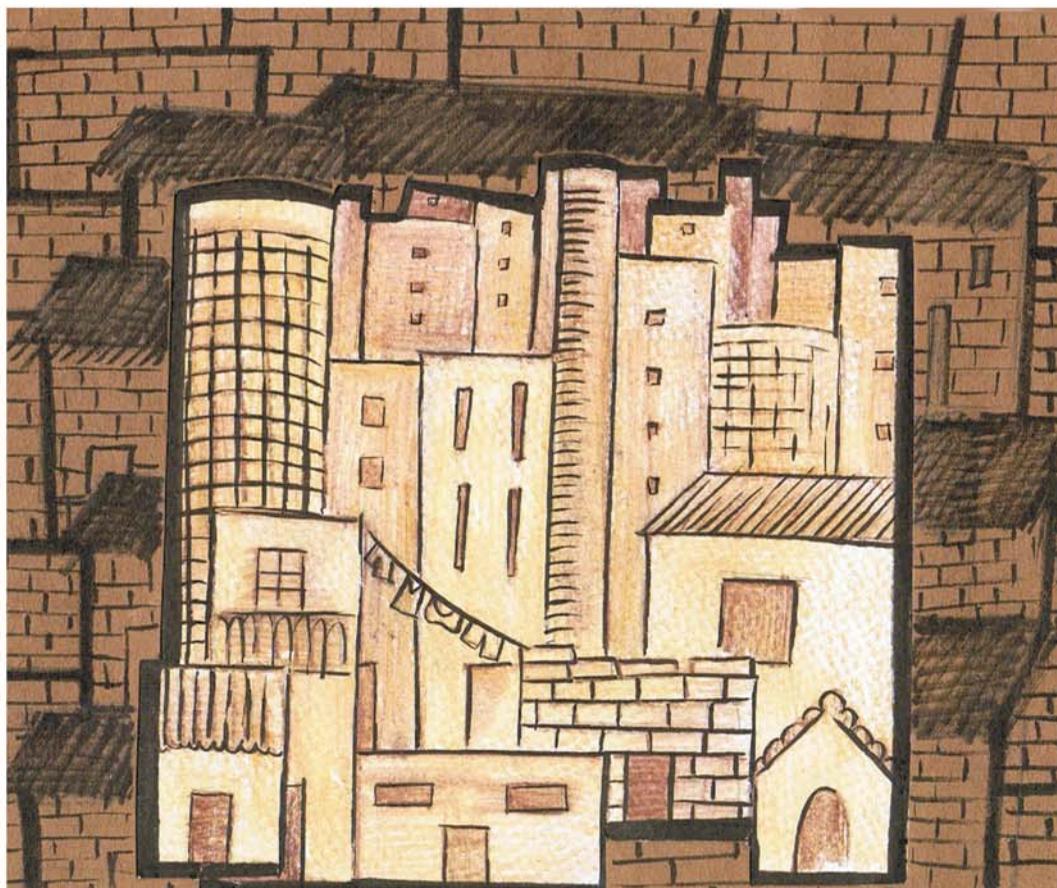


Año 1
NÚMERO 2
DICIEMBRE
DE 2011

Buenos Aires
Argentina

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



Bloque, Jimena E. Rearte

Escriben

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni.
Dra. Graciela Elena Christe.
Dr. Roberto Andrés Gallardo.
Dra. Gabriela Marquiegui Mc Loughlin.
Dr. Mauricio Duce.
Dr. Arístides Corti.
Dr. Federico Stolte.
Dr. Guillermo García Fabués.
Lic. María Laura Barral y Dr. Diego Fidel Doat.
Equipo de Mediación.

