declarar ante el fiscal en presencia de un defensor, cuya participación será indispensable en cualquier actuación en que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad. Dicha detención se regulará, salvo en los aspectos previstos en este artículo, por el párrafo 3º del título V del Libro I del Código Procesal Penal. Si se diera lugar a la ampliación del plazo de detención conforme al artículo 132 de dicho Código, ésta sólo podrá ser ejecutada en los centros de internación provisoria de que trata la presente Ley.”

De ella, en relación al caso de autos, cabe destacar que la propia norma en forma perentoria dispone que el adolescente sólo podrá declarar ante el fiscal en presencia de su defensor, cuya participación es indispensable en cualquier actuación en que se le requiera y que exceda a la acreditación de su identidad.

Finalmente, el artículo 228 del Código Procesal Penal, dispone que: “La policía levantará un registro, en el que dejará constancia inmediata de la diligencias practicadas, con expresión del día, hora y lugar en que se hubieren realizado y de cualquier circunstancia que pudiere resultar de utilidad para la investigación. Se dejará constancia en el registro de las instrucciones recibidas del fiscal y del juez.

El registro será firmado por el funcionario a cargo de la investigación y, en lo posible, por las personas que hubieren intervenido en los actos o proporcionando alguna información. En todo caso, estos registros no podrán reemplazar las declaraciones de la policía en el juicio oral.”

DÉCIMO: Que, de lo anteriormente expuesto fluye claramente que el funcionario que practica la diligencia de identificación carece de facultades e iniciativa para adquirir e incorporar pruebas de cargo obtenidas con inobservancia de la ritualidad de que están revestidas cercenando derechos establecidos y garantizados por el legislador a los intervinientes.

UNDÉCIMO: Que, sobre este tópico, es dable destacar los siguientes pasajes de la sentencia cuestionada:

“En el sitio del suceso y por auscultaciones de vecinos, tomaron conocimiento que otro de los participantes era un sujeto de la Santa Adriana de nombre Jairo, que vivía en el pasaje 31. Concurrieron a dicho lugar y cuando realizaban un empadronamiento se recibió un llamado de la Cipol que indicaba que dicha persona estaba en la vía pública, en el mismo pasaje 31?, siendo ubicado y sometido a control de identidad, el que resultó ser Jairo González Leiva, quien señaló que efectivamente había participado en el hecho, que había ingresado allí para robar droga por cuanto tenían antecedentes que las personas que vivían allí eran narcotraficantes”.

Mas adelante, se agrega: “En la noche se logró la identidad de estos y con estos nombres se hizo un set de 16 imágenes?, el que identificó a Jairo González Leiva”.

“Se contactaron con el fiscal quien consiguió la orden de detención de Jairo quien permanecía en la unidad en compañía de su madre, por el hecho de ser menor de edad. Todo lo relatado fue obviamente verbal, se trató de una conversación que no se formalizó, ya que por su condición de menor de edad no se pudo entrevistar”.

“Estaba enterado de que por ser menor de edad, el imputado no podía declarar sin abogado y no había allí ningún abogado presente, pero al fiscal se le informó de esta situación y es a él a l que le corresponde coordinar con su abogado. Esta comunicación se hizo luego de que el joven relató los hechos”.

“De acuerdo a su experiencia lo que le relató este joven es una declaración formal, pero sí se pude tomar como una declaración y a ese respecto es testigo de oídas”.

(Extractos correspondientes a la declaración del funcionario Nelson Diego Contreras Irrazábal, consignada en el motivo séptimo de la sentencia).

DUODÉCIMO: Que, en la situación sub lite, oída la intervención de la defensa, la prueba ofrecida consistente en acompañar copia del auto de apertura del juicio oral y del audio de la pista N° 0900968440-6-1249-100805-01-10, denominada “testimonio de Nelson Contreras Irrazábal”, minuto 0:00 al 11:30, y luego desde el minuto 21:00 hasta el final (minuto 33:14), se puede concluir:

a).- Que el día 12 de octubre del año 2009, a las 15:00 horas aproximadamente, en circunstancias que Samuel Ross y Ursula Pizarro se encontraban en el interior del domicilio ubicado en calle Las Magnolias N° 6334 de la comuna de Pedro Aguirre Cerda, cuatro sujetos, ingresaron al interior del domicilio descrito con el ánimo de sustraer especies, para lo cual uno de estos sujetos ingresó por vía no destinada al efecto, esto es,

por el techo del inmueble, para posteriormente tirar las llaves del domicilio a las personas que lo acompañaban, con el fin de que éstos ingresaran al mismo, y una vez dentro del inmueble ya señalado, amenazaron a Samuel Ross, encañonándolo con un arma de fuego, mientras el resto de los imputados registraba la casa para sustraer especies, momento en que la otra ofendida, Ursula Pizarro salió del interior de un baño, motivo por el cual los imputados se dieron a la fuga, momento en que efectuaron al menos dos disparos, impactando uno de estos en ella, la que resultó con herida a bala en la región cervical, específicamente su cuello de carácter grave, según diagnóstico médico.

b).- Que, la Brigada de Homicidios de la Policía de Investigaciones, concurrió al recinto asistencial (Hospital Barros Luco), por instrucciones del fiscal de turno, donde lograron entrevistar al ofendido Samuel Ross León, quien únicamente identificó como uno de los partícipes al “Chico Manola”, cuya identidad correspondía al imputado Francisco Carrasco Avila, y terminado el procedimiento en dicho recinto, se dirigieron al sitio del suceso, lugar en donde por información de “vecinos y testigos”, que no se identifican, así como por una ?llamada anónima? que describía sus características físicas, les permitió tomar conocimiento que el otro partícipe sería un tal “Jairo”, al que por información entregada por la Cipol se indicó que se encontraba en la vía pública, donde fue sometido a un control de identidad a eso de las 21.30 horas del 12 de octubre de 2009.

c).- Que, en atención a que el anterior sujeto no portaba su cédula de identidad, y en conocimiento la policía de que se trataba de un menor de edad, lo condujeron con su madre a dependencias de la unidad policial, transcurso en el cual el menor efectuó una declaración verbal -que no fue consignada-, en la cual reconocía totalmente su responsabilidad en los hechos e identificaba a los demás partícipes del mismo, lo que generó a que se contactaran con el fiscal, quien obtuvo una orden de detención en contra del menor, calidad en la que ingresó a eso de las 00.30 horas. Con la información entregada, de propia iniciativa, el funcionario policial a cargo confeccionó un set fotográfico, incluyendo la fotografía del enjuiciado, el que fue exhibido a Samuel Ross León, quien lo identificó plenamente.

d).- Que, en la anterior situación descrita, el menor no se encontraba asistido por su abogado defensor, ni se dejó registro de lo por él declarado, y sólo una vez que asumió su responsabilidad y entregó diversa información del hecho y sus demás partícipes, se procedió a leerle sus derechos, firmando el acta respectiva.

e).- Que, la existencia de esta incidencia se detectó sólo al momento en que el Ministerio Público rindió su prueba en el juicio oral, en particular con la declaración efectuada por el Inspector de la Policía de Investigaciones Nelson Contreras Irrázabal, quien reconoció la situación anterior.

DÉCIMO TERCERO: Que, de lo expuesto y de lo señalado por el sub comisario de la Policía de Investigaciones, Nelson Contreras Irrázabal (cuya declaración se encuentra transcrita en el motivo séptimo del veredicto en análisis), la responsabilidad del adolescente enjuiciado surge a partir de la revelación que éste hizo a los funcionarios de la Brigada de Homicidios Metropolitana en los momentos en que era trasladado a la unidad policial para un control de identidad, reconociendo haber ingresado a la casa de las víctimas para robar droga, indicando además, los nombres de sus compañeros de delito. El aprehensor ya citado, añadió que en la unidad también sostuvieron una conversación, de la que no quedó registro porque era menor de edad, y en el contrainterrogatorio efectuado por la defensa en el juicio oral, admitió que la advertencia o comunicación de que tenía derecho a guardar silencio y a no declarar sin la presencia de su abogado se le hizo después de que éste había relatado los hechos, sin recordar en qué momento se le comunicó esta circunstancia al fiscal de la causa quien, debido a la confesión del menor consiguió una orden de detención en su contra, la que se materializó a las 00:30 horas del 13 de octubre de 2009, oportunidad en que formalmente se le leyeron sus derechos.

DÉCIMO CUARTO: Que, la actuación policial reseñada precedentemente, contraría abiertamente la norma del artículo 31 de la Ley N° 20.084 sobre responsabilidad penal adolescente, cuerpo normativo que por su especialidad contempla más que reglas, principios que tienden a resguardar en mayor medida a aquellas personas que por su grado de desarrollo personal o de madurez, no están igualmente capacitados que los adultos para tomar decisiones con libertad y por ende para comprender las consecuencias procesales de las mismas, sobre todo cuando se ven enfrentados a una persecución penal por parte del aparato estatal.

En este sentido, la norma en comento viene a constituir un derecho que refuerza mayormente la garantía el debido proceso, en su variante del derecho de defensa, en

cuanto a que el adolescente sólo puede prestar declaración ante el fiscal y en presencia de un defensor, cuya participación será indispensable en cualquier actuación en que se requiera al adolescente y que exceda la mera acreditación de su identidad, como aconteció en el caso propuesto.

DÉCIMO QUINTO: Que, la infracción a esta garantía aparece con toda nitidez, a partir del momento en que el funcionario señaló que el control de identidad a que fue sometido el menor comenzó cerca de las nueve de la noche del doce de octubre del año pasado, y que fue en ese contexto que sostuvo una conversación con el adolescente, en donde éste admitió su responsabilidad en los hechos, entregando, además, otros antecedentes sobre los mismos. Admitió también el testigo del persecutor penal que ese intercambio de información verbal pudiera estimarse como una declaración, pero que él lo consideraba un testigo de oídas, incluso reconoció que la comunicación acerca de su derecho a no declarar sino en presencia de su abogado, se efectuó después que el menor había entregado su versión, lo que trajo como consecuencia que su foto fuera incorporada en un set en donde fue reconocido por Samuel Ross León como uno de los autores del delito investigado, y motivó luego su detención pasada la medianoche, oportunidad en la cual formalmente por vez primera se le dieron a conocer sus derechos.

DÉCIMO SEXTO: Que, por todo ello es que no cabe sino concluir que esa confesión fue obtenida de manera ilegal, y consecuentemente fue fundamental para el esclarecimiento de los hechos y particularmente sustancial para establecer su participación en ellos, pero de todas formas esa actuación aparece viciada desde el momento en que ella fue lograda vulnerando expresamente el derecho a no auto incriminarse que consagra la norma ya aludida de la legislación punitiva para los menores infractores, pues tan esencial garantía, sólo le fue informada con posterioridad a que entregara su testimonio a modo de conversación según el testigo aprehensor, y sin presencia de su abogado defensor.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, a mayor abundamiento, no nos encontramos en este caso ante una revelación espontánea o voluntaria por parte del menor, pues el policía reconoció que habían conversado, lo que supone necesariamente un ejercicio de diálogo entre ambos, en donde por cierto existen preguntas que, en este caso el menor podía no haber contestado si se le hubiese advertido oportunamente del derecho que le asistía y de las consecuencias que le podría acarrear su renuncia, comunicación que según este testigo se efectuó sólo después que el menor había relatado los hechos.

DÉCIMO OCTAVO: Que, en este orden de ideas surge con toda fuerza la exigencia del abogado defensor, lo que constituye una garantía y a la vez condiciona la validez de la declaración de Jairo González Leiva, quien precisamente debe estar allí para cumplir con su función de asesoría, mecanismo que otorga plenas garantías a que la renuncia que se haga a ese derecho sea efectivamente voluntaria, pues no debe obviarse que el acusado fue conducido a la unidad para un control de identidad, por haber sido mencionado como uno de los autores de un ilícito gravísimo, por lo que su voluntad y estado emocional, habida cuenta de tratarse de un menor de 15 años, necesariamente debieron estar alterados, lo que es normal, razonable y esperable no sólo en personas adolescentes sino también en sujetos adultos, al verse enfrentados a una imputación de esta naturaleza, y ello hacía imprescindible el cumplimiento riguroso del procedimiento establecido en la ley, observando las formalidades legales justamente por su excepcionalidad, para así no viciar las diligencias realizadas, por lo que si este menor manifestó de cualquier manera su voluntad de entregar su versión, debieron adoptarse, en ese momento y no en otro, las medidas que la ley contempla para resguardar sus derechos, lo que en el caso concreto no se hizo.

DÉCIMO NOVENO: Que, de otro lado, lo expresado por el propio sub comisario Contreras Irrarázabal en el juicio, de calificar al adolescente como un testigo de oídas para validar su procedimiento, ello carece totalmente de valor, pues esa información, según lo que se ha razonado anteriormente, fue obtenida con infracción flagrante de su derecho a la no auto incriminación y, en consecuencia, todo lo actuado con posterioridad durante la investigación, esto es, la incorporación de su foto en un set fotográfico, el reconocimiento posterior por parte de las víctimas, peca de reprochable jurídicamente por la ilegalidad que contaminó a la primera fuente consistente en el relato del menor obtenido con vulneración de tal derecho al prestar declaración solo ante el fiscal sin la presencia de un abogado defensor; el entorpecimiento del derecho a la defensa al tomarse conocimiento tardío de esta situación ilegal desconocida de la cual no se efectuó registro alguno; y por otro, excedió la situación ya descrita y constada de los ámbitos de un control de identidad en los términos que faculta el artículo 85 del Código Procesal Penal, confo rme ya se dijo

en el motivo octavo del presente fallo, y por ello no pueden servir esos antecedentes como prueba válida.

VIGÉSIMO: Que el artículo 7º del Código Procesal Penal dispone que las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia; de otro lado, entiende por ello cualquiera diligencia o gestión de investigación que realice la policía, atribuyendo a una persona responsabilidad en un hecho punible, que es lo que precisamente ocurrió en el caso propuesto al momento de tomarse la declaración del acusado del modo como se precisó más arriba.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que lo anterior corresponde relacionarlo con el artículo 8º del Código Procesal Penal, referido a la defensa, por el cual se dispone que el imputado tiene derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra, aspecto que tampoco le fue aplicado en el presente caso al imputado recurrente en la declaración prestada ante la policía en la fase investigativa. Otro tanto aconteció con el artículo 93 del mismo código, en el que se consagran derechos y garantías del mismo sin ningún tipo de restricciones, en especial las de sus letras b) y g), consistentes en reconocer como tales el ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación, así como a guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento, los que por la inadvertencia ya anotada no le fueron considerados. Finalmente, el artículo 103 del texto ya citado, dispone que la ausencia del defensor en cualquiera actuación en que la ley exigiere expresamente su participación acarreará la nulidad de la misma, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 286.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, también corresponde recalcar que a partir del principio de "igualdad de posiciones" en el juicio, que integra la noción de "racional y justo procedimiento", es una garantía que debe proyectarse al interior del proceso penal, traduciéndose en el hecho que cualquiera que recurra a la justicia ha de ser atendido por los tribunales con arreglo a unas mismas leyes y con sujeción a un procedimiento común, igual y fijo, por lo que estamos ante una infracción de esta naturaleza cuando se sitúa a las partes a una situación de desigualdad o se impida la aplicación efectiva de sus derechos esenciales reconocidos por la ley y la Carta Fundamental.

VIGÉSIMO TERCERO: Que en este escenario aparece de toda evidencia que Jairo González Leiva, fue puesto en una posición desfavorable o desventajosa, afectando el debido proceso, ya que por la irregular actuación de la policía se vio privado de la posibilidad de ejercer sus derechos que como interviniente legitimado - que debe estar en absoluta igualdad de posiciones frente a su oponente y por otro lado el tribunal asumir una postura de total ecuanimidad- una decisión jurisdiccional favorable, experimentando, de contrario, un perjuicio trascendente.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, en definitiva, el vicio revelado por el compareciente aparece pues revestido de la relevancia necesaria para acoger el recurso procesal intentado sustentado de modo principal en la letra a) del artículo 373 del Código procedimental criminal, que sólo es reparable con la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia objetada, por ser esta la única vía que permita legalmente la realización de un nuevo litigio, respetando las reglas del debido proceso y que resguarde debidamente las garantías a los contendientes.

Por estas consideraciones y visto, además, lo prevenido en los artículos 5º, inciso segundo, y 19, N° 3º, de la Constitución Política de la República y 372, 373, letra a), 384 y 385 del Código Procesal Penal, SE ACOGE el recurso de nulidad formalizado por el defensor penal público Rodrigo Torres Díaz, en lo principal del libelo de fojas 25 a 32 de este cuaderno, en representación del imputado Jairo González Leiva, dirigido en contra de la sentencia de once de agosto de dos mil diez, dictada por el Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, la que aparece transcrita de fojas 1 a 23 vuelta, y se declara que se anula dicho fallo y el juicio oral que le sirve de antecedente correspondiente al proceso RUC N° 0900968440-6, RIT N° 378-2010, sólo respecto del enjuiciado ya singularizado, debiendo a su respecto retrotraerse la causa al estado de celebrarse una nueva audiencia de juicio oral ante el tribunal oral en lo penal competente y no inhabilitado que corresponda, excluyendo de su conocimiento lo que puedan declarar los testigos Úrsula Pizarro Mercado y Samuel Ross León, así como el funcionario aprehensor Nelson Contreras Irrázabal respecto de los reconocimientos presenciales y fotográficos efectuados entre ellos y el imputado Jairo González Leiva, como lo por éste último



declarado verbalmente a la policía durante la etapa investigativa, conociendo del nuevo juicio hasta la dictación de sentencia definitiva, todo conforme a derecho.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción del Ministro señor Nivaldo Segura Peña.

Rol N° 6305-10.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y los abogados integrantes Sres. Benito Mauriz A. y Nelson Pozo S.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema Srta. Ruby Vanessa Saez Landaur.