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

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

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

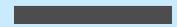
ISSN 1853-5828



El lustrador, noviembre 2011

Año 1
NÚMERO 2
DICIEMBRE
DE 2011

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



DIRECTOR

MARIO KESTELBOIM

COMITÉ EDITORIAL

DR. VÍCTOR ABRAMOVICH

DRA. BETTINA CASTORINO

DRA. GRACIELA CHRISTE

DR. ARÍSTIDES CORTI

DR. PEDRO GALÍN

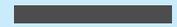
DR. ROBERTO GUINNEY

DR. MARIO LANDABURU

DRA. ALICIA OLIVEIRA

DR. ALEJANDRO SLOKAR

DR. RICARDO SMOLIANSKI



ÍNDICE

7 EDITORIAL

ARTÍCULOS

- 11** **Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni.** “Apostillas sobre el derecho contravencional de la Ciudad de Buenos Aires.”
- 17** **Dr. Graciela Elena Christe.** “Derecho a la vivienda digna y Defensa Pública.” *La morfología de nuevas formas de hábitat y los derechos retaceados.*
- 37** **Dr. Roberto Andrés Gallardo.** “El Juez frente a la sociedad dual.”
- 51** **Dra. Gabriela Marquiegui Mc Loughlin, Dra. María Romina Surace y Dr. Octavio Paganelli.** “Reflexiones en torno al trabajo del Profesor Mauricio Duce.” *Un posible abordaje crítico de las evidencias presentadas por la acusación en los casos de violencia doméstica.*
- 57** **Dr. Mauricio Duce.** “Admisibilidad de la prueba en juicios orales: un modelo para armar en la Jurisprudencia Nacional.”
- 93** **Dr. Arístides Corti.** “Acerca de la inválida y fallida pretensión del Poder Ejecutivo de la Ciudad de modificar el Código Contravencional.”
- 103** **Dr. Federico Stolte.** “Reportaje a Pedro Palomar.”
- 113** **Dr. Guillermo García Fabués.** “La paridad de armas en el Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.” *Una mirada desde la Defensa.*
- 125** **Lic. María Laura Barral y Dr. Diego Fidel Doat.** “Cuenca Matanza - Riachuelo.” *Análisis de los inconsistentes planes de relocalización presentados por el GCBA.*
- 145** **Equipo de Mediación.** “Nuevas experiencias para la Defensa Pública Oficial. Mediación.”

ANEXO DOCUMENTAL

- 159** Recurso Extraordinario Federal interpuesto por la Defensoría General ante el TSJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- 189** Queja por Recurso Extraordinario Federal Denegado interpuesta por la Defensoría General ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- 199** **AGENDA**

EDITORIAL

Mario Kestelboim

Defensor General de la CABA

Concluye un intenso año 2011 para la actividad del Ministerio Público de la Defensa, ocasión propicia para presentar el segundo número de la *Revista Institucional de la Defensa Pública*, integrado por un conjunto de artículos que esperamos sea de interés y utilidad para nuestros lectores.

Invitábamos a participar, en la presentación del primer número de este emprendimiento, a todas aquellas y aquellos autores que *“dentro del más amplio pluralismo de perspectivas teóricas y prácticas, que puedan resultar útiles para reflejar la labor, los debates y problemáticas de la tarea defensorista en la Ciudad de Buenos Aires”*, quisieran sumarse a la propuesta. Felizmente, la invitación ha sido bien recibida, plasmándose en el segundo número que hoy tenemos el agrado de presentar.

En esta ocasión, entre otros, contamos con un artículo del Dr. Eugenio Zaffaroni, ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien presenta atrayentes y documentadas reflexiones sobre el devenir de la justicia contravencional en nuestra Ciudad. Además, los dos fueros que componen nuestra actividad institucional están representados por trabajos de sus Defensores Generales Adjuntos, la Dra. Graciela Christie y el Dr. Roberto Gallardo, quienes reflexionan sobre diversos aspectos de la actividad del Defensor Público.

Por otro lado, es oportuno presentar trabajos en los que intervienen magistrados de la Defensa. La Dra. Gabriela Marquiegui y su equipo introducen el artículo del prestigioso jurista chileno Mauricio Duce, titulado

“Admisibilidad de la prueba en juicios orales: Un modelo para armar en la Jurisprudencia Nacional”, mientras que el Dr. Federico Stolte nos relata una notable historia de vida, que ilustra el compromiso del defensor oficial, a través de su entrevista a Pedro Palomar.