En Santiago, a diecinueve de octubre de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

**Robo con violencia e intimidación- Non bis in idem- Uso de armas  
CS Rol N°6582-10**

**SÍNTESIS JURÍDICA:** La Corte Suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública y dicta sentencia de reemplazo por estimar que hubo errónea aplicación del derecho, objetando la concurrencia de la agravante de responsabilidad del artículo 450 del Código Penal, pues dichas agravantes son parte integrante del tipo penal, y su consideración como circunstancia diferenciada sería directa infracción al principio del *non bis in idem*, regulado en el artículo 63 del Código Penal. El uso de armas es el medio empleado para atacar a la víctima y alcanzar el fin propuesto –de intimidación- y con ello se subsume este hecho en el tipo penal de robo con violencia e intimidación. Se fundamenta también el recurso en que hay diversas interpretaciones respecto a esta agravante por nuestros tribunales superiores.

**SÍNTESIS DE LOS HECHOS:** El Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Rancagua condenó a varios imputados por el delito de robo con violencia e intimidación en grado de consumado, por hechos cometidos en 5 de agosto de 2009. Los antecedentes fácticos dan cuenta de que el medio comisivo fue un arma de fuego lo que llevó a configurar la agravante del artículo 450 y a elevar de grado la pena.

Santiago, a veinticinco de octubre de dos mil diez.

**VISTOS:**

En esta causa rol único 0900859636-8 e interno del tribunal 94 - 2010, se registra la sentencia dictada en procedimiento ordinario por el Tribunal del Juicio Oral en Lo Penal de Rancagua, de veinte de agosto de dos mil diez, que absolvió a Patricio Andrés Nieto Díaz de la acusación formulada como autor del delito de robo con violencia e intimidación ocurrido el cinco de agosto de dos mil nueve; condenó a Cristian Eugenio Droguett Gutiérrez a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autor del delito de robo con violencia e intimidación, perpetrado en la ciudad de Rancagua el cinco de agosto de dos mil nueve. Enseguida se sancionó a Jonathan Mauricio Figueroa Figueroa y a Juan Enrique Cabezas Valenzuela, a cumplir, cada uno, la pena única de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, con las accesorias pertinentes, como autores de los delitos de robo con violencia e intimidación, en grado de consumados, perpetrados los días cinco de agosto y nueve de septiembre de dos mil nueve. Por último, se castigó a Ricardo Sebastián Sánchez López y a Patricio Andrés Nieto Díaz, a sufrir, cada uno, diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras duren las condenas, como autores del delito de robo con violencia e intimidación, en grado de consumado, perpetrado el nueve de septiembre de dos mil nueve, imponiéndose a todos los sancionados el pago por partes iguales de las costas del litigio.

En contra de la indicada resolución el señor Defensor Penal Público, Hugo Patricio Zamorano Galán, por el enjuiciado Patricio Andrés Nieto Díaz, dedujo recurso de nulidad

sustentado en la causal del artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal y, en forma subsidiaria, en el artículo 374, letra e), en relación al artículo 342, letra c) y 297, del mismo cuerpo legal. Enseguida, la asistencia letrada del imputado Ricardo Sebastián Sánchez López, representada por el defensor penal público don César Eduardo Iván Zamorano Quiral, dedujo un recurso de nulidad fundado en el artículo 373, letra b), del texto legal antes señalado.

Por las razones que señala cada uno en su libelo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 376, inciso tercero, del Código Procesal Penal, deducen ante esta Corte Suprema sus arbitrios por estimar que en su dictación se ha hecho una errónea aplicación del derecho, objetando la determinación acerca de la concurrencia de la agravante de responsabilidad contemplada en el artículo 450, inciso segundo, del Código Penal, y la existencia de diversas interpretaciones sostenidas en pronunciamientos dispares emanados de los tribunales superiores.

Este tribunal estimó admisibles los recursos y dispuso pasar los antecedentes al señor Presidente a fin de fijar el día de la audiencia para la vista de la nulidad impetrada, como aparece a fojas 56.

La audiencia pública se verificó el cinco de octubre último, con la concurrencia y alegatos del defensor penal señor Jorge Villalobos Arriaza, por los sentenciados Nieto Díaz y Sánchez López, y el abogado don Pablo Campos, por el Ministerio Público.

Luego de la vista del recurso se citó a la lectura del fallo para el día de hoy, según consta del acta que rola a fojas 61.

#### CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, como ya se adelantara en lo expositivo, la defensa de Patricio Andrés Nieto Díaz, en lo principal del libelo de fojas 17 a 22, dedujo un recurso de nulidad sustentado de manera principal, en el artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, argumentando que el dictamen cuestionado aplicó erróneamente los artículos 450, inciso 2º, y 456 bis Nº 3, del Código Penal. A su turno, el representante del condenado Ricardo Sebastián Sánchez López, fundó su recurso deducido de fojas 23 a 26, en el artículo 373, letra b), del estatuto procedimental del ramo, invocando un error de derecho por la aplicación del inciso 2º del citado artículo 450 del Código Penal.

SEGUNDO: Que el conocimiento de los motivos de invalidación esgrimidos ha sido entregado por la ley procesal a la Corte de Apelaciones respectiva, sin embargo, el artículo 376, inciso tercero, del Código Procesal Penal, confía excepcionalmente el conocimiento de dicha nulidad a la Corte Suprema en el evento que, con motivo de la causal señalada, se alegare que respecto de la materia de derecho objeto del recurso existan distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores, lo que se denota con los pronunciamientos que acompañan a cada presentación.

TERCERO: Que, el representante del sentenciado Nieto Díaz estima que el artículo 450, inciso segundo, del Código Penal, no es aplicable al asunto en estudio, tal como lo sostuvo el parecer disidente de uno de los jueces del Tribunal Oral, opinión que recoge la mayoría de la doctrina nacional y que hacen suyas las sentencias Rol Nº 405-2007, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso; Rol Nº 1319-2006, de la Corte de Apelaciones de San Miguel; Rol Nº 166-2006, de la Corte de Apelaciones de La Serena; y Rol Nº 157-2008 de la Corte de Apelaciones de Temuco.

Refiere que esta postura armoniza con el principio de proporcionalidad que, como límite del ius puniendi, impone la debida correspondencia que debe existir entre la gravedad del hecho y la magnitud de la sanción penal, y que no se condice en el caso concreto con la entidad de la pena impuesta a su representado por su intervención en los sucesos delictuosos, como facilitador del medio de transporte en que los hechos llegaron al lugar del robo y de un bolso en el cual pusieron parte de las especies sustraídas.

Indica que la argumentación de los sentenciadores en torno a la Ley Nº 19.975 es errónea, pues ella sólo tuvo por finalidad penalizar el uso de arma blanca en la comisión del delito, incluso tipificar especialmente su porte. Pero en la discusión parlamentaria se estimó que esta alteración no tendría aplicación para los delitos de robo con intimidación o violencia, porque los tribunales históricamente han entendido que dichas circunstancias forman parte del tipo, en los términos del artículo 63 del Código Penal. Expone, además, que el precepto cuestionado habla de uso de armas o de portarlas, de manera que “ se expresa en términos plurales, y por tanto, para su aplicación en cualquiera de los casos que fuere posible, hurto, robo con fuerza o por sorpresa, deben ser dos o más, y en

ningún caso sólo una como fue el caso y el hecho por el cual condenó el tribunal oral en lo penal de Rancagua...”.

En relación a la agravante prevista en el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, el fallo criticado exige sólo ser dos o más los partícipes. En este entendido, el motivo octavo del pronunciamiento determina que la conducta de Nieto Díaz fue de autor del artículo 15, N° 3, fundándose en que se concertó con los demás acusados para robar, proporcionando el medio de transporte en que los hechores llegaron al lugar, esperándolos a pocos metros, facilitó el bolso en que pusieron parte de las especies sustraídas y finalmente huyó con los demás. Citando la opinión del profesor Carnevali, contenida en su obra “Problemas de Política Criminal y otros Estudios”, destaca que si la presencia del autor es presupuesto indispensable para poder castigarlo, por aplicación del principio non bis in idem, no puede volver a estimarse tal calidad para agravar la sanción. Además, en estos tipos penales, el fundamento del mayor injusto está dado por el aumento del peligro que el accionar de los intervinientes supone para la víctima.

En consecuencia, no se puede aplicar el artículo 456 bis N° 3, a los partícipes que, como en su caso, se insertan en el artículo 15, N° 3, todos del Código Penal.

CUARTO: Que, en subsidio, el mismo oponente sustenta el recurso en el artículo 374, letra e), en relación a los artículos 342, letra c) y 297, del Código Procesal Penal.

Sobre estos tópicos recuerda que una de las circunstancias del suceso acaecido el nueve de septiembre de dos mil nueve, por el que fue condenado Nieto Díaz, consistía en que uno de los imputados, Juan Cabezas Valenzuela, portaba un arma de fuego, y el acusado Figueroa Figueroa una pistola de fantasía metálica. El fallo, sin embargo, consigna en el motivo octavo, que los acusados Figueroa, Sánchez y Cabezas ingresaron a la joyería portando armas, pero no explica cómo llega a esta conclusión. Acota que a su representado, condenado como autor del artículo 15, N° 3, se aplicaron las agravantes del artículo 456 bis N° 3, y 450, inciso 2° del Código Penal, en circunstancias que de acuerdo al artículo 64 del aludido texto legal, las agravantes que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán para acrecentar la responsabilidad de los que tuvieron conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito. Es el caso de las circunstancias objetivas o reales, que no se comunican, pero en el juicio no se rindió prueba sobre el conocimiento que Patricio Nieto habría tenido del porte de arma de fuego y la pluralidad de malhechores.

Con tales argumentos, solicita se declare nula la sentencia cuestionada y, de acuerdo a lo prevenido en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se dicte la correspondiente de reemplazo que aplique a su mandante una sanción de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, otorgándole el beneficio de la libertad vigilada o, en subsidio, para el evento de no acoger la causal principal, se declare la nulidad de la sentencia y del juicio para que se ordene la remisión de los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda a fin que disponga la realización de un nuevo litigio.

QUINTO: Que, a continuación, la defensa de Ricardo Sánchez López, dedujo un recurso de nulidad basado en el artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal.

Cuestiona el compareciente que la sentencia haya calificado el delito de robo con violencia o intimidación con la circunstancia expresada en el artículo 450, inciso 2°, del Código Penal, por el uso de armas.

Precisa que el tribunal fundamentó la presencia de la aludida modificatoria al decir que en un delito de robo en que se use o porte arma, se debe imponer una sanción mayor a la de tal ilícito perpetrado sin esas circunstancias, norma que correspondió a la expresa voluntad del legislador, y que su aplicación no vulnera el principio del non bis in idem, ya que sólo se trata de una calificación de los hechos.

Asegura que las Cortes de Apelaciones del país no han aplicado de manera uniforme esta agravante, pues en ocasiones resulta consumida por la modalidad de ejecución y en otras se estima plenamente concurrente porque el delito en abstracto no requiere para su configuración el uso de armas. En apoyo de sus alegaciones trae a colación las sentencias Rol 405-2007, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso; Rol 1319-2996, de la Corte de Apelaciones de San Miguel; Rol 1752-2007, de la Corte de Apelaciones de San Miguel; Rol 804-2007, de la Corte de Apelaciones de Temuco; Rol 622-2007, de la Corte de Apelaciones de Concepción; Rol 166-2006, de la Corte de Apelaciones de La Serena; y Rol 157-2008, de la Corte de Apelaciones de Temuco.

En la conclusión, pide se anule la sentencia y el juicio determinándose el estado en que debe quedar el procedimiento y que el tribunal no inhabilitado que corresponda debe proceder a la realización de un nuevo juicio oral.

SEXTO: Que a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el inciso final del artículo 378 del Código Procesal Penal y, en mérito de lo expuesto en los basamentos anteriores, los recurrentes acompañaron en sus respectivos libelos diversas sentencias dictadas por las Salas de las Cortes de Apelaciones de San Miguel, Temuco, La Serena, Valparaíso y Concepción, que demostrarían la existencia de decisiones contradictorias respecto de la materia planteada en lo principal de los recursos. Así, se agregaron copias de fallos recaídos en diferentes procesos de las jurisdicciones señaladas, que fueron materia de recurso de nulidad y que corresponden a los roles 1752-2007; 157-2008; 166-2006; 1319-2006; 405-2007; 622-2007; y 804-2007, todos los cuales tienen en común el tratarse de procedimientos referentes a delitos de robo con intimidación y/o violencia, en que se debatió acerca de la agravante del artículo 450, inciso segundo, del Código Penal. De estos procedimientos, cuyos fallos fueron recurridos de nulidad, las Cortes de Apelaciones de San Miguel, Valparaíso y Temuco, en los Roles Nº 1752-2007, 1319-2006, 405-2007 y 804-2007, aceptaron el criterio de que en esos juicios, al aplicarse la agravante de responsabilidad ya conocida, se infringe el artículo 63 del Código Penal, es decir, que en este tipo de injustos el uso de armas es algo normalmente inherente al delito, por lo que no correspondía agravar las penas con el incremento de grado que refiere el artículo 450, inciso segundo, tantas veces citado. En los restantes fallos de la misma Corte de Temuco y en los pronunciamientos que se acompañan de los tribunales de alzada de La Serena y Concepción, se decidió aplicar en casos similares dicha norma castigando los mentados delitos con la agravante en análisis.

SÉPTIMO: Que, de lo expuesto precedentemente, aparece que la errónea aplicación de la norma sustantiva que se denuncia en los recursos de nulidad, constituye una materia de derecho que ha tenido distintas interpretaciones por las Cortes de Apelaciones del país, cuestión que en este caso influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo censurado, ya que de haberse atendido el tribunal a la penalidad establecida en el artículo 436, inciso primero, en relación al artículo 432, del Código Penal, habría determinado para los imputados Nieto Díaz y Sánchez López una sanción de presidio mayor en su grado mínimo y no la de presidio mayor en grado medio que en definitiva se les impuso.

OCTAVO: Que efectivamente, como afirman los recurrentes, se ha vulnerado en el caso de marras el principio de prohibición de doble valoración que es un corolario del principio "non bis in idem", consagrado en el artículo 63 del Código Penal, pues resulta evidente, de acuerdo a los antecedentes fácticos establecidos en el fallo atacado, que tuvo lugar un delito de robo con violencia e intimidación, en que se usó como medio comisivo un arma de fuego, lo que per se constituye un elemento inherente al delito; en consecuencia y dado que los efectos del artículo 63 no han sido alterados por la regla del artículo 450 inciso 2º del código del ramo, en la especie ha de descartarse la aplicación de la agravante en análisis a quienes sean culpables del delito de robo con violencia o intimidación simple o calificado donde el uso de las armas es, por una parte constitutivo de un delito en sí mismo y, por otra, inherente a su comisión (Sergio Politoff L, Jean Pierre Matus A., María Cecilia Ramírez G., Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Segunda Edición, año 2004, pp. 391 y 392).

Refiriéndose a la norma del inciso segundo del artículo 450 del estatuto punitivo, Garrido Montt expresa que "Respecto del robo, en el que debe concurrir violencia o intimidación, el uso del arma es algo normalmente inherente al delito..." (Derecho Penal, Parte Especial, T. IV, cuarta edición actualizada, Editorial Jurídica 2008, p. 271)

Un elemento comisivo del hecho ilícito y que precisamente lo tipifica como robo con intimidación, se valora nuevamente en el veredicto censurado, ahora para aplicar una especial agravación de la pena; en otras palabras, el uso de armas determina una sanción doblemente drástica, pues conduce, por una parte, a calificar el hecho como robo con intimidación, para luego, incrementar la sanción por el uso de la misma arma, lo que pugna con la norma del artículo 63 del Código Penal.

El empleo del arma de fuego resultó ser el medio idóneo para producir la coacción física y psicológica de la víctima lo que, consecuentemente, permitió la sustracción de las especies pretendida por los hechores, configurándose entonces el tipo penal contenido en el artículo 436 inciso primero del estatuto punitivo, quedando excluida la circunstancia agravante erradamente considerada en la sentencia del Tribunal Oral, la que no puede producir en este caso el efecto de aumentar la pena

NOVENO: Que con lo relacionado, se procederá a acoger los recursos de nulidad deducidos por la defensa letrada de los enjuiciados Patricio Andrés Nieto Díaz y Ricardo Sebastián Sánchez López, por la causal del artículo 373, letra b), del Código Procesal

Penal, en relación al artículo 450, inciso segundo, del Código Penal, esto es, por la errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo de la decisión, derivada de la aplicación al caso en estudio de una elevación de la pena como consecuencia del uso de armas por los culpables, afectando sólo la sentencia impugnada, mas no el juicio, toda vez que la causal esgrimida no se refiere a formalidades del pleito ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados, sino al hecho que el fallo ha impuesto una pena superior a la que legalmente corresponde, asumiéndose a continuación la obligación de dictar sentencia de reemplazo.

DÉCIMO: Que el artículo 360, inciso segundo, del Código Procesal Penal, extiende los efectos de la decisión favorable a aquellos imputados que no hayan recurrido. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, aún cuando la agravante que se elimina fue considerada, también, contra los acusados Figueroa Figueroa y Cabezas Valenzuela, la indicada supresión no altera el quantum de la pena que les fuera impuesta.

En efecto, Jonathan Mauricio Figueroa Figueroa y Juan Enrique Cabezas Valenzuela, son responsables de dos delitos de robo con violencia e intimidación en las personas, perjudicándoles en cada uno de ellos las agravantes de los artículos 12, N° 16 y 456 bis, N° 3, del Código Penal, beneficiándolos, a su vez, la minorante del artículo 11, N° 9, del mismo texto legal, de manera que compensadas racionalmente una atenuante con una agravante, queda una sola agravante que considerar en su perjuicio. De esta manera, en conformidad a lo prescrito en el artículo 68, inciso segundo, del Código Penal, no se aplicará la sanción en el grado mínimo, vale decir, el tramo que va desde cinco años a un día a diez años de presidio mayor, sino en el grado medio. Luego, por tratarse de reiteración de conductas delictivas de la misma especie, y siendo más beneficioso acudir a la regla del artículo 351, inciso primero, del Código Procesal Penal, que a la del artículo 74 del Código Penal, la pena ya determinada de presidio mayor en su grado medio se aumentará en un grado, arribando en definitiva al presidio mayor en grado máximo.

UNDÉCIMO: Que con respecto a la agravante de ser dos o más los malhechores, que se inscribe en la misma causal principal del artículo 373, letra b), del Código Procesal Penal, se trata de un aspecto sobre el cual no se ha esbozado ni justificado que existan interpretaciones diversas, de manera que en los términos que ha sido planteado este segmento del reproche no es posible zanjar una presunta aplicación de la norma en forma contraria a derecho si, previamente, no se satisfizo un supuesto formal para emitir tal pronunciamiento.

DUODÉCIMO: Que de acuerdo a lo establecido en el artículo 384 del Código Procesal Penal, no se emitirá pronunciamiento acerca de la causal de nulidad subsidiaria planteada por la defensa de Patricio Nieto Díaz.

Visto, además, lo dispuesto en los artículos 372, 373 letra b), 376 y 385 del Código Procesal Penal, SE ACOGEN los recursos de nulidad deducidos por la Defensoría Penal Pública, en representación de los imputados Patricio Andrés Nieto Díaz y Ricardo Sebastián Sánchez López, en contra de la sentencia de veinte de agosto de dos mil diez, escrita de fojas 2 a 16 de estos antecedentes, la que, en consecuencia, es nula.

Díctese a continuación sin nueva vista pero separadamente, la correspondiente sentencia de reemplazo.

Regístrese.

Redacción del Ministro Sr. Carlos Künsemüller L.

Rol N° 6582-10.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Nelson Pozo S. No firma el abogado integrante Sr. Pozo, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema Srta. Ruby Vanessa Saez Landaur.

En Santiago, a veinticinco de octubre de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

Sentencia de Reemplazo.

Santiago, a veinticinco de octubre de dos mil diez.

En cumplimiento de lo ordenado por el pronunciamiento de nulidad que precede y lo estatuido en el artículo 385 del Código Procesal Penal, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia de veinte de agosto de dos mil diez pronunciada por el Tribunal del Juicio Oral en Lo Penal de Rancagua con las siguientes modificaciones:

1.- En el apartado tercero del fundamento cuarto, se reemplaza el apellido "Neira" por "Nieto"

2.- Se suprime el motivo décimo.

3.- Se elimina la oración "y siendo aplicable en este caso, como ya se dijo, la norma del artículo 450 inciso segundo del Código Penal, ésta no se impondrá en su grado mínimo, sino que en su grado medio", que se inserta en la parte final del basamento undécimo, agregándose un punto final (.) a continuación del vocablo "extensión."

4.- Se prescinde de los párrafos sexto y octavo del motivo duodécimo.

5.- Se sustituye en el primer párrafo de la reflexión décimo tercera el nombre "Ricardo", que se lee a continuación de la voz "acusado" por "Patricio", y se elimina la oración, "De la misma manera, como ya se dijo, resulta aplicable la norma del artículo 450 inciso segundo del Código Penal", sustituyendo el punto aparte (.) que la antecede, por una coma (,); y

6.- Se suprime en el mismo basamento la mención", y la circunstancia especial del artículo 450, por lo que la pena asignada al delito no se impondrá en su grado mínimo, pero sí en el mínimo del grado medio", sustituyéndose por un punto aparte (.) la coma (,) escrita a continuación de la expresión "favor."

CONSIDERANDO:

1°).- Que, según ordena el artículo 63, inciso segundo, del Código Penal, no producen el efecto de aumentar la pena aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no pueda cometerse.

2°).- Que de la lectura de los hechos que el tribunal ha dado por comprobados, cuya existencia y alcance no han sido controvertidos, aparece que el uso de armas fue el medio empleado para atacar a la víctima y alcanzar el fin propuesto, consistente en la sustracción de dinero y otras especies, medio cuya utilización en este caso concreto, ha permitido encuadrar el comportamiento antijurídico de los hechos en el tipo penal de robo con violencia e intimidación en las personas, con las consecuencias que tal subsunción acarrea en la entidad de la pena.

3°).- Que, en consecuencia, no puede valorarse esa circunstancia fáctica - determinante para la adecuación típica de los hechos y por tanto, inherente al delito establecido- por segunda vez y ahora para agravar la pena correspondiente, de conformidad al inciso segundo del artículo 450 del Código Penal.

4°).- Que, como consigna el fundamento undécimo del dictamen invalidado, luego de la reproducción y supresiones que aquí se han verificado, resulta que al sentenciado Sánchez López le favorece una circunstancia atenuante y le perjudica una agravante, las que se compensan, de acuerdo al artículo 68 del estatuto punitivo, quedando facultado el tribunal para recorrer la pena en toda su extensión, decidiendo aplicar, en este caso, el mínimo del grado inferior de la sanción.

5°).- Que respecto del sentenciado Nieto Díaz, en el fundamento décimo tercero del fallo del Tribunal Oral de Rancagua, en lo que aquí se mantiene, aparece que, luego de la compensación racional de dos de las modificatorias de responsabilidad que concurren -una atenuante y una agravante- resulta beneficiado con otra circunstancia atenuante, por lo que, dando aplicación al inciso segundo del artículo 68 del Código Penal, se regulará la sanción en el mínimo del tramo inferior.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1°, 11 Nros. 6 y 9, 12 N°16, 14 N° 1, 15 Nros. 1 y 3, 21, 24, 25, 26, 28, 50, 63, 68, 432, 436 y 439 del Código Penal; 47, 295, 296, 297, 340, 342, 344, 346, 348, 351 y 385 del Código Procesal Penal, SE DECLARA que:

I.- Se absuelve a Patricio Andrés Nieto Díaz, de la acusación formulada en su contra como autor del delito de robo con violencia e intimidación ocurrido el cinco de agosto de 2009.

II.- Se condena a Cristián Eugenio Droguett Gutiérrez, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, con las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autor del delito de robo con violencia e intimidación, en grado de consumado, perpetrado en la ciudad de Rancagua el cinco de agosto de 2009.

III.- Se condena a Jonathan Mauricio Figueroa y a Juan Enrique Cabezas Valenzuela ya individualizados, a sufrir, cada uno, la pena única de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo, con las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autores de dos delitos de robo con violencia e intimidación, en grado de consumados, perpetrados en la ciudad de Rancagua el cinco de agosto y el nueve de septiembre de 2009.

IV.- Se condena a Ricardo Sebastián Sánchez López y a Patricio Andrés Nieto Díaz, ya individualizados, a sufrir, cada uno, la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, con las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autores del delito de robo con violencia e intimidación, en grado de consumado, perpetrado en la ciudad de Rancagua el 09 septiembre de 2009.

V.- Que no habiendo motivos justificados para eximirlos del pago de las costas del litigio, se condena a los sentenciados al pago de ellas por partes iguales.

VI.- No se concede a los condenados alguno de los beneficios de cumplimiento alternativo previstos en la Ley N° 18.216, por cuanto, dada la extensión de las penas impuestas no se cumplen los requisitos legales establecidos en dicha normativa. En consecuencia, deberán cumplir las sanciones corporales en forma efectiva, las que se contarán respecto de Ricardo Sebastián Sánchez López, Juan Enrique Cabezas Valenzuela, Jonathan Mauricio Figueroa y a Patricio Andrés Nieto Díaz, desde el 10 de septiembre de 2009, y respecto de Cristián Eugenio Droguett Gutiérrez, desde el día 15 de diciembre de 2009, fecha a partir de la cual se encuentran ininterrumpidamente privados de libertad con motivo de esta causa, tal como consta del auto de apertura y se dio cuenta en la audiencia de juicio oral.

En su oportunidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113 inciso segundo del Código Orgánico de Tribunales y artículo 468 del Código Procesal Penal, remítanse los antecedentes necesarios al Juzgado de Garantía de Rancagua, para la ejecución de las penas y en especial, para que un profesional o técnico que se desempeñe en el Servicio Médico Legal o en instituciones públicas o privadas acreditadas ante el referido servicio, obtenga la huella genética de los sentenciados, previa toma de muestras biológicas si fuere necesario, y la incluya en el Registro de Condenados del Sistema Nacional de Registros de ADN, cuya administración y custodia corresponde al Servicio de Registro Civil e Identificación.

Pasen las sentencias al Tribunal Pleno para el análisis y decisión sobre sus efectos a la luz del inciso tercero del artículo 376 del Código Procesal Penal.

Acordada la decisión precedente con el voto en contra del Ministro Sr. Dolmestch, quien estuvo por no ordenar dicha remisión al Pleno por considerarlo improcedente, atendido el sistema que sobre la materia nos rige, esto es, el de efecto relativo de las sentencias que condensa el artículo 3° del Código Civil.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro señor Carlos Künsemüller L.

Rol N° 6582-10.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y el abogado integrante Sr. Nelson Pozo S. No firma el abogado integrante Sr. Pozo, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar ausente.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema Srta. Ruby Vanessa Saez Landaur.

En Santiago, a veinticinco de octubre de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

## Paraguay

**Se hizo lugar al pedido de extradición de un ciudadano argentino ya que los hechos por los cuales se encuentra procesado y consecuentemente es requerido por la Justicia argentina son hechos punibles de lesa humanidad y por tanto imprescriptibles.**

### **SÍNTESIS JURÍDICA:**

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió revocar el fallo del Juez Penal de Garantías que rechazó el pedido de extradición, alegando que los hechos por los cuales se encuentra requerido el ciudadano argentino constituyen hechos punibles de lesa humanidad y por lo tanto de conformidad a lo dispuesto en los artículos 5 de la Constitución Nacional, 102 inc. 3º del Código Penal, 5 y 29 de la Ley Nº 1663 que aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 21 y 22 de la Convención contra la Tortura y otras penas crueles, inhumanas o degradantes, en la Ley Nº 2806 que aprueba la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid y demás tratados internacionales ratificados por el Paraguay (Considerando 24, 25, 26, 27, 28)

### **SÍNTESIS DE LOS HECHOS:**

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia por imperio del Art. 149 del Código Procesal Penal debe estudiar en todos los casos en que la decisión del inferior deniegue un pedido de extradición. El fallo estudiado por la Sala Penal determinó que los hechos que motivaron el pedido de extradición se hallaban prescriptos ya que no son aplicables las disposiciones constitucionales y legales sobre la imprescriptibilidad de los hechos punibles de lesa humanidad. La Sala Penal, sin embargo, consideró aplicable al caso estudiado los artículos 5 de la Constitución Nacional, 102 inc. 3º del Código Penal, 5 y 29 de la Ley Nº 1663 que aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 21 y 22 de la Convención contra la Tortura y otras penas crueles, inhumanas o degradantes y demás tratados internacionales ratificados por el Paraguay y concedió la extradición solicitada.

## Expediente

### **ACUERDO y SENTENCIA NÚMERO: Novecientos sesenta**

En la ciudad de Asunción, Capital de la República del Paraguay, a los treinta y un días del mes de diciembre del año dos mil nueve, estando reunidos en la Sala de Acuerdos los señores Ministros de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Doctores **ALICIA PUCHETA DE CORREA, SINDULFO BLANCO y MIGUEL ÓSCAR BAJAC**, quien integra la Sala ante la vacancia dejada por el Doctor **WILDO RIENZI GALEANO**, ante mí la Secretaria autorizante, se trajo el expediente caratulado **“SOLICITUD de DETENCIÓN PREVENTIVA con fines de EXTRADICIÓN del ciudadano argentino E. A. B.”**, a fin de examinar la denegatoria del pedido de extradición, resuelta por S.D. Nº 52 de fecha 14 de diciembre de 2009 del Juzgado Penal de Garantías Nº 10, a cargo del Abog. Rubén Gustavo Ayala Brun.-

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia resolvió plantear la siguiente -

### **CUESTIÓN:**

**¿Está ajustada a derecho la S.D. Nº 52 de fecha 14 de diciembre de 2009, dictada por el Juzgado Penal de Garantías Nº 10 de Asunción?.-** -

A los efectos de determinar el orden para la emisión de las opiniones, se realizó un sorteo que arrojó el siguiente resultado: **ALICIA PUCHETA DE CORREA, SINDULFO BLANCO y MIGUEL ÓSCAR BAJAC.**-



## A LA CUESTIÓN PLANTEADA, LA DOCTORA ALICIA PUCHETA

**DE CORREA DIJO:** el expediente llegó a la Corte en fecha 21 de diciembre de 2009, a fin de imprimir el trámite previsto en el artículo 149 del Código Procesal Penal (CPP), que dice: “**EXTRADICIÓN PASIVA:** ...*La resolución que deniegue el pedido de extradición será enviada, en todos los casos, a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la que se pronunciará sobre la misma dentro de los quince días de recibidas las actuaciones. Si la persona requerida está detenida, no se decretará la libertad hasta que resuelva la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Si la misma no resuelve en el plazo previsto se concederá inmediatamente la libertad y la detención no podrá ser decretada nuevamente*”.-----

Por vía diplomática, se ha acercado el pedido de extradición contra el ciudadano argentino **E. A. B.**, requerido por el Juzgado de Federal de Primera Instancia de la Rioja, República Argentina, Secretaría Penal a cargo de la Dra. Virginia Granillo Valdez. El pedido se verificó en el contexto de la investigación de una causa impulsada a raíz de los hechos ocurridos en el periodo comprendido entre los días 04 y 28 de junio de 1977, cuando en el Escuadrón de la Gendarmería Nacional Argentina, estuvieron detenidos T. É. R., A. A. Á., S. N. M. y M. R. L.; ocasión en la que sufrieron por parte de sus captores –entre quienes se habría encontrado la persona requerida- una serie de golpes, amenazas y otros hechos de tormento, físicos como psíquicos.-----

En cuanto a la situación procesal de la persona afectada, se tiene que luego del dictado de la S.D. Nº 52, en la cual el Juzgado rechazó el pedido de extradición, recayó el **A.I. Nº 955 de fecha 16 de diciembre de 2009** (ver foja 421), por el cual el Juez Penal de Garantías **hizo lugar a la revisión de medida cautelar** de la prisión preventiva, a favor de **E. A. B.**, para quien fijó **medidas sustitutivas**, con reglas de conducta y obligaciones taxativas; **levantó** la medida cautelar de **prisión preventiva** que pesaba en su contra en virtud del A.I. Nº 696 de fecha 26 de agosto de 2009; y **dispuso el traslado** del mismo hasta su domicilio para cumplir allí la medida de **arresto domiciliario**.- - -

La S.D. traída a examen dispuso el rechazo del pedido de extradición, con el argumento de que los hechos que motivaron el pedido se hallaban prescriptos, porque no era aplicable al caso las disposiciones constitucionales y legales sobre la “imprescriptibilidad” de los hechos punibles de lesa humanidad, ya que ésta emanaba de una disposición jurídica posterior a los hechos, y la garantía de “irretroactividad” de la ley no podía obviarse. De esta manera, hizo lugar al reclamo acercado por la Defensa, y desechó la postura del Ministerio Público.-----

En su **Dictamen Nº 1807** del 02 de diciembre de 2009, el Fiscal Adjunto **Jorge Sosa García** señaló que los delitos mencionados fueron cometidos en una época en que la República Argentina combatía y reprimía los presuntos delitos de subversión, todo ello en un marco de excesos por lo que quedan comprendidos en la órbita de los delitos considerados de lesa humanidad. Agregó que la Justicia Argentina ha citado una serie de fallos jurisprudenciales con anterioridad a la promulgación de la Ley Nº 25.778 e los cuales se expresa que los crímenes contra la humanidad no están sujetos a plazo alguno de prescripción, y que de igual manera el Estado requirente declaró la inconstitucionalidad de las leyes Nº 23.492 (Punto Final) y Nº 23.521 (Obediencia Debida) en relación a los hechos punibles cometidos durante la dictadura militar argentina.-----

Pero, para la **Defensa**, ejercida por el abogado **E. G. B.**, el pedido de extradición ratifica que las leyes por las cuales procesan a E. A. B. son posteriores a la comisión del hecho. En los documentos remitidos, mencionan que la República Argentina otorgó rango constitucional a la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por Ley 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997 por el Congreso de la Nación Argentina. Esta legislación alcanzó rango constitucional veinte años después de la supuesta comisión de los hechos punibles atribuidos a su defendido, con lo cual es inaplicable, porque la ley no tiene efecto retroactivo. Dijo que del año 1977 al año 2009 pasaron 32 años, donde nunca se abrió proceso alguno a E. B., con lo que el plazo de prescripción corrió y nunca fue interrumpido o suspendido sino hasta la denuncia presentada en el año 2007.-----

Como ya se adelantó, el **Juzgado** en su fundamentación indicó que los sucesos que motivaban el pedido se referían a **hechos punibles de tortura** y/o

**tormentos** que, según lo expuesto por el Ministerio Público de la República Argentina, estaban tipificados dentro del **artículo 144** segundo párrafo del **Código penal Argentino** vigente en esa época, donde se estipulaba una pena de 8 a 25 años, más la inhabilitación absoluta y perpetua del funcionario, pero que a la luz de la legislación y del tiempo transcurrido (más de 32 años y varios meses), los hechos estaban evidentemente prescriptos. Trajo como indicativo que en el citado Código Penal Argentino, el **artículo 62** indicaba que la **prescripción de la sanción penal** operaba a los 15 años cuando se trataba de delitos cuya pena fuere de reclusión perpetua; después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión no pudiendo en ningún caso el término de prescripción exceder de 12 ni bajar de 2 años; y a los 5 años si se trataba de un hecho reprimido con inhabilitación perpetua.-----