Finalmente, subrayando la calidad e interés del resto de los trabajos que componen el presente volumen, se destacan dos de los temas que han jalonado la agenda del Ministerio Público de la Defensa en el semestre que termina: el artículo de María Laura Barral y Diego Fidel, *“Cuenca Matanza - Riachuelo”*, analiza las insuficiencias de las soluciones habitacionales previstas para las personas a relocalizar en cumplimiento de la sentencia en la causa Mendoza, preocupación constante de la Defensoría General a lo largo del año que termina. Por otro lado, en el anexo documental, al final de este volumen, se presentan los textos completos del Recurso Extraordinario Federal ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad y del Recurso de Queja interpuesto ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa de Sonia Quisberth Castro, que motivaran la audiencia pública del pasado 15 de septiembre y que han abierto la esperanza de un pronunciamiento significativo para el derecho a la vivienda en nuestra Ciudad por parte del máximo tribunal de la Nación.

Artículos



El organillero, noviembre 2011

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni

——— Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Profesor Emérito de la UBA. Doctor en Ciencias ———
Jurídicas y Sociales. Doctor *Honoris Causas* en una decena de Universidades de América Latina y Europa.
Autor de más de una veintena de libros sobre el Derecho Penal y el Sistema Penal.

Apostillas sobre el derecho contravencional de la Ciudad de Buenos Aires*

Después de casi un siglo de discusiones, hace tiempo que se ha llegado a la feliz conclusión de que los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales se hallan globalizados, o sea, que ninguno de ambos órdenes puede existir y ser garantizado sin el otro. Sin espacios de reclamo e incluso de adecuada protesta, no existe posibilidad de avance de los estándares de realización de los derechos sociales, que como es sabido, son de realización progresiva, lo que no implica que no sean verdaderos derechos y, por ende, susceptibles de reclamo judicial en esa medida.

Uno de los aspectos sustanciales es, pues, el espacio de reclamo que existe en la Ciudad. En este sentido, el derecho contravencional es uno de los aspectos centrales a considerar, puesto que se trata del tradicional instrumento de represión y reducción de ese espacio.

Debemos tener en cuenta que la Ciudad tiene una corta vida como ente autónomo, o sea, que su población tiene poco más de quince años de experiencia federal, pues hasta entonces y desde 1880 se hallaba en situación de intervención federal permanente. A eso se agregaba una situación de absoluta limitación e inseguridad jurídica en cuanto a la libertad personal de sus habitantes, sometidos a una constante arbitrariedad policial.

Por cierto que la Ciudad no alcanzó su condición de ente político autónomo en razón de reclamos de su población, sino en función de la coyuntura política que llevó a la reforma constitucional de 1994. Tampoco hubo una resistencia popular a la arbitrariedad policial que afecta-

*Inicialmente este artículo fue publicado en *Derecho a la Ciudad*, Subsecretaría de Promoción de Derechos Humanos de la Nación.

ba la seguridad de sus ciudadanos, sino que ésta se limitó incluso contra un amplio sector de la opinión pública manipulada por comunicadores mediáticos y por algunos sectores del poder.

Las alternativas del poder contravencional de la Ciudad merecen ser recordadas, para evitar futuros errores y para perfeccionar la situación vigente.

En la Ciudad de Buenos Aires, desde el siglo XIX, el Jefe de la Policía fue legislador contravencional y también juez contravencional, o sea que tenía facultades que la Constitución Nacional prohibía expresamente al Presidente de la República. Las funciones legislativas las perdió en 1956 y las judiciales en 1998.