-----  
Textualmente apuntó que *“si bien es cierto la República Argentina otorgó rango constitucional a la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzosa de personas por LEY 24.820 publicada el 29 de mayo de 1997, emanada por el Congreso Argentino, NO ES MENOS CIERTO que las leyes aplicables y vigentes al tiempo o momento de la ocurrencia de los supuestos hechos punibles que se le imputan al ciudadano argentino E. A. B., son otras y que, al tiempo en el cual se hallaban vigentes, NO CONTEMPLABAN LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS HECHOS PUNIBLES DE LESA HUMANIDAD, como recién ahora, a partir del año 1992 lo contempla la Constitución de la República del Paraguay y, en particular, en lo que atañe a la República Argentina, la IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS HECHOS DE LESA HUMANIDAD, TORTURA Y OTROS, RECIÉN fue adoptada y adquirió rango constitucional por ley 25.778 sancionada en fecha 20 de agosto de 2003 y publicada en fecha 03 de septiembre de 2003, por lo que resulta más que evidente el hecho de que no corresponde aplicarla en la presente causa por tratarse de leyes posteriores a la ocurrencia de los supuestos hechos justiciables, ya que con ello se estaría también haciendo tabla rasa de todas las garantías constitucionales consagradas y establecidas en nuestra Constitución (...) tal como categóricamente lo señala en su artículo 14º, con respecto a la IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY, en el sentido de que NINGUNA LEY TENDRÁ EFECTO RETROACTIVO SALVO QUE SEA MÁS FAVORABLE AL ENCAUSADO O CONDENADO...”*-----  
-----

Conforme se ha expuesto, el punto neurálgico pasa por dilucidar si los hechos punibles que motivaron el pedido de extradición, están o no prescriptos, conforme a la legislación aplicable, y en el contexto de los requisitos de procedencia dispuestos en el **Tratado de Extradición** vigente entre la República del Paraguay y la República Argentina (**Ley 1061/97**), específicamente en su **artículo 6 inciso c)**, de donde para tonarse operativo un pedido de extradición, no debe haber operado la prescripción según las legislaciones nacionales comparadas. El precepto dice lo siguiente: *“MOTIVOS PARA DENEGAR LA EXTRADICIÓN: 1. No se concederá la extradición: c) cuando de acuerdo a la Ley de alguna de las partes se hubiera extinguido la pena o la acción penal correspondiente al delito por el cual se solicita la extradición”*. Y es en ese marco, por lo tanto, que debe analizarse la denegatoria del Juzgado, sopesando de manera puntual si los fundamentos expuestos aparecen o no como ajustados a derecho.---

Teniendo en cuenta que estamos ante la investigación de un hecho punible, considerado por las normas internacionales como “Crímenes de lesa humanidad”, y contemplado en la Constitución Nacional, bajo una disposición determinada, determinante y excluyente cual es la “imprescriptibilidad”.-----

La cuestión a debatir genera diversas conjeturas teniendo presente que en los llamados “Crímenes de lesa humanidad” la comunidad internacional ha sentado su criterio, no puede de ninguna manera un Estado Parte obviar las consideraciones y las fundamentaciones de las excepciones en este tipo de hechos punibles. Y dentro de dicho cause la Constitución Nacional en el artículo 5 in fine dispone la protección a las víctimas de horrendos y repudiados crímenes, situación sustentada en la convicción como lo dijera de la comunidad internacional que exceptúa las **reglas tanto de fondo y de forma en materia penal**, limitando única y exclusivamente al “Genocidio y tortura, así como la desaparición forzosa de personas, el secuestro y el homicidio por razones políticas” **la imprescriptibilidad de**

**la acción penal y de la sanción penal o de la pena.**-----

-----  
Sobre la cuestión traigo a consideración las consideraciones expresadas por Federico Andreu-Guzmán; Consejero Jurídico para América Latina y el Caribe, obtenidas del *Memorial en derecho de la CIJ (Comisión Internacional de Juristas) sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y la irretroactividad de la ley penal, dirigido a las ONGs peruanas en el marco del proceso Barrios Altos c. Perú ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*-----

-----  
**“1. El principio general. La no aplicación retroactiva de la ley penal es un principio universalmente reconocido por las legislaciones penales en el mundo y es una consecuencia del principio de legalidad de los delitos (nullum crimen sine lege). Igualmente, la no aplicación retroactiva de la ley penal, o principio de irretroactividad, es una salvaguarda esencial del derecho internacional. Así, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 4) como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 27) consagran el carácter inderogable del derecho a no ser condenado por actos u omisiones que no eran delictivos al momento en que fueron cometidos. Similar disposición esta contenida en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 15). El derecho internacional humanitario también es receptor de este principio junio 2001. -**

**3. La excepción a la irretroactividad. Pero asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales establecen una expresa excepción al principio de irretroactividad de la ley penal. Así, el artículo 15 (2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: *"Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional"*-----**

-----  
Similar provisión tiene el artículo 7 (2) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades. Aunque existe poca doctrina al respecto en lo que concierne el ámbito interamericano, algunos autores consideran que la fórmula empleada por el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - "de acuerdo con el derecho aplicable" - consagra esta excepción. Esta excepción tiene por objeto y propósito permitir el enjuiciamiento y castigo de actos reconocidos como criminales por los principios generales de derecho internacional, aun cuando estos actos no estaban tipificados al momento de su comisión ni por el derecho internacional ni por el derecho nacional.-----

Esta cláusula fue incorporada a ambos tratados con el expreso propósito de responder a situaciones como las de la Segunda Guerra Mundial. No hay que olvidar que los crímenes de lesa humanidad por los que fueron juzgados y condenados varios de los dirigentes nazis en el proceso de Nuremberg, fueron tipificados ex post facto y no tenían precedente legal penal. Los crímenes contra la paz y los crímenes de guerra ya contaban, al momento de la comisión de los actos, con precedentes legales. Ciertamente, la noción de crimen de lesa humanidad ya había sido empleada con anterioridad: así por ejemplo, la Declaración de Francia, Gran Bretaña y Rusia del 24 de mayo de 1915 calificó las masacres de armenios perpetradas por el Imperio Otomano de "crímenes contra la humanidad" y, en el ámbito americano, el Presidente de Paraguay, Eusebio Ayala, calificó de "crímenes de lesa humanidad" actos cometidos por las tropas bolivianas durante la guerra del Chaco (1932-1935). No obstante, no existía en el derecho internacional hasta 1945 una definición o tipificación del crimen de lesa humanidad. Sin embargo, los actos eran - como lo definió el Procurador francés François de Menthon en el proceso de Nuremberg- "crímenes contra la condición humana" y demasiado graves y contrarios al derecho internacional para ignorar su carácter ilícito.-----

4. Los delitos. La tortura y la desaparición forzada son per se crímenes internacionales. Así mismo, la práctica sistemática o a gran escala de la ejecución extrajudicial, la tortura, la desaparición forzada, las persecuciones por motivos políticos, entre otros actos, constituyen un crimen internacional calificado, a saber, un crimen de lesa humanidad. Son estas conductas, precisamente, a las que se refieren, entre otras, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.-----

7.- Imprescriptibilidad. No huelga recordar que el derecho internacional consuetudinario establece que cierto tipo de crímenes internacionales son imprescriptibles. Así por ejemplo, son imprescriptibles los crímenes de lesa humanidad. No obstante, hay que tener en cuenta que la imprescriptibilidad no se predica de todos los crímenes internacionales, pues no es un elemento inherente a toda infracción penal internacional y sólo se predica respecto de ciertos crímenes internacionales como los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y el apartheid (estos dos últimos son una modalidad específica de crimen de lesa humanidad). Así, la tortura y la desaparición forzada aun cuando son crímenes internacionales no son imprescriptibles per se, salvo cuando estos actos son cometidos dentro de una práctica a gran escala o sistemática, pues en ese evento, se convierten jurídicamente en otra entidad, a saber un crimen de lesa humanidad.-----

8. Imprescriptibilidad e irretroactividad de la ley penal. No huelga recordar que imprescriptibilidad e irretroactividad de la ley penal son dos institutos jurídicos diferentes. Es importante destacar que existe un amplio consenso acerca de la vocación retroactiva de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, con lo cual esta se aplica a estos actos ilícitos aún cuando fueron cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención. Como lo señalara el Relator Especial, Sr. Doudou Thiam, de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en lo que atiene a la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, esta convención es de "carácter simplemente declarativo [... pues] las infracciones a que se refiere, al constituir crímenes por su naturaleza, son imprescriptibles cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido". No huelga recordar que la Convención se refiere a los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad "cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido" (artículo I) y prescribe que los Estados partes deben abolir la prescripción para estos crímenes, cuando esta exista en su legislación nacional (artículo IV). En su fallo en el asunto Touvier, la Sala criminal de la Corte de Casación de Francia consideró que no existía, a la luz Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, un derecho a la prescripción y decidió declarar nula la sentencia del tribunal de 1° instancia que, invocando la prescripción y la irretroactividad de la ley penal, había archivado el proceso. La Sala invocó, en su decisión, la excepción a la irretroactividad de la ley penal prevista a los artículos 15 (2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7 (2) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades.-----

9.- Imprescriptibilidad, irretroactividad y crimen de lesa humanidad en Perú. Por todo lo anterior, no se puede afirmar que la ratificación de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad entraría en contradicción per se con el principio de irretroactividad de la ley penal. Esta supuesta contradicción no existiría con mayor razón, sí las conductas que se pretenden perseguir judicialmente, como las ejecuciones extrajudiciales, la tortura y las desapariciones forzadas, ya eran delitos en el derecho nacional (ya fuese a través de los tipos penales de homicidio, lesiones personales y secuestro o a través de los tipos penales de tortura y desaparición forzada) y en el derecho internacional. Y aún menos existiría tal contradicción sí estas conductas criminales fueron cometidas

**dentro de una práctica a gran escala o sistemática, o sea, sí eran constitutivas de crímenes de lesa humanidad.**- - - - -

Por su parte es importante traer a colación la jurisprudencia del vecino país requirente en materia de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad: *"...La Corte Suprema de Justicia estableció que los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles y dio, así, un paso clave para la continuidad de los juicios por violaciones a los derechos humanos. Lo hizo al resolver que el ex agente de inteligencia de Chile Enrique Arancibia Clavel debe seguir preso por el asesinato del general chileno Carlos Prats y su esposa, un episodio emblemático del Plan Cóndor, cometido en Buenos Aires en 1974. La resolución de la Corte, es contundente: dice que el derecho internacional y la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad "desplazan" y se imponen por sobre "las reglas de prescripción de la acción penal" previstas en las normas locales. Al momento del homicidio de Prats y Sofía Cuthbert, sostiene el voto mayoritario, "la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad". "El Estado argentino" no sólo adhería "desde la década del '60", señala el fallo, sino que "ya había contribuido a la formación" de ese principio..."*- - - - -

Además cabe señalar que la Corte Suprema de la Nación Argentina ha invalidado las leyes de Obediencia Debida y Punto Final. La sentencia ha resuelto: *"...Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y a cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por temas de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación"*- - - - -

"A fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales, la supresión de las leyes de punto final y de obediencia debida resulta impostergable. Esto significa que quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada. Pues de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana, tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas."- - - - -

A más de las consideraciones expuestas, dentro del Derecho Positivo Nacional tenemos el **art. 5º de la Constitución Nacional, establece: DE LA TORTURA Y DE OTROS DELITOS. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. El genocidio y la tortura, así como la desaparición forzosa de personas, el secuestro y el homicidio por razones políticas son imprescriptibles.**- - - - -

En concordancia el artículo 102 inc. 3º del Código Penal establece: **"Son imprescriptibles los hechos punibles, previstos en el artículo 5 de la Constitución."**- - - - -

La Ley Nº 1663 que Aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional expresamente establece en su art. 29º que los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán, y en su art. 5º dice: **Crímenes de la competencia de la Corte 1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión"**- - - - -

La Ley Nº 2.806/05 que Aprueba La Convención Internacional Sobre La Represión y El Castigo Del Crimen De Apartheid, la Ley Nº 1886/02 Declaraciones Reconociendo La Competencia Del Comité Contra La Tortura, Conforme a los Arts. 21 Y 22 De la Convención contra la Tortura y otras Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; **Ley Nº 56/89 Convención Para Prevenir Y Sancionar La Tortura; Ley Nº 69/89 Convención Contra La Tortura Y Otros Tratos Cruelles, Inhumanos O Degradantes;**- - - - -

En conclusión teniendo en cuenta que el hecho investigado consiste en un hecho punible considerado como de lesa humanidad con lo cual a la luz de la legislación vigente dichos delitos han sido declarados imprescriptibles corresponde dictar resolución haciendo lugar a la extradición del ciudadano argentino **E. A. B. ES MI VOTO.**- - - - -

**A SUS TURNOS, los DOCTORES SINDULFO BLANCO y MIGUEL ÓSCAR BAJAC** manifestaron su adhesión al voto precedente por sus mismos fundamentos.- - - - -

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando S.S.E.E. todo ante mí que certifico, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:- - - - -

Ante mí:

**SENTENCIA NÚMERO: 960**

Asunción, 31 de diciembre de 2009.-

**VISTOS:** los méritos del Acuerdo que antecede, la

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL**

**R E S U E L V E:**

**REVOCAR** la Sentencia Definitiva N° 52 de fecha 14 de diciembre de 2009, dictada por el Juez Penal de Garantías N° 10 de Asunción, abogado Rubén Gustavo Ayala Brun; y en tal sentido, **HACER LUGAR** al pedido de extradición formulado por la Justicia de la República Argentina, contra el ciudadano de esa nacionalidad **EDUARDO ABELARDO BRITOS**.- - - - -

**NOTIFICAR** lo resuelto al Ministerio de Relaciones Exteriores, a la INTERPOL, a la Defensa y a la Fiscalía General del Estado.- - - - -

**REMITIR** el expediente al Juzgado Penal de Garantías, a sus efectos correspondientes.- - - - -

**ANOTAR** y notificar.

Ministros: ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA, SINDULFO BLANCO y MIGUEL OSCAR BAJAC

Ante mí: Karinna Penoni de Bellasai, Secretaria Judicial

**Se determinó la responsabilidad derivada de un accidente de tránsito en el que intervino una peatón y un ómnibus de pasajeros, considerando al calcular el lucro cesante que la víctima era mujer y por ende aplicable la Convención para la Erradicación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (TA Paraguay Asunción 2006.09.05 rol 2002)**

**SÍNTESIS JURÍDICA:**

Tribunal de Apelaciones revoca el fallo del inferior que rechaza la demanda de indemnización de daños y perjuicios planteada por el marido de la víctima contra la Empresa de Transporte, considerando el carácter de dueño o guardián de la cosa riesgosa a la empresa de ómnibus por aplicación del artículo 1847 del Código Civil Paraguayo, otorgando suma de dinero en concepto de lucro cesante al marido en consideración a lo dispuesto en los artículos 2 incs. c), 3 y 13 de la Convención para la Erradicación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y especialmente el artículo 16 de dicha convención que aseguran condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, otorgando además suma de dinero en concepto de daño moral por los daños emocionales, psíquicos, a la fama, a la vida relación entre otros, sufridos por el demandante (Considerando 10, 13, 15)

**SÍNTESIS DE LOS HECHOS:**

El demandante interpuso recursos de apelación y nulidad ante el Tribunal de Apelaciones Civil y Comercial contra el fallo del Juzgado de Primera Instancia que rechazó la demandada de indemnización de daños y perjuicios planteado contra una Empresa de Transporte por la muerte de la esposa del demandante como consecuencia del accidente de tránsito sufrido por la misma, acogiendo el Tribunal favorablemente la demanda determinando el porcentaje de responsabilidad de la Empresa de Transporte y el correspondiente monto por lucro cesante y daño moral a favor del actor.

**ACUERDO Y SENTENCIA NÚMERO: 95**

En la ciudad de Asunción, Capital de la República del Paraguay, a los cinco días del mes de septiembre de dos mil seis, estando reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, los Sres. Miembros del mismo, Dres. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI P., NERI E. VILLALBA FERNÁNDEZ y ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO, bajo la presidencia de la primera de los nombrados y por ante mí la Secretaria autorizante, se trajo a acuerdo el expediente caratulado como

más arriba se expresa para resolver los recursos de apelación y nulidad interpuestos por el abogado Derlis Martín Escudero contra la S.D. N° 976 de fecha 14 de diciembre de 2.005, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Turno.- - - -

Previo estudio de los antecedentes del caso, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes: - - - -

#### CUESTIONES:

Es nula la sentencia recurrida?.- - - - -

En caso negativo, se halla ajustada a derecho?.-

Practicado el sorteo de ley, a fin de establecer el orden de votación, resultó que debían votar los Sres. Miembros en el orden siguiente: DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI P., DR. NERI E. VILLALBA FERNÁNDEZ y DR. ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO.- - - - -

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI DIJO: El recurrente ha desistido expresamente del recurso de nulidad interpuesto. Por lo demás, dado que no se advierten en la resolución recurrida, vicios o defectos que autoricen a declarar de oficio su nulidad, debe declararse desierto el recurso interpuesto.- - - - -

A sus turnos, los Dres. Villalba Fernández y Martínez Prieto, manifestaron que votaban en igual sentido. - - - - -

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, LA DRA. MARÍA MERCEDES BUONGERMINI PROSIGUIÓ DICIENDO: Por la sentencia apelada la *a quo* resolvió: "1. HACER EFECTIVO EL APERCIBIMIENTO decretado; en consecuencia tener por confeso al Sr. F. G. G. de las posiciones contenidas en el pliego presentado por la demandada, obrante a fs. 204 de estos autos. 2.- NO HACER LUGAR, con costas, a la demanda que por indemnización de daños y perjuicios promueve F. G. G. contra la Empresa de Transporte SAN GERARDO S.R.L., conforme a los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. 3. ANOTAR..." (sic)(fs. 255/259).- - - - -

De dicha sentencia recurre la parte actora y presenta su escrito de expresión de agravios, que obra a fs. 262/266. Manifiesta al respecto que en procesos de ésta índole se invierte la carga de la prueba por lo que correspondía a la demandada demostrar la ausencia de culpa y como puede apreciarse, simplemente ha contestado la demanda negando todos los hechos y no probándolos. Aduce que la confesión ficta del actor no da certeza de la exclusión de culpa del conductor y responsabilidad de su empleador, dado que el actor no estuvo presente en el lugar del accidente. Alega que la inferior no tuvo en cuenta la declaración del testigo presencial señor J. R. S. Resalta que el ómnibus ni siquiera se encuentra habilitado para circular según el informe oficial del organismo de control Setama, por lo cual ha violado el art. 53 del Reglamento de Tránsito y por tanto es presumible que contara con desperfectos en sus frenos, luces, etc., siendo considerada esta situación como una falta grave a tenor de los arts. 90 inc. f) y 91 inc. e) del Reglamento de Tránsito. Indica que el hecho de conducir un automotor ya representa un riesgo, por lo que el chofer del ómnibus debió prever la maniobra a realizar, esto es, disminuir la velocidad a fin de mantener el dominio y control sobre el automotor, especialmente si se tiene en cuenta la magnitud del automotor y la creación de ese riesgo hace presumir su responsabilidad, al no haberse acreditado culpa compartida, todo esto a tenor del art. 1.846 del Cód. Civ. Explica que la normativa que rige el tránsito determina la prioridad del peatón y la pérdida del derecho de preferencia derivado de la realización de la maniobra de giro, a tenor de los arts. 76, 88, 114 y 123 de dicho cuerpo legal. Alega que la transeúnte ya había empezado a cruzar la calzada de la calle Azara y a partir de dicho momento, el conductor perdió su preferencia de paso. Enfatiza que en este caso nos encontramos ante la vida de una persona, por lo que si bien el conductor se encontraba habilitado por la luz verde, ello no lo autoriza a embestir a los transeúntes que no respetaron la señal de tránsito. Agrega que al ser procedente la revocación de la sentencia apelada, queda al Tribunal la posibilidad de analizar los montos reclamados en los distintos rubros y de las testificales rendidas puede colegirse que la víctima trabajaba en un fondo de comercio y por ende, su sueldo necesariamente tuvo que ser al menos mínimo. Indica que la expectativa de vida y la posibilidad de una vida activa y productiva se encuentra acreditada con el informe de fs. 106. Solicita así la revocación de la sentencia recurrida, admitiendo la demanda instaurada por exclusiva culpa del chofer y otorgando los montos por los rubros reclamados.- - - - -

El representante convencional de la demandada contesta dichos agravios en su escrito obrante a fs. 268/272, arguyendo que en sede penal existe un

sobreseimiento que la fecha es definitivo a favor del chofer, emergente de diligencias idóneas e imparciales, por lo cual la presunción *hominis* invocada se invierte presumiéndose la falta de culpa. Explica que en cada momento acaece lo fortuito y no obstante, el conductor del vehículo de su mandante, desplegó suficiente diligencia y cuidado para evitar infortunios. Alega que si bien el art. 1.846 introduce la Teoría de la Responsabilidad Objetiva derivada por el riesgo creado, éste tiene carácter excepcional, dado que no elimina el sistema de la culpa como fundamento de la responsabilidad. Enfatiza que no existió siquiera una leve culpa por parte del chofer del colectivo de pasajeros, ni por causa de la cosa. Resalta que el parte policial refiere la forma del accidente y luego las diligencias obrantes en la carpeta fiscal exoneran al chofer de la más leve culpa, ya que le fue imposible evitar la fuerza mayor originada por la conducta impropia de la víctima. Aduce que el apelante pretende la aplicación del art. 1.833 del Cód. Civ. en forma equivocada pues si bien la ley impone una presunción de culpa para el conductor, la merituación y graduación surge del evento dañoso que principió y culminó en hechos culposos originados en la conducta de la propia víctima y por ende, tampoco procede el rubro de daño moral. Explica que la juzgadora obró correctamente al desestimar los rubros por indemnización y daño cesante dado que no existe presupuestos básicos para la condena puesto que no se demostró la profesión u oficio de A. de G. como tampoco su ingreso promedio. Esgrime que remitiéndonos a prueba idóneas tenemos que el ómnibus se encontraba en el carril de circulación permitido habilitado por la luz verde reglamentaria y en un lugar y tiempo no permitidos, el peatón se introdujo imprevistamente en la calzada vehicular, impactando en uno de los costados del vehículos con un resultado lamentable. Agrega que la maniobra del rodado estaba previamente anunciada por las señales de tránsito que debieran ser conocidas por el peatón y por tanto, el cruce imprevisto y fuera de la senda hace presumir la negligencia de la peatón. Manifiesta que no existe comprobante para demostrar el monto solicitado por daño emergente, como tampoco la cantidad de G. 132.900.000 que supuestamente pudo percibir la occisa en vida. Refiere que el apelante omitió el procedimiento obligatorio y hoy pretende cargar al juzgador la orfandad de pruebas que debió substanciar para acreditar los rubros reclamados pues la carga de la obligación debe ser plena a tenor del art. 1.855 del Cód. Civ. Agrega que el pleno dominio sobre la cosa con carácter obligatorio se aplica a los requerimientos propios del tránsito, no para situaciones excepcionales como la imprevisible invasión de la calzada vehicular por parte de la víctima, quien también debe actuar conforme con el Reglamento de Tránsito. Por estas consideraciones peticiona confirmar la sentencia apelada, con costas. - - - - -

Se trata aquí de determinar la responsabilidad derivada de un ilícito civil extracontractual, accidente de tránsito, en el que intervino un peatón y un ómnibus de pasajeros del transporte público. - - - - -

Antes que nada debemos recordar que la fuente de responsabilidad es extracontractual y que, tratándose de un peatón frente a un automotor, el tipo de responsabilidad es la regulada por el art. 1846 y sgtes. del Cód. Civ., esto es, la responsabilidad objetiva. - - -

En efecto, el automotor, y máxime uno de gran porte como lo es un ómnibus de pasajeros, es una cosa riesgosa en los términos del primer apartado del art. 1847. No existen dudas al respecto y la jurisprudencia lo ha consagrado así ya con largura. El principio de la responsabilidad objetiva no elimina totalmente la culpa en la ecuación, pero impone una inversión de la carga probatoria en cabeza del dueño o guardián de la cosa, quien para exonerarse de responsabilidad debe demostrar que el hecho se produjo por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no deba responder. - - - - -

En el presente caso el dueño o guardián del ómnibus que causara el deceso de la esposa del actor ha pretendido eximirse demostrando que el accidente y arrollamiento se produjo por culpa de la víctima. Debemos examinar si este cometido ha sido logrado en todo o en parte, habida cuenta que por las reglas de la culpa concurrente la exoneración puede ser total o parcial. - - -

El accidente fatal se produjo, según las únicas testificales rendidas en autos, a diez o doce metros de la bocacalle que forman las vías Brasil y Azara, sobre la calzada de esta última, en el carril izquierdo. Aquí nos llama la atención que el hecho haya tenido lugar en el carril izquierdo de la calzada, cuando que los ómnibus deben circular por el carril derecho, conforme con normas de tránsito. Todo ello máxime si se considera que el ómnibus ingresó a la calle Azara luego de girar desde la calle Brasil hacia la izquierda y, como bien lo dice el apelante, un vehículo del porte de un ómnibus



necesita de un radio de giro considerable para doblar. Es evidente, pues, que apenas ingresado en la calle Azara el ómnibus cambió de carril hacia la izquierda. Esta maniobra debió de realizarse con precaución, atendiendo a cualquier obstáculo o impedimento, como bien lo señala la Ordenanza de Tránsito en el art. 93 que dispone: "En las vías públicas los vehículos deben circular por la mitad derecha de la calzada, salvo en los siguientes casos: ...b) Cuando el vehículo halla un obstáculo que le obligue a circular por el lado izquierdo de la calle". Asimismo resulta aplicable el art. 102: "Siempre que una vía de tránsito disponga de dos o más carriles de circulación en un sentido, sin perjuicio de las normas generales, los vehículos deberán circular, tanto como sea posible, totalmente dentro de un carril y sólo se lo podrá abandonar cuando la maniobra sea segura". Y por último, resulta pertinente el art. 103 que establece: "El crece frente a un obstáculo de cualquier naturaleza se realizará sobre la base del respeto absoluto de la derecha de cada conductor. El conductor que en su línea normal de marcha encuentre un obstáculo, deberá ceder el paso".- - - - -

Por otra parte, resulta claro que el ómnibus de pasajeros no llevaba una alta o imprudente velocidad. Los únicos testigos del siniestro depusieron en forma conteste en tal sentido y también manifestaron que el rodado se encontraba en la calle Brasil esperando la luz verde de paso; siendo así, tuvo que reiniciar la marcha para doblar y en tales condiciones es imposible que la velocidad sea mucha. Incluso si aceptáramos la tesis del actor, de que el ómnibus se apresuró a alcanzar una luz verde ya encendida, el solo hecho de doblar impone al conductor de un vehículo de ese tamaño la necesidad de bajar la velocidad para hacer el giro, por lo que su velocidad no pudo ser de ningún modo alta.- - - - -

Ahora bien, también es cierto que todo rodado debe atender con sumo cuidado el desarrollo del tránsito y especialmente del tránsito pedestre a fin de evitar cualquier colisión. Este deber le está impuesto imperativamente por el art. 76 de la ordenanza municipal, cuando dice: "La inobservancia, por parte de los peatones, de las disposiciones del presente Reglamento, no exime a los conductores de la obligación de poner el cuidado y la atención debidos para evitar accidentes, especialmente cuando se trata de niños o personas manifiestamente confundidas o incapacitadas". Concurrentemente con ello la jurisprudencia nacional e internacional ha dejado sentado que el peatón distraído o apresurado es una variable que todo conductor debe siempre considerar en la conducción de su vehículo a fin de evitar cualquier daño; esta premisa pone el mayor deber de diligencia en los conductores, como desde luego debe ser, habida cuenta de que todo rodado representa y crea una mayor entidad de riesgo en el tránsito que el peatón.-----

Otra cuestión a ser considerada es el hecho, extraño por demás, de que - conforme con las testimoniales- el ómnibus arrollara a la víctima con la rueda trasera izquierda y no con las partes frontales, lo cual sería más lógico. Eso lleva a considerar que de algún modo el rodado alcanzó al transeúnte en el medio de la carrocería. El único modo lógico de que se dé dicha eventualidad es que el peatón haya iniciado el cruce de la calzada luego que el ómnibus haya pasado la línea en la cual aquél se encontraba en la vereda. Cómo o porqué sucedió que el peatón terminó debajo de la carrocería del ómnibus en su rueda trasera es una cuestión difícil de definir, pero según lo dicho, resulta verosímil la explicación que surge del testimonio de uno de los testigos, el Sr. R. Y. R. que en la cuarta pregunta dice que la víctima trastabilló (fs. 128). Entonces, podemos concluir que el conductor del ómnibus no fue todo lo diligente que las condiciones concretas del caso –nocturnidad, masa física muy significativa del rodado que conducía y el consiguiente riesgo creado con ello en el tránsito, posible locomoción de peatones- exigían, por lo que no ha exonerado totalmente su responsabilidad en los términos del art. 1847.- - - - -

Con todos los elementos de juicio que hemos expuesto y atendiendo a que el *casus* –fortuito- recae en el dueño o guardián de la cosa riesgosa, podemos establecer que en este caso la empresa de ómnibus ha demostrado una cierta cuota de responsabilidad en la víctima, que solo es parcial y que se debe establecer en este caso en un 20% a cargo de la víctima y 80% a cargo de la empresa. El art. 1.847 de Cód. Civ. autoriza a establecer concurrencias de culpa y esta norma se aplica por extensión a la posible exención de responsabilidad que puede hacer del dueño o guardián de la cosa riesgosa probando la culpa de la víctima, ya sea total o parcialmente.-----

En cuanto a los daños, debemos tener por cierto el hecho de la muerte de la víctima, pues ha sido probado con el correspondiente certificado de defunción. Los

gastos funerarios son, pues, también ciertos, lo cual autoriza a aplicar el art. 452 del Cód. Civ y valuarlos prudencialmente. Su estimación en G. 2.600.000 no exorbita los gastos ordinarios de un sepelio, por lo tanto deben ser admitidos en ese monto.-----

-----

En lo que hace al lucro cesante, estos daños hacen relación con la pérdida de una ganancia cierta o probable que ha sido frustrada. Aquí se ha probado la actividad lucrativa de la víctima conforme con los testimonios obrantes a fs. 222/223; lo que no resulta completamente probado de ello es la ganancia que percibía. No obstante, siendo empleada en un negocio sus haberes no podrían ser menores al salario mínimo establecido para actividades no especializadas, esto es, a la fecha del accidente, la suma de G. 782.186. Ahora bien, el lucro cesante es un rubro que, habiendo muerte de su titular, el heredero solo puede percibirse *iure hereditatis*, no *iure proprio*; y además abarca el período de tiempo en que la víctima dejó de percibir la remuneración, mientras aún se encontraba con vida, habida cuenta que la relación laboral –y productiva- cesa con la muerte. Como el deceso se produjo instantáneamente, no existe un lapso en el cual se haya visto impedida la víctima de ejercer su labor, sino una inmediata terminación de todas sus relaciones jurídicas por causa de la muerte. - - - - -

No obstante lo dicho, el Tribunal, por el principio de *iura novit curia*, puede encuadrar o recalificar la pretensión del actor de ser resarcido por la pérdida de las futuras aportaciones que a lo largo de su vida eventualmente hubiera podido hacer la occisa a la comunidad de gananciales que el actor tenía con ella. Esto es lo que la doctrina denomina pérdida de chance y hace referencia con la perspectiva o proyección de la vida útil de la víctima. Siendo la expectativa de vida del país de unos 65 años para el varón y de 70 años para la mujer, según los datos de la Dirección Nacional de Estadísticas, y habiendo fallecido la víctima a los 54 de edad –conforme con los certificados de nacimiento y defunción glosados a fs. 7 y 8-, sumado al promedio de vida laboral útil de una persona, que alcanza aproximadamente hasta los 65 años de edad, conforme con las leyes jubilatorias vigentes en el país, le quedaban todavía 11 años de vida útil. Lo cual, aún manteniendo el nivel de ingresos que tenía en el momento de morir, significa una pérdida de chance para el cónyuge equivalente económicamente a ese lapso. Todo ello sin contar con la doble jornada laboral a que están sujetas las mujeres por su sexo, que implica el aporte no remunerado a los trabajos del hogar y que sin duda el actor deberá recomponer y prever su provisión después del fallecimiento de quien los realizaba hasta ese entonces, es decir, su esposa. Este trabajo, existente pero no remunerado, es reconocido expresamente en la normativa positiva nacional que ha sido consagrada en tratados internacionales, en especial el de la Convención para la Erradicación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW por sus siglas en inglés-. Los arts. 2 inc. c), 3 y 13 de este Convenio resultan pertinentes y especialmente el art. 16 establece: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: ...c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución; ...h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso”.- - - - -

Es por lo expuesto que la pérdida de chance para el marido se puede traducir o cuantificar equitativa y prudencialmente en la suma de G. 103.248.552.- - - - -

En tercer término debemos abocarnos al rubro del daño moral. Es sabido que éste se define en la doctrina y la jurisprudencia como cualquier condición disvaliosa del espíritu; involucra el daño emocional, el daño psíquico, a la fama, a la vida de relación y muchos otros más. Es obvio que la muerte del cónyuge, de la persona a quien se ha escogido para compañera de vida y para formar familia constituye un daño emocional enorme, máxime si se tiene en cuenta que el marido además queda con tres hijos habidos en el matrimonio por los cuales tendrá que velar y cuidar solo. La notoriedad del daño moral en este caso releva de mayores pruebas. El monto solicitado por el actor no es elevado –por el contrario- y al prudente parecer de este Tribunal debe ser admitido. Ello significa la suma de G. 20.100.000. Sumados los tres rubros tenemos un total de G. 125.948.552. Ahora bien, como la responsabilidad de la demandada se ha establecido en un 80%, la suma total debe ser referida a dicho porcentaje para establecer la condena. Así, resulta la suma de G. 100.758.841 en la cual se debe fijar la misma. La sentencia de primera instancia debe ser revocada en consecuencia.-----

Existiendo vencimientos recíprocos, las costas deben ser impuestas proporcionalmente en ambas instancias, conforme con el art. 195 del Cód. Proc. Civ., en un 35,25% a la actora y un 64,75% a la demandada.-----

A sus turnos, los Dres. Villalba Fernández y Martínez Prieto, manifestaron que votaban en igual sentido.-----

Con lo que terminó el acto, firmando los Sres. Miembros de conformidad y quedando acordada la sentencia que sigue a continuación, todo por ante mí, de lo que certifico.-----

Ante mí:

S E N T E N C I A N°.....

Asunción, de de 2.006.-

VISTO: el mérito que ofrece el acuerdo precedente y sus fundamentos, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala; -----

R E S U E L V E:

DECLARAR desierto el recurso de nulidad. - - -

REVOCAR el apartado segundo de la sentencia apelada, y en consecuencia, hacer lugar a la demanda instaurada por el señor Felipe Gómez Gómez contra la Empresa de Transporte San Gerardo S.R.L. y en consecuencia, condenar la Empresa de Transporte San Gerardo S.R.L. al pago de la suma de G. 100.758.841 (guaraníes cien millones setecientos cincuenta y ocho mil ochocientos cuarenta y uno). - -  
-----

IMPONER las costas, en ambas instancias, en una proporción del 64,75% al demandado y en un 35,25% al actor.-----

ANÓTESE, regístrese y remítase copia a la Excma. Corte Suprema de Justicia.-----

Ante mí:

## Uruguay

**Ante comportamiento omiso del Estado-Ministerio del Interior en cuanto no proporciona plazas laborales y educativas suficientes para redención de pena, según ley 17.897, se recomienda la aplicación de un plan nacional a efectos del cumplimiento de la citada norma y amparando los derechos de los reclusos. (Juzgado Letrado Contencioso Administrativo de 3er. Turno-Uruguay, Montevideo, 2008-12-02 rol. S.46/2008)**

**SÍNTESIS JURÍDICA:** Fundando sus derechos en los artículos 26, 72 y 332 de la Constitución de la República, Regla 77.1 de Naciones Unidas en relación a los analfabetos y reclusos jóvenes, Art. 13 de la Ley 17.897 de 14.9.2005 ( de Humanización Carcelaria) y Decreto reglamentario 225/06 de 13.7.06 los reclusos del Complejo Penitenciario de Santiago Vázquez reclaman por violación al derecho a la reinserción social y redención de la pena por trabajo y/o estudio, dada la situación de emergencia humanitaria declarada en el sistema penitenciario uruguayo y la desigualdad que se crea ya que pocos privados de libertad se benefician con la redención de la pena. Dada la extrema gravedad de la situación planteada en la litis, el Magistrado promueve una solución acordada, acogiendo la demanda de los delegados de los reclusos y en su mérito el Plan de trabajo y Estudio presentado por el Ministerio del Interior.

**SÍNTESIS DE LOS HECHOS:** En el año 2005 se declaró al sistema penitenciario en emergencia humanitaria, aprobándose la ley 17.897 el 14.9.2005 para dar rápida respuesta a esta situación. Tres años el sistema penitenciario (al decir de Manfred Nowad, Relator de la ONU contra la tortura) "está al borde del colapso. Hay tanta violencia estructural que puede estallar". La sentencia ordena que se realice un relevamiento a fin de conocer las necesidades educacionales y solicitar a Secundaria las horas para cubrir las mismas, se aumenten los peculios a fin de hacer efectivo los planes laborales que deben oscilar entre 1.000 y 2.000 (al momento de la demanda se cubrían 317 plazas laborales existiendo 3.000 reclusos), contemplando en forma urgente las solicitudes laborales ya realizadas y se recomienda al Ministerio del Interior que aplique el Plan que propuso a la sede ("Sembrando") en todo el país

*(Los Establecimientos Carcelarios se encuentran en la órbita del Ministerio del Interior (Poder Ejecutivo), las cárceles Penal de Libertad, Complejo Penitenciario de Santiago Vázquez, Cárcel de Mujeres Cabildo, reúnen la mayor cantidad de reclusos)*

Sentencia Definitiva N° 46/2008

Expte: 2-54412/2008

Montevideo, 2 de diciembre de 2008.

### **VISTOS:**

**Para Sentencia Definitiva, estos autos caratulados: "MARRERO LIMA, ESTEBAN Y OTROS C/ MINISTERIO DEL INTERIOR. Proceso de Amparo. IUE:2-54412/2008".**

### **RESULTANDO QUE:**

- 1) Los actores retenidos en el Complejo Carcelario Santiago Vázquez (COMCAR), son delegados de la Mesa Representativa y ocurren en representación de los sujetos privados de libertad de dicho establecimiento.

- 2) Promueven la referida acción contra el Ministerio del Interior en razón de considerar que en **forma grave, continua y sistemática se violan los derechos a la libertad personal, a la reinserción social, y al de la redención de pena por trabajo o por estudio (Art.7 y 26 de la Constitución de la República, art.13 de la ley 17.897).**
- 3) A partir del 13/02/08 el Ministerio del Interior reconoció el derecho de reunión y asociación de las personas privadas de libertad. Como consecuencia de las elecciones celebradas el 25/06/08 fueron electas las autoridades para integrar la Mesa Representativa del establecimiento.
- 4) El complejo carcelario es el más poblado del Uruguay donde se encuentran aproximadamente un entorno de 3.000 personas sujetas a procesos judiciales. Según el informe del Comisionado Parlamentario se duplica la cantidad de personas que pueden estar destinadas a ser alojadas en el mismo. **“...la privación de libertad transcurre diariamente entre la basura, ratas, la falta de agua potable y energía eléctrica, el frío y el hambre”.**
- 5) **La ley N°17.897 (Ley de Humanización del Sistema Penitenciario) reconoce la situación de emergencia humanitaria que se padece en las cárceles y es así que aplica un régimen de redención de pena por trabajo o estudio.**
- 6) La población que se beneficia con este sistema es una mínima cantidad, por lo que se configura la omisión del Estado en la aplicación de la consagrada ley, provocando la situación de desigualdad entre la población carcelaria.
- 7) Solamente 380 reclusos reciben educación, de los cuales 192 concurren a clases de Primaria, 80 a Secundaria, y 34 a Educación Técnica. Existen 6 Maestros, 11 Profesores de Secundaria y 2 de Educación Técnica. Se da clase 3 veces por semana, de 13 a 15 horas, y el receso es entre los meses de diciembre y marzo.  
En relación al trabajo, sólo acceden 317 reclusos.
- 8) La Administración dictó el Decreto 225/06 del 13/07/06 que implementó el artículo en cuestión.
- 9) A partir de esa fecha **no se ha cumplido con la norma reglamentaria, ni con la norma legal, y por ende con lo preceptuado por la Constitución de la República. En tanto que no se ha adecuado el beneficio para toda la población carcelaria que aspira al mismo.**
- 10) **En definitiva se ataca el derecho al trabajo, a la educación y a la libertad en cuanto que el ejercicio de los otros dos derechos mitigan la pena impuesta de su condena.**
- 11) Es por todo esto que recurren a la vía del amparo para hacer valer sus derechos, por lo que solicitan a la Sede se tenga por promovida la acción, se convoque a la audiencia de precepto, y se declare haciendo lugar a la demanda pronunciándose sobre la ilegitimidad de la situación denunciada, condenando al Estado-Ministerio del Interior por su comportamiento omiso a adoptar las medidas necesarias para asegurar a todos los reclusos del COMCAR el derecho a la redención de la pena por trabajo o estudio.
- 12) La Sede dio traslado de la demanda y convocó a audiencia para el día 6/11/08 a las 14:30 horas. Se desarrolló la misma, se contestó el accionamiento por la demandada.
- 13) Los argumentos esgrimidos por el Ministerio del Interior estableció que con la ley 17.897 se procuró iniciar el comienzo de un cambio en la concepción político-criminal en nuestra República. La ley de Humanización del Sistema Penitenciario promueve el **respeto de los derechos humanos** de las personas reclusas y procura **“que el encierro se transforme en un espacio para el ejercicio de derechos, entre ellos la educación y el trabajo”.**
- 14) Cuando se concede por el Magistrado la redención de pena por trabajo o por estudio a las personas condenadas, esto se realiza de acuerdo a las posibilidades presupuestales y económicas de la Administración. En ese aspecto el Decreto reglamentario 225/06 aplica la norma a las personas procesadas y condenadas, privadas de libertad, buscando asegurar el acceso a derechos fundamentales de la educación y del trabajo. Existe todo un sistema que establece criterios que determinan quienes pueden acceder a dichos regímenes. De lo que se trata es de no forzar a las personas reclusas requiriéndose su libre voluntad para ello.
- 15) Para el trabajo se han inscripto alrededor del 10% de la población carcelaria, y para actividades educativas un 50%. Los recursos son limitados, y es por esto que se asignan plazas con pautas objetivas y transparentes. El Ministerio del Interior a través de la ley de Presupuesto quinquenal promovió la creación de cargos docentes,

construcción de 10 aulas, talleres y en la última Rendición de Cuentas, provisión de fondos de \$U 400.000 anuales para el Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados.

- 16) Se debe coordinar con ANEP (Primaria, Secundaria y UTU) y con el Ministerio de Educación y Cultura para la ejecución y desarrollo de éstos cometidos.
- 17) Niegan la interpretación que se le da al art.13 por los actores y el hecho de que el Estado se encuentra en omisión. En materia laboral los guarismos se duplicaron con respecto al año 2004, y en materia educativa se triplicaron.
- 18) El 6/08/08 el propio Presidente de la República creó una Comisión Interministerial a los efectos de estudiar el sistema penitenciario uruguayo de acuerdo a los estudios desarrollados por ONUDD, y el BID. También se amparó el derecho de reunión y asociación de las personas privadas de libertad, lo que hace posible esta acción.
- 19) En definitiva solicita que se rechace la pretensión de la parte actora. Se reconozca las medidas adoptadas por el Ministerio del Interior que se vienen realizando en forma gradual y progresiva.
- 20) En dicha audiencia se tomó testimonio en la persona del Sr. Director de Cárceles, y se dispuso en definitiva prorrogar la audiencia para el día de la fecha.

### **CONSIDERANDO:**

- I. El sistema carcelario del Uruguay, dependiente de la Dirección Nacional de Cárceles, y de las Jefaturas de Policía Departamentales se encuentra en un estado de hacinamiento que ha ido en aumento año tras año. Los locales son obsoletos; siendo los de mayor envergadura los del COMCAR, Canelones y Libertad.
- II. Los mismos se encuentran totalmente sobrepasados en los niveles mínimos e indispensables, existiendo celdarios no mayores a 4 por 4 metros cuadrados, con más de diez personas reclusas, donde deben turnarse para poder dormir, no teniendo cama y a veces colchón. La provisión de agua es totalmente insuficiente y como lo dice el informe del Comisionado Parlamentario **“los internos deben provisionarse para lavarse los dientes o para beber accionando el dispositivo de la cisterna”**.
- III. En estos recintos no hay garantías elementales para proteger la vida y por lo tanto, solo en el año 2007 han ocurrido 16 fallecimientos en forma violenta. Se han encontrado armas de fuego y distintos cortes de tipo carcelario que se usan como arma blanca.
- IV. La cantidad de personal destinado a controlar las situaciones de los centros de reclusión es exigua y así lo reconoce el Director Nacional de Cárceles.
- V. El aumento de tasas de encarcelados se desarrolla en progresión geométrica estando en la actualidad en un guarismo próximo a las 8.000 personas privadas de libertad en todo el país.
- VI. Los consejos relativos para paliar esta situación habla de la creación de cárceles de máxima seguridad para que no se encuentren en un mismo recinto primarios con reincidentes y autores de delitos de menor cuantía, con otros de mayor gravedad, que se castigan con pena de penitenciaría.
- VII. A partir del advenimiento de la ley 17.897 el Estado ha comenzado a realizar una tarea para ir subsanando esta emergencia humanitaria que padecen las cárceles.
- VIII. Es por todo esto que consideramos de extrema gravedad la situación que se plantea en esta litis y promovimos una solución acordada. Es de destacar la importancia que se suscita cuando se recurre a la vía jurisdiccional para zanjar los reclamos de la población carcelaria evitándose así situaciones penosas vividas en el pasado.
- IX. La parte demandada, representada por el Dr. Ricardo Salgado y el Director Nacional de Cárceles, Insp. Mayor ®, Jorge Szasz Bernal, concurrió a la sede presentando en forma resumida el Plan, que se denominó “Sembrando”. Exponiendo lo siguiente:  
“.....en esta instancia han traído plan de trabajo y estudio denominado Sembrando del año 2009, el que se agrega, que compete al Complejo Carcelario de Santiago Vázquez. Manifiesta que el presente nace de la sistematización de las actividades desarrolladas desde el 2005 por la administración penitenciaria, durante ese lapso se han mencionado diversas planificaciones por cada una de las dependencias de la Dirección Nacional de Cárceles **tendientes al cumplimiento efectivo de la normativa vigente, lo planificado y ejecutado ha tenido distintos impactos en cada unidad penitenciaria y otras dependencias.** Con relación a la unidad de Santiago Vázquez se debe tener en cuenta que es el establecimiento

penitenciario con más población reclusa del país. Se encuentra desde hace años superpoblado, habiendo sido construido para albergar a 1408 personas, se llegó a alojar más de 3200 en el mismo.

Durante los últimos 5 meses se redujo el hacinamiento llegando a noviembre a aproximadamente 2600 personas. Esta situación condiciona y determina cualquier plan de acción que se desarrolle en el mismo, sobre todo tomando en cuenta que implica la reducción de espacio físico en que ejecutar actividades laborales educativas culturales y deportivas. Igualmente en los últimos años se ha avanzado constante y sostenidamente a pesar de todas las dificultades y las cifras estadísticas demuestran el avance en materia educativa en 2004, se atendieron 296 personas. Durante 2005 a 2008 se logró elevar el guarismo a 634, en materia laboral se parte de una cifra en 2004 de 462 plazas, ascendiendo a 649 en el presente. En el correr del 2005 se efectuaron reformas edilicias de importancia fundamental que hoy facilitan la ejecución del presente plan. Por tanto es equivocado afirmar que en la administración penitenciaria no se ha ocupado debidamente de facilitar el goce efectivo de los **derechos a estudiar o trabajar**, y mucho menos coartar con la limitación al ejercicio de la libertad. Quizás pueda considerarse insuficiente el resultado pero jamás afirmar que no hubo esfuerzos y avances en materia laboral y educativa. Hay que tener en cuenta que no hay sistema penitenciario en el mundo en que el 100% de la población reclusa esté trabajando o estudiando.

.... La situación de hacinamiento, las alteraciones al sistema de vida regimental de la unidad, resultan un factor que limita las posibilidades de la administración penitenciaria ya que están en ámbitos que superan el margen de dominio de sus responsables. Por ende las propias personas privadas de libertad, muchas veces se transforman en un impedimento para que puedan acceder a plazas educativas y de trabajo. Por tanto para que el presente plan sea exitoso, se deben dar ciertos supuestos, señalados en el mismo, al que nos remitimos, pero es importante resaltar que se debe contar con la colaboración de los reclusos.

.....estamos convencido de la cuota parte de responsabilidad de las personas privadas de libertad que deben contribuir y aportar a su propio proceso de inclusión social. Están previstos dos elementos que permiten el ejercicio de esa co- responsabilidad, primero, se contempla la presentación de proyectos por reclusos y se establecen plazos breves para el órgano evaluador, con el encargo de apoyar y efectuar el seguimiento de proyectos habilitados. 2º, **se crean espacios institucionales**, en los que los delegados de la mesas representativas puedan participar en actividades de seguimiento y monitoreo del presente plan. El problema que se pretende abordar y solucionar, está expresado como objetivo general del plan al que nos remitimos. Si se termina con éxito y a tiempo la ejecución de lo planificado, se habrá dado respuesta a por lo menos el 70% de las demandas de estudio y trabajo. Expresadas mediante la inscripción en los momentos que se efectúen las respectivas convocatorias a ocupar dichas plazas. Se entiende por demanda a las manifestaciones formales, efectuadas durante las convocatorias a inscripciones para conformar los registros de aspirantes.

..... El plan se efectuó para ser ejecutado durante un año y comenzará a ejecutarse en la 2º semana de enero de 2009 y deberán alcanzarse los objetivos para la segunda semana de noviembre de mismo año. Sin perjuicio de las actividades preparatorias desde noviembre de 2008, remitiéndonos a lo plasmado en el mismo, y del nuevo plan que se comenzará a desarrollar a fines del siguiente año. Durante la ejecución del plan se ofrecerán 1885 plazas laborales y educativas con el beneficio de redención de pena. Aunque el número de personas que puedan usufructuar las mismas puede ser sensiblemente mayor, debido a la gran rotación de personas en cada plaza, que por razones de traslados a otros establecimientos obtención de la libertad, disciplinarias, o simplemente por desinterés y renuncia.

Incorporamos a lo expresado que las salidas transitorias de salida laboral o estudio, o familiares son formas de ir paliando la privación de libertad y reincorporar al sujeto a la sociedad.

Las actividades se ejecutaran durante todo el año y otras en lapsos más breves y se reiteraran varias veces en el año ampliando la cobertura de personas que puedan acceder a ellas, sobre todo en plazas educativas, ejemplo: en cursos de educación no formal, ajedrez, plástica, confección de proyectos, operador PC, entre otros. Los de educación formal primaria secundaria técnico profesional, se ejecutarán de marzo a diciembre, y como novedad se incorporarán para enero y febrero, cursos de nivelación de educación primaria y secundaria, con alcance aproximado a 200 personas :100 en cada nivel para

profundizar lo aprendido en el nivel anterior, y en algunos casos, sobre todo para los analfabetos, prepararlos para el inicio del año lectivo regular. De esta forma se da respuesta a la demanda de tener acceso a actividad educativa en los meses de verano. Para esto se recurrirá a los docentes presupuestados en la DNC. En el plan se detallan los objetivos a lograr, los indicadores a tomar en cuenta para evaluar, se incorpora como anexo un Diagrama para visualizar los meses en el año en que se desarrollan las actividades, y señalar los momentos de evaluación intermedia, necesario para efectuar los ajustes pertinentes para la ejecución de lo planificado. Por último es necesario recalcar que la actividad desarrollada en establecimientos penitenciarios sea monitoreada en forma permanente por el Comisionado Parlamentario ya que así lo dispone la ley vigente y es un control externo muy efectivo, que complementa adecuadamente los controles internos que existen y se intensifican en el presente plan.....”

Cuando se le cede la palabra a los actores, estos manifiestan en lo sustancial, que es positivo el Planteo del nuevo Plan, pero que “En cuanto a las cifras, durante este mes los reclusos han relevado modulo por modulo, y con identificación con nombre y apellido de quienes desempeñan actividades educativas y laborales en COMCAR, 500 PERSONAS desempeñando tareas laborales, aproximadamente 400 en forma remunerada, y mas de 90 en forma voluntaria. En cuanto a la educación 113 actualmente las desempeñan: 58 en Primaria, 31 en Secundaria, 22 en UTU, lo cual da 113. Además hay 23 que desempeñan cursos alternativos. Este caso debe mencionarse aparte dado que son cursos cortos, de dos o tres meses, y por tanto no implican una actividad educativa sostenida, tal como lo requiere el derecho a la educación y a la redención de pena. Estas cifras están a disposición de la Sede, se agregan, pero arrojan una diferencia importante con las cifras mencionadas por el Ministerio en el plan.

En primer lugar porque se habla de que accedieron a una plaza laboral casi 1130 y a educativa 634 personas, lo que hace una suma total de 1770 personas, que pudieron redimir pena llegando al 70% de la unidad.

Entendemos que es un error contar a las personas que accedieron. Lo que se debe garantizar en este juicio son las plazas fijas, ya que en una plaza puede desempeñarse una persona que luego recupera su libertad y la misma es ocupada por otras. No es correcto que el 70% redime pena teniendo los datos tomados por los reclusos en contacto cara a cara con los presos. Lo importante es asegurar un número determinado de plazas, ampliar el número disponible, objeto del proceso.

En cuanto a lo afirmado en la justificación respecto de que los beneficiarios no son los alojados en COMCAR también requeriríamos una aclaración, por cuanto el presente juicio refiere a aumentar las plazas en COMCAR. Sin perjuicio que no nos oponemos a que este plan se aplique a otros establecimiento.

.....En cuanto a que se establezca como requisito el cumplimiento de las condiciones reglamentarias, en los hechos, hay situaciones concretas que se podrían mejorar rápidamente y que son las siguientes: el art.16 del Decreto 225/06 establece como requisito para acceder a una plaza laboral, CEDULA de identidad vigente, sabido es que una gran parte de la población reclusa no la tiene. **Parece un contrasentido que el propio Ministerio del Interior quien expide la cédula de identidad no sea ésta autoridad la que asuma el compromiso de que todos los reclusos la tengan, de modo que este requisito no sea impedimento para el recluso, debiendo tener en cuenta las dificultades que tiene una personas privada de libertad para hacer los trámites para sacar la cédula. El plan debiera comprender sacar la cédula a todos los reclusos de modo que no se transforme en impedimento.**

X. Las partes, luego de un receso, aceptan el plan e incorporan distintas peticiones.

XI. ES fundamental la colaboración en el proceso del Comisionado Parlamentario, Alvaro Garcé, que en su parte medular manifiesta:

“...Nosotros venimos en la misma línea con la sociedad civil solicitando una política criminal integral, que no priorice solo el encierro, donde no sea la única respuesta punitiva, y además entendemos imprescindible que el estado invierta, no para poner mas gente presa, pero para dar condiciones dignas a quienes ya están privados de libertad.

El máximo de reclusos a admitir un establecimiento penitenciario sería los criterios internacionales que sustituyen los grandes complejos por unidades más pequeñas. En la práctica resulta más fácil gestionar establecimientos con 200 o 300 personas, mas



allá se vuelven inmanejables. Más allá de la buena disposición que se pueda tener para su gestión.

Esto, la inversión en locales es algo imprescindible para superar las malas condiciones de reclusión. SE ha verificado a lo largo de 2008 una tendencia fácilmente previsible a finales del año anterior.

La densidad general del sistema ha disminuido, esto ha sido posible porque se han incorporado unas 1000 plazas nuevas, cerca de 750 en Libertad, más las cerca de 240 del Modulo 7 del COMCAR. Preveíamos que por un tiempo el sistema se vería aliviado, porque como ha sido señalado, COMCAR registra hoy un guarismo menor, ha habido una disminución penal, pero el Penal de Libertad ha duplicado su población. Sus plazas Están prácticamente agotadas.

En caso de mantenerse el actual desbalance entre ingresos y egresos, en el año 2009 tendremos un sistema mas sobrecargado especialmente en algunas de sus unidades como COMCAR. Mas allá de lo discutible, estamos previendo un crecimiento entre el 8 y 10% anual, hay sin duda un aumento, hoy seguramente cerca de 8.000 en todo el país. Nuestra proyección fue hecha para llamar la atención. En el primer trimestre del año próximo el sistema podría tener entre 8000 y 8100 privados de libertad.

**La administración penitenciaria se comprometa a hacer un esfuerzo, que este abierto al monitoreo de la actora y organismos externos me parece un punto de inicio interesante.** Respecto a lo que señalaba Camaño, la discrepancia en las cifras se da constantemente. Ha ocurrido en cuanto a las plazas disponibles.

**Me parece interesante lo propuesto por la parte actora, en cuanto a organismos especializados para un censo, no solo de COMCAR sino a nivel nacional.**

El 2008 ha demostrado que cuando la administración penitenciaria, sociedad civil, población penitenciaria y organismos de contralor aúnan esfuerzos se pueden dar jornadas como la de elección de delegados, hoy presentes, de dirimir sus conflictos en la convivencia, se sustituye una forma violenta de dirimir sus conflictos. Si fue posible que se eligieran mesas en todo el país, seguramente va a ser posible que el Estado con la necesaria colaboración pueda determinar sus necesidades. La técnica de relevamiento de los reclusos suele ser efectiva. El resultado de un relevamiento ha sido que se provea lo necesario.

En este caso la técnica de relevamiento de las personas que estudian o trabajan da brecha respecto a las cifras del Ministerio del Interior. Hemos recibido informes en cuanto a quienes estudian del COMCAR, datos de la CAEC, comisión de apoyo en la enseñanza en cárceles, que se sitúa en la mitad de la brecha entre las cifras de la comisión parlamentaria y los reclusos.

...Cifras de otros organismos estatales habla de una cifra intermedia, esto refiere a que hay distintos criterios para la cuantificación, no es sencillo . Por ejemplo ¿sabe cuantos están trabajando? :un recluso que realiza tareas unas horas, puede considerarse como que está trabajando. Está sujeto a distintas lecturas, por eso la necesidad de puntos objetivos y criterios para el monitoreo externo e interno. Creo que la intervención del Instituto Nacional de Estadística es importante, debe pensarse en un esfuerzo en conjunto. Se debe estar de acuerdo en criterio de evaluación, y cifras de arranque. Nosotros estamos disponibles para el control y monitoreo pero necesitamos cifras claras...”

**XII.** Con el mismo espíritu que motivó la creación de la ley 17.897 se ha desarrollado la presente audiencia tendiendo las partes a buscar, dentro del terreno de la realidad, avanzar dentro de soluciones efectivas que respeten los **derechos fundamentales de los reclusos**. Es importante lo aportado por el Comisionado Parlamentario la pertinencia del relevamiento de solicitudes en la enseñanza para poder efectivizar más horas de enseñanza secundaria. Como también de desatacar la importancia de la creación de los peculios para los que se necesitarían por lo menos 2.000: 1.000 para la Dirección Nacional de Cárceles y 1.000 para el resto del país.

**XIII.** De acuerdo a las tratativas realizadas en el día de la fecha ésta Sede se avocará a dictar Sentencia Definitiva.

**Por los fundamentos expuestos, lo establecido en el arts.7 y 26 de la Constitución de la República y normas concordantes; Ley 17.897, Ley 16.011.-**

**FALLO:**

- I) Acogiendo el presente accionamiento y en su mérito el Plan de Trabajo y Estudio, denominado “Sembrando”, presentado por el Ministerio del Interior para el Complejo Carcelario Santiago Vázquez.
- II) El Ministerio del Interior deberá de establecer las modalidades que fueran necesarias a los efectos del aumento de los peculios para poder hacer efectivo los planes laborales. Estos deberán oscilar de acuerdo a las necesidades prácticas, en el guarismo de 1.000 a 2.000.
- III) Recomendar a la Sra. Ministra de dicha cartera, reformular el Decreto 225/06, especialmente en lo atiente a los artículos 16 y 17 para facilitar el acceso al trabajo de los que así lo requieran.
- IV) Recomendar la adecuación del plan propuesto con la regla 77.1 de Naciones Unidas en relación a los analfabetos y reclusos jóvenes.
- V) Ponemos énfasis en lo imperioso de que la población reclusa cuente con el documento Cédula de Identidad encomendándose a la Dirección Nacional de Identificación dicha tarea con carácter de urgente.
- VI) Disponer se realicen por la Dirección Nacional de Cárceles, con plazo de 7 días, el relevamiento pertinente para conocer las necesidades y solicitar a Secundaria las horas para cubrirlas.
- VII) Contemplar en la medida de las posibilidades, con carácter de urgente, las solicitudes laborales realizadas por los reclusos.
- VIII) Recomendar al Ministerio del Interior, la aplicación del Plan propuesto “Sembrando” en todo el país.
- IX) Recomendar en forma urgente la realización de un censo nacional entorno a las características y necesidades de la población reclusa.
- X) Disponer la creación de una comisión presidida por el Comisionado Parlamentario, la que podrá estar integrada por el Director Nacional de Cárceles, el Patronato de Encarcelados y Liberados, representantes de IELSUR y del Ministerio del Interior, a los efectos de efectuar un seguimiento para el cumplimiento en el menor tiempo posible de las pautas y fines que promueven este accionamiento. Deberá constituirse en un plazo no mayor a 60 días.
- XI) Solicitar al Sr. Comisionado Parlamentario informe a la Sede el desarrollo de la aplicación de lo dispuesto, en un plazo razonable.
- XII) Recomendar que en los establecimientos carcelarios exista un representante del Comisionado Parlamentario en forma permanente, a los efectos de mayor contacto con la población reclusa y con la administración de la misma.
- XIII) Sin especial condenación procesal. Honorarios Fictos \$U 15.000 (pesos uruguayos quince mil).
- XIV) Ejecutoriada, cúmplase y archívese.

**DR. PABLO EGUREN CASAL**  
**JUEZ LETRADO**

<p><b>RECLAMACION DE IDENTIDAD SEXUAL</b> - Cambio de sexo - Cambio de nombre  <b>DERECHOS HUMANOS</b> - Enfoques - Conceptualizaciones  <b>DERECHOS DE LA PERSONALIDAD</b> - Derecho a la identidad - Derecho a la integridad existencial – Conceptualizaciones  <b>TRANSEXUALISMO</b> - Cambio de roles  <b>TRANSEXUAL</b> - Homosexual - Diferencias  <b>PARTIDA DE NACIMIENTO</b> - Rectificación - Requisitos  <b>ESTADO CIVIL</b> - Sexo - Derechos - Obligaciones  <b>NOMBRE</b> - Cambio - Procedencia - Requisitos  <b>INTEGRACION</b> - Ordenamiento jurídico - Inexistencia - Vacío legal  <b>NORMA</b> - Finalidad - Protección - Individuo  <b>SCJ Uruguay Montevideo 1997 rol.139/97.</b></p>
---

**SÍNTESIS JURÍDICA:** La pretensora funda el derecho a tener una identidad única tanto en el plano físico como psíquico. De conformidad a lo preceptuado por la Constitución de la República y la normativa internacional entre los derechos esenciales figuran los derechos de la personalidad, de la preservación de la integridad existencial del hombre a través de la cual

cada ser humano se reconoce a sí mismo y esta es precisamente la situación del caso de autos tratándose una hipótesis de lo que técnicamente se conoce como "transexualismo". Inscrito como de sexo "masculino" se rectifica la partida de nacimiento para adecuarla a su verdadero sexo, ya que, aun partiendo de un criterio de restricción basado en los conceptos de orden público, ello no puede determinar el que se desconozcan derechos esenciales de las personas.

**SÍNTESIS DE LOS HECHOS:** Luego del diagnóstico respectivo con intervención de especialistas en distintas aéreas, se realizó el tratamiento quirúrgico médico, denominado "cambio de sexo". La actora, inscrita como de sexo "masculino" pretende que en su respectiva partida de nacimiento se consigne su verdadero sexo y cambiar su nombre. Se trata de determinar si el sexo involucra el estado civil de las personas o solamente el mismo está referido a la posición de la persona en la familia; sobre la intangibilidad de las partidas o si los asientos de los registros deben concordar con la realidad; y sobre todo si existe un vacío legal en la materia o si no hay situación alguna que no pueda ser resuelta jurídicamente de acuerdo a principios de derecho.  
Sent. No. 139/97

## REDACTOR

Dr. Jorge Angel Marabotto Lugaro

## FIRMANTES

Dr. Milton Hugo Cairoli Martínez, Presidente de la Suprema Corte de Justicia; Dr. Luis Alberto Torello Giordano, Ministro de la Suprema Corte de Justicia; Dr. Raúl José Alonso De Marco, Ministro de la Suprema Corte de Justicia; Dr. Juan Mario Mariño Chiarlone, Ministro de la Suprema Corte de Justicia; Dr. Jorge Angel Marabotto Lugaro, Ministro de la Suprema Corte de Justicia; Dr. Ricardo César Pérez Manrique, Secretario Letrado de la Suprema Corte de Justicia

Montevideo, cinco de mayo de mil novecientos noventa y siete.

### VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "S.U.M.A - Acción de reclamación de identidad sexual - CASACION", (Ficha 561/95); venidos a conocimiento de esta Corporación, por mérito al recurso de casación, interpuesto por la parte actora contra la sentencia No. 44/95, dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1o. Turno.

### RESULTANDO:

1o.) Que por la referida sentencia, se confirmó la apelada y desestimó, asimismo, la adhesión a la apelación, interpuesta. Sin especial condenación procesal (fs. 159 y ss.).

A su vez, el pronunciamiento de primer grado, emanado del Juzgado Letrado de Familia de 13o. Turno, desestimó la demanda y declaró que M.A.S.U. y A.S.U. son una misma y única persona y que psicológicamente y en anatomía artificial a partir del 10 de abril de 1991, aparenta ser de sexo femenino (fs. 116 y ss.).

2o.) Que se agravió la parte actora, interponiendo el recurso de casación, oportunidad en la que expresó:

- En el presente caso, el derecho subjetivo cuestionado, es el derecho a tener su propia identidad, es decir el derecho que tiene a detentar una identidad personal objetivamente inequívoca tanto a nivel personal como en el ámbito de coexistencialidad social en que se desenvuelve.

Este derecho es un derecho inherente a la propia calidad de persona humana, y por ende, irrenunciable, imprescriptible e inalienable. Y está reconocido expresamente y tutelado por normas positivas en el ordenamiento patrio, como en el Pacto de San José de Costa Rica, recepcionado por la Ley No. 15.737 y los arts. 72 y 332 de la Constitución.

- Esta solución es la que impetra, al solicitar que se haga lugar a la rectificación del acta de nacimiento originaria en lo relativo a su "nombre" y al "sexo", a partir de la fecha de la intervención quirúrgica de adecuación de su apariencia sexual morfológica originaria al sexo sico-emocional-social.

En el caso, resulta necesario recurrir a la aplicación del mecanismo de "rectificación por enmienda" prescripto en el art. 73 nal. 2 del Decreto-Ley No. 1.430.

- El derecho no puede permanecer ajeno y de espaldas a una realidad ya consumada que exige impostergable solución legal específica, a fin de no dejar librado el tema a la apreciación subjetiva de los magistrados, generándose soluciones y tratamientos sumamente dispares. Empero, hasta tanto el legislador no regule específicamente sobre esta situación, el ordenamiento jurídico positivo prevé claramente recurrir al mecanismo de integración del derecho, en la forma impetrada.

Y ello no colide en absoluto con el orden público.

- Pidió se hiciera lugar al recurso, oficiándose (fs. 164 y ss.).

3o.) Que la Defensora de Oficio, Dra. Lucila Rozada de Alexander, por los motivos que expuso, solicitó se acogiera el recurso interpuesto (f. 171).

4o.) Que concedido el recurso (f. 172 vto.), se elevaron los autos a esta Corporación, en la que, oportunamente, se oyó al Sr. Fiscal de Corte, quien en fundado dictamen, aconsejó hacer lugar a la casación que se impetra (fs.182 y ss.).

5o.) Que se acordó sentencia en forma legal (f. 189).

#### CONSIDERANDO:

l) Que se hará lugar al recurso interpuesto.

En la medida en que, efectivamente y conforme con la opinión de la Corporación, se detecta en autos "... la existencia de una infracción o errónea aplicación de la norma de derecho..." (Código General del Proceso, art. 270, inc. 1). Circunstancia que permite la corrección de la solución dada en las instancias de mérito - ambas coincidentes - en cuanto a negar la rectificación que se solicitara, lo que se ha fundado en el derecho de la pretensora a tener una identidad única tanto en el plano físico como psíquico.

Esa negativa, en su concepto, viola derechos esenciales de la persona humana, no sólo consagrados en la Constitución de la República, sino también, en las Convenciones o Pactos que sobre la materia ha celebrado la República. Según lo afirma enfáticamente, tiene el derecho a poseer "... una identidad personal objetivamente inequívoca tanto a nivel personal como en el ámbito de coexistencialidad social en que se desenvuelve" (f. 164).

Y en ello, tiene razón.

Como debe considerarse el ordenamiento en su conjunto como un orden plenamente hermético, lo que significa que "... no hay situación alguna que no pueda ser resuelta jurídicamente, esto es, de acuerdo con principios de derecho" (Eduardo García Maynez, Introducción al Derecho, pág. 359), naturalmente que no es exacta la posición de quienes sostienen existe en el caso, un vacío legal. El derecho es un plexo normativo legal y, por ende, ningún derecho de la persona puede ser obstaculizado en su ejercicio a pretexto de falta normativa expresa.

Muy al contrario, ni la enumeración de "... derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución...", es limitativa, en tanto dicha lista o inventario, "... no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana..." (art. 72), ni "... la falta de reglamentación respectiva...", permitirá se les deje de aplicar, habida cuenta de que ello puede suplirse, "... recurriendo a los fundamentos de Leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas" (art. 332). A lo que debe sumarse, lógicamente, la normativa internacional a la que ha adherido el país y según la cual, por ejemplo, ninguna disposición de la Convención Americana de Derechos Humanos, puede ser interpretada, para "... excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano..." (art. 29; además, Ley No. 15.737, art. 15).

Ello por cuanto, desde luego, la Carta Fundamental, no hizo sino consagrar - en su momento -, la filosofía jusnaturalista, de acuerdo con la cual se admite la existencia de derechos del hombre que son anteriores y superiores al Estado del que forma parte. Hoy, otras corrientes podrán cuestionar este enfoque tradicional de los derechos humanos como atributos inherentes a la persona y se les podrá justificar, como el mero resultado de un proceso histórico (Vé. Pedro Niken, Sobre el concepto de derechos humanos, en Revista

Tachirensis de Derecho, Universidad Católica de Táchira, No. 3, págs. 5 y ss.), pero es indudable que, por encima de esa controversia, lo cierto es que, como se ha dicho, "... sólo si se acepta un punto de partida iusnaturalista será posible la tarea de fundar los derechos humanos..." (Carlos I. Massini Correas, Los derechos humanos, pág. 220). Y, conforme se ha enseñado de igual manera, "Es necesario hacer notar que, desde el explícito reconocimiento, en el siglo XVIII, de los derechos fundamentales, en su sentido

actual, formulado en las primeras Declaraciones, hasta los documentos, convenciones y pactos internacionales del siglo XX, siempre se ha afirmado categóricamente el carácter natural e inherente a la persona humana de estas prerrogativas, como se comprueba con la lectura de los textos" (Jorge Iván Hubner Gallo, Los derechos humanos, pág. 70).

Fundamento que, desde luego, reconoce la propia Convención Americana de Derechos Humanos, en cuyo Preámbulo, se reafirma el "... propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre", los que son "reconocidos", en cuanto a su fundamento como "... atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional...". Derechos que derivan, de acuerdo con lo consignado en otro documento de sumo valor internacional, "... en la dignidad y el valor de la persona humana..." (Preámbulo de la Declaración Internacional de Derechos Humanos).

Ahora bien.

Entre esos derechos esenciales o humanos, propios de la dignidad de toda persona, figuran los derechos de la personalidad, entre los cuales es posible distinguir nítidamente el de su propia identidad. Al que alude expresamente la Convención sobre Derechos del Niño, porque, sin duda, es a su respecto contra quien se pueden cometer más fácilmente violaciones que la desconozcan; motivo por el cual, es obvio, la referida normativa internacional se preocupa de consagrar el compromiso de los Estados Partes, a fin de que se respete "... el derecho del niño a preservar su identidad..." (art. 8; además, así lo consagra expresamente el art. 10 del Anteproyecto de Código de la Niñez y Adolescencia, preparado por una Comisión Especial, que integrara el redactor).

Lo que es natural que sea así. Es un derecho de toda persona humana, cualquiera sea su edad y las motivaciones por las que se pueda atacar ese derecho inalienable, inexpropiable e irrenunciable a su propia identidad. Podría decirse incluso, hasta con más precisión y si se quiere desde un plano de mayor amplitud, derecho a su integridad existencial. En la medida en que, desde luego, "... el ser humano no trasciende sólo en cuanto ente físico, sino que trasciende como ser existencial. Puede hablarse entonces, de la preservación de la integridad existencial del hombre, a través de la cual cada ser humano se reconoce a sí mismo." (Eduardo Zannoni, El daño en la responsabilidad civil, cit. por Gustavo Ordoqui, Estatuto de los derechos de la personalidad, pág. 21).

Una persona, debe ser una sola, desde el plano físico y desde el plano psíquico. Debe estar "integrada" y no diríase desgajada en dos: una, que tiene el sexo masculino, porque sus órganos genitales, en principio, responden a la definición de tal y otra, en cambio, que se siente mujer y que piensa como si lo fuera. Porque ello supone una disociación inadmisibles y que rompe esa "integridad existencial" a la que tiene derecho toda persona humana, en tanto su propia dignidad lo requiere, para reconocerse a sí misma.

Esta es, precisamente, la situación del caso de autos. Por cuanto, la parte actora, "Desde temprana edad (aproximadamente 17 años)... manifestó una imperiosa afinidad psicológica y emocional con el sexo femenino" (f. 5).

Se trata por lo tanto, de una hipótesis de lo que técnicamente se conoce como "transexualismo" o "síndrome de disforia genérica o sexual" o "eonismo", esto es, el "...síndrome que padecen los pacientes que creen permanente e irreversiblemente que pertenecen al sexo opuesto y que desean en forma vehemente cambiar a dicho sexo, por cualquier medio, aún el quirúrgico" (Felipe Coiffman, Cambio quirúrgico de sexo en el transexuado, en Dragunski, L. (Ed.), Memorias del 1o. Congreso Colombiano de Sexología, Bogotá, mayo 1982, pág. 191). Por eso, otro distinguido técnico, alude a que "En la transexualidad el problema es exclusivamente psíquico" (Andrés Flores Colombino, "¿Qué sabemos sobre la transexualidad?", en Rev. Exclusiva, pág. 24).

Como se puede apreciar, hay en el pensamiento y en el sentimiento de estas personas, un cambio de roles. De ahí, y con referencia al transexualismo masculino, se puede ver que el individuo, prefiere el "rol femenino", "... con el convencimiento absoluto de pertenecer a ese sexo a pesar del hecho obvio y doloroso de tener genitales masculinos. Le molesta el desarrollo de las características sexuales primarias y secundarias, las que se convierten en algo tan repugnante que es posible que recurra al suicidio o a la mutilación" (Fernando del Corral, en Dragunski, op. cit., pág. 187). Por eso,

así como se afirma que "una mujer no es un hombre sin genitales" – expresión del Dr. Oscar A. López (f. 84 vto.), que recoge la sentencia impugnada (f. 161) - del mismo modo, se puede sostener que "no es hombre, quien se siente mujer", porque "todo" su sexo así lo indica.

En ese sentido se ha podido decir que es "... una mujer metida dentro del cuerpo de un hombre". En tanto el transexual, "... es el individuo que desde la tierna infancia siente anímicamente e incluso físicamente como un individuo del sexo opuesto. Es sabido, a través de la psicología, que antes de la edad de los 3 años la identidad genérica del individuo se produce en forma terminante y permanente" (Roberto Granato, Acerca del transexualismo, en Anales IV Congreso Latinoamericano de Sexología y educación sexual, Buenos Aires, 13 - 17 de junio, 1988, t. 2, pág. 177). Con quien coincide otro técnico de la materia, para quien, precisamente, el transexual, "Desde la pubertad o adolescencia su atracción sexual se dirige hacia individuos de su misma anatomía sexual pero su sensación de no pertenecer a ese sexo no lo hace percibirse como homosexual sino como heterosexual. Este hecho es uno de los factores que diferencian al transexual del homosexual; es decir, el problema está en el sexo y no en la función sexual" (Fernando Bianco, "¿Qué es un transexual?" en Kusnetzoff, J. C., Sexuario, Javier Vergara Editor, Buenos Aires, 1992, pág. 280).

Situación que exige o para la que se recomienda, en la mayor parte de los casos, según se indica por los especialistas, la cirugía llamada "cambio de sexo". La que se "... considera como altamente deseable para el ajuste psicológico del individuo, ya que se ha demostrado que otros tipos de terapia (psicoterapia, psicoanálisis, descondicionamiento por aversión, farádica, hipnosis, quimioterapia, etc.) no han demostrado efectividad (Fernando del Corral, op. cit., pág. 187).

Que es, justamente, lo que se efectivizara en el caso de la parte actora. A quien, luego del diagnóstico respectivo, con la intervención de especialistas de distintas áreas, actuando en un equipo multidisciplinario, se le realizó el tratamiento quirúrgico requerido (fs. 41 - 88, en especial, fs. 75 y 85). Con lo que se "identificaron" ambos sectores de su misma personalidad: el físico y el psíquico, para "integrarse" en una unidad.

Ahora bien.

Cumplida esa operación, la parte actora pretende que su respectiva partida de nacimiento (f. 2), consigne su verdadero sexo. Ya no es "masculino" y a quien"... se le... (puso)... el nombre de M.A...", porque ahora es, y así debe estar escriturado, del sexo "femenino" y su nombre es "A."

Desde luego, cuando nació y se denunció dicho hecho, conforme lo dispone la normativa vigente, debió especificarse para que así constara en el asiento respectivo, "el sexo del recién nacido" (Decreto-Ley No. 1.430, arts. 24 - después de reformado por la Ley de junio 1 de 1880 - y 39). En función de que el mismo - el sexo - a esa altura de la vida de la persona - en el momento de la inscripción- se determina por aspectos morfológicos externos (Cf. Manuel Mercant, El cambio de sexo y el estado civil de las personas, en Rev. Uruguay de Derecho de Familia, t. 1, pág. 33).

Pero, es claro, su exacta determinación es un diagnóstico complejo y, a veces, difícil de resolver. El mismo, no puede hacerse por la comprobación aislada de sólo alguno de sus caracteres. Ni aún el hallazgo de la gónada es un signo seguro, pues en caso contrario no se podría atribuir sexo a la Disgenesia gonadal tipo Turner ni al hermafroditismo verdadero; o bien se atribuiría sexo masculino al portador de un síndrome de testículos feminizantes cuyo desarrollo se hará en un todo en sentido femenino", agregando los distinguidos autores nacionales: "Considerando que existen por lo menos siete diversos aspectos del sexo (cromosómico y cromatínico; gonadal; genital; de nacimiento o legal; de crianza y diferenciación sicosexual; hormonal); y que en un individuo sexualmente bien definido dichos aspectos son todos concordantes, se establecerá un balance sexual el que consiste en considerar todos los elementos que intervienen en el determinismo del sexo y la sexualidad, con espíritu crítico, para llegar a una clara valoración. Con esta concepción diagnóstica, se emplearán los métodos más o menos del clínico, adecuándolos claro está, a la edad del malformado (recién nacido; primera o segunda infancia; prepúber; púber; adolescencia; adultez)" (Augusto Soiza Larrosa - Héctor Puppo Tuoriz, "Aspectos medicolegales del sexo ambiguo, en Medicina legal latino americana", pág. 75; Cf. sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Rivera de 4o. Turno, en LJU, c-12.356 y Vé. Además, Nerio Rojas, Medicina Legal, pág. 169).

En el caso de la parte actora, inscripto como del sexo "masculino", en mérito al aspecto de sus genitales externos - más allá de algún detalle ambiguo, como el aludido por su madre (fs. 33 vto. - 34) -, que ingresa en el concepto de una "malformación", luego de la intervención a la que se sometió, para que "... entre lo anatómico, lo genético, lo fisiológico, lo psíquico, exista la necesaria unidad de características que, en su armónica globalidad, permit(a)n una clara definición o polaridad sexual" (Marco A. González Berendique, Justificación jurídica del cambio de sexo, en Soc. Ch. Sexol. Antropol. "Cambio de sexo", Ed. Almendros, Buenos Aires, 1968, pág. 90), la aludida constancia, debe cambiar. Única forma de lograr esa "globalización" o "integridad existencial" a que se aludió.

Podrá discutirse si en ello, está involucrado el estado civil de las personas. En tanto sería posible cuestionar si el sexo lo integra o, tan solamente el mismo está referido a la posición de la persona en la familia.

Tesis que han defendido distinguidos autores. Así, quien fuera Catedrático de la materia, enseñó que "... la conclusión inequívoca (es la de que) en nuestro derecho la expresión estado civil se refiere únicamente al estado de la familia" (Hugo E. Gatti, El estado civil de las personas, en Estudios sobre Derecho de Familia, pág. 25; además, en R.D.J.A., t. 54, pág. 134). Posición a la que luego, adhiriera quien fuera además un ilustre magistrado como el Dr. Héctor Luis Odriozola, el que, al referirse al concepto de estado civil, señala que "las condiciones físico-individuales de la persona (edad, sexo, salud mental) no integran... el estado civil, por cuanto son circunstancias modificativas de la capacidad y pertenecen a su campo" (Nombre - domicilio - estado civil, pág. 56).

Pero, sin duda, por encima de tal debate - el que no tiene una solución pacífica, pues hay quienes creen que el sexo integra el estado civil - lo cierto es la importancia que el mismo tiene en otros campos que le son muy afines. En la medida en que es evidente que determina una serie de derechos y obligaciones, como podría ser, y ha sido argumento fundamental para la posición adversa del órgano de la segunda instancia de mérito - el del eventual ejercicio de su derecho a contraer matrimonio (f. 161 vto.). Esto es, si no lo integra, forma parte de su entorno, tiene una íntima vinculación con la posición de la persona en su familia y, por lo tanto, está rodeado o debe estarlo, de sus propias tonalidades, más exactamente, el orden público.

De ahí, precisamente y con relación a la rectificación de las partidas, se haya expresado con total acierto, comentándose los caracteres de verdad e intangibilidad de las mismas: "El ex-profesor Héctor Luis Odriozola, con precisión envidiable, ha señalado que una vez cerrada un acta, dos consideraciones, ambas muy atendibles, suelen contraponerse: por un lado, el criterio de que los asientos del Registro deben concordar con la realidad, expresar la verdad; por el otro, el principio de la intangibilidad de las partidas, en razón del cual éstas no deben quedar libradas a cualquier modificación; y agrega, que la conciliación de ambas solicitudes se realiza mediante la regla, sentada en el artículo 78 del Decreto-Ley No. 1.430, y según la cual las alteraciones, rectificaciones o adiciones sólo pueden ser hechas en el Registro en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada" (Saúl D. Cestau, Personas, vol. 1, pág. 94).

Y que, con relación al nombre, señale el carácter inmutable que de principio tiene el mismo, en atención al interés que existe en que las personas lo conserven durante toda su vida. Estudiando concretamente las posiciones que se han sustentado con respecto al tema, tanto en doctrina como en jurisprudencia.

Claramente, explicó:

"Nosotros carecemos de reglamentación sobre el punto, y es por ello que en nuestro medio se controvierte, insistentemente, si procede o no el cambio directo de nombre, y entre los que admiten su procedencia se duda en cuanto a cuándo procede y cómo puede alcanzárselo.

Concretando, puede decirse que entre nosotros se sostienen dos criterios radicalmente opuestos:

I) en atención a que el nombre cumple una labor social y de policía es inmutable y no es procedente su cambio, cualquiera sean los motivos invocados (tesis hoy en bancarrota);

II) en razón de que el nombre no es inmutable - y sí sólo estable - procede admitir su cambio (del nombre de pila, o del apellido, o de ambos), a pedido del interesado, cuando invoca y prueba motivos graves y serios (son inconducentes los motivos triviales, caprichosos o de simple coquetería) que evidencian que el nombre que lleva le perjudica moral o materialmente (caso de nombres chocantes, grotescos,

ridículos, infamantes). Insistimos, para que prospere la gestión de cambio de nombre deben mediar razones poderosas, ya de orden privado, ya de interés general." (Saúl D. Cestau, op. cit., pág. 60).

Razón que permite, aún cuando se parta de un criterio de restricción, basado en los conceptos de orden público o, al menos de intangibilidad de los registros, ello no puede tampoco determinar el que se desconozcan derechos esenciales de toda persona. Las normas en el derecho patrio no tienen otra finalidad que la protección del individuo en todos sus aspectos, procurando, mediante su adecuada inserción social, el pleno y normal desenvolvimiento de su personalidad. De ese concepto no evade la normativa relativa al estado civil - ni siquiera todo lo relativo al Registro del Estado Civil, dado que su "anotación fidedigna produce consecuencias de derecho, importa fundamentalmente al buen orden jurídico" (Héctor Luis Odriozola, op. cit. pág. 66) - por lo que, aun reconociendo esa jerarquía, porque garantiza la autenticidad de los hechos y aporta seguridad al campo de las relaciones jurídicas, debe adaptarse o responder -en tanto no se lesionen derechos o intereses de otros integrantes de la sociedad -a la individualidad psicosomática de la persona que se halla protegida constitucionalmente y es titular de derechos esenciales que derivan de su propia dignidad como ser humano.

Por lo tanto.

No se duda de que si se toma como base la premisa esencial del derecho a la personalidad y concretamente del derecho a su identidad o "integridad existencial", habiéndose intervenido quirúrgicamente, porque mediaron razones científicas para hacer esa operación, procede la rectificación solicitada y en ambos aspectos. Se trata de una "enmienda" sobre una "circunstancia accidental" (Decreto-Ley No. 1.430, art. 72, nal. 2).

Corresponde, entonces, analizar si debe corregirse la partida de nacimiento de la parte actora, para adecuarla a su verdadero sexo, el que inicialmente sólo pudo ser determinado en función de un único elemento: el aspecto genital o gonofórico externo. Y como ciertamente el sexo - según se ha dicho ya -no se agota en lo morfológico- aunque lo incluye - pues tiene además un componente psicológico y social que no se puede desconocer a riesgo de violentar ese derecho esencial a su identidad o integridad existencial, debe aceptarse esa enmienda para culminar el proceso de unificación de la persona o de su armónica globalización.

De otra manera, desconociéndose sus especiales circunstancias- ignorando, por otra parte que la solución jurisdiccional debe ser la "justicia del caso concreto" -, se le crearía a la parte actora, un perjuicio de una severa gravedad. El derecho, no puede desconocer los hechos ni el juez puede ser - en palabras del ilustre Profesor argentino Augusto M. Morello -, "un fugitivo de la realidad", por lo que, corresponde acceder a lo pretendido, como forma de culminar el proceso que la ciencia admitió como válido, para solucionar el problema que el propio derecho - con sus limitaciones - originó, al exigir en un momento prematuro, determinar el sexo de una persona, cuando ello debiera ser - en verdad - constatado muy posteriormente.

Indudablemente, tanto desde el punto de vista científico, como humanitario, debe considerarse la realidad integral bio-psico-social del ser humano, y no solamente aspectos parciales (cromosómicos o gonadales). El ser humano, es "uno" e individual y no "dos" que tienen en el plano del sexo y la sexualidad, direcciones contradictorias.

En el caso, finalmente, no existen interesados a quienes afecte el cambio pretendido. No hay personas a quienes pueda perjudicar la rectificación de la partida de f. 2, en tanto, en cambio, de no procederse como se pide, habría sí, un único y exclusivo perjudicado: quien ha promovido estos obrados.

Distinto sería, por ejemplo, si el pretensor fuera una persona casada o con hijos de filiación legítima o natural reconocidos o dados por reconocidos. En este último caso, habría interesados a quienes ese cambio pudiera afectar (arg. de los arts. 402 y 404.2 del Código General del Proceso); pero el de autos, no es ese caso.

Concluyendo.

Normas jurídicas superiores - de naturaleza nacional y aún internacional, a las que se ha afiliado el país -, imponen la solución pretendida. Y como su corolario, naturalmente, se anulará la sentencia adversa impugnada, haciéndose lugar a la demanda, conforme - por lo demás - con la tesis sustentada por la Defensa de Oficio.

II) Que las costas, se deberán abonar por la parte actora.

Si bien, en principio, correspondería su pago en el orden causado, la intervención de la referida Defensa, en beneficio de la propia parte actora, determina la



solución anunciada. De acuerdo con criterio que firmemente ha sostenido la jurisprudencia.

Por estos fundamentos y lo dictaminado por el Sr. Fiscal de Corte, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

Haciendo lugar al recurso de casación y, en su mérito, se anula la sentencia impugnada, admitiéndose la demanda y, por lo tanto, se ordena la rectificación de la partida de f. 2, en la forma petitionada.

Las costas, de cargo del actor.

Publíquese.

Y, oportunamente, devuélvase los autos.