Somos un país con considerable nivel de cultura jurídica. Sin embargo, hemos tolerado esa atrocidad constitucional sin pestañear. Por cierto que -como siempre- se han inventado explicaciones insólitas, como la del derecho penal administrativo, tomada de James Goldschmidt, ilustre catedrático alemán perseguido por judío y que murió en tierras rioplatenses, pero que sospecho que nunca se enteró del uso perverso de su teoría, por otra parte elaborada con base en la legislación del Imperio del *Kaiser* Guillermo II que, salvo que alguien demuestre lo contrario, no parece tener mucho en común con nuestra Constitución Nacional.

Tomás Jofré, el procesalista penal más destacado de su tiempo, autor del Código Procesal Penal de San Luis -su provincia natal- y de la provincia de Buenos Aires, hace noventa años afirmaba en su famosa obra de conjunto, que en ningún país civilizado se legislaba en materia contravencional como en la Ciudad de Buenos Aires.

¿Cómo perdió el Jefe de Policía la facultad de legislar? ¿Acaso por el clamor público contra semejante suma del poder? ¿Acaso porque los jueces la declararon inconstitucional?

No. Fue como siempre. Las garantías son de todos los ciudadanos, pero mientras se violan

las de los subalternos, nadie las reclama. Sólo cuando se toca a alguien del sector hegemónico se hacen efectivas.

En la primera presidencia del Tte. Gral. Perón las Damas de Beneficencia hicieron una protesta pública cantando el Himno Nacional en la calle Florida y fueron detenidas y condenadas por tumulto por el Jefe de Policía e internadas en el Buen Pastor. Después de 1955 la emprendieron contra los edictos. Estaban a punto de ser declarados inconstitucionales cuando por decreto-ley 17.189/56, ratificado por la ley 14.467 de 1958 (la llamada ley *ómnibus*), se los hizo ley de la Nación para salvar su vigencia. El Jefe de Policía siguió siendo juez contravencional, pero ya no podía legislar.

Si era una aberración que el Jefe de Policía legislase, no lo fue menos que el texto de esos edictos pasase a ser contenido de una ley nacional. En ningún país serio podría una ley punitiva tener semejante contenido, con disposiciones de derecho penal de autor, tipos de sospecha anacrónicos, con prohibiciones absurdas o con habilitaciones de penas para hechos que no eran conductas, otros abiertamente ridículos (prohibición de banderas el 1º de mayo, tarjeta firmada por el comisario prendida al pecho izquierdo para disfrazarse en carnaval, prohibición del juego de *padrone e sotto*).

Mientras tanto el Jefe de Policía fue el juez que más sentencias dictó, superando a toda la magistratura penal del país: más de cien mil procedimientos contravencionales por año, en una población inferior a tres millones de habitantes. Realmente un *record*, expeditivo como ningún magistrado.

Pero el Jefe de Policía tenía mayores atribuciones que los jueces de la Nación, porque por reglamento incluido en el decreto-ley 17.189/56 también podía indultar. Era el funcionario monárquico perfecto. La separación de poderes regía para todos los funcionarios de la Constitución, pero no para este funcionario de la ley.

Y la indiferencia de los legisladores nacionales y de los propios jueces nacionales que toleraron esta usurpación de sus funciones, permitió sostener esa vergüenza jurídica durante cuarenta y dos años más.

En 1996 se sancionó la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, con una serie de garantías en materia de seguridad y en especial en cuanto a la regulación de las contravenciones. Sus directivas generales se hallan en el Art. 13, en materia de seguridad legisla en los Arts. 34 y 35, el inc. 2 del Art. 81 encomienda a la Legislatura la sanción de los códigos contravencional y de faltas. La cláusula 12^a transitoria imponía a la primera Legislatura la sanción de un código contravencional y procesal contravencional y de faltas dentro de los tres meses de instalada, so pena de caducidad de toda la legislación contravencional vigente (los famosos *edictos*), como sana precaución ante el previsible embate del Jefe de Policía.

Cumpliendo ese mandato la Legislatura sancionó el código contravencional (llamado inexplicablemente *de convivencia*) en 1998. La reacción no se hizo esperar. Pese a que el código sancionaba varias conductas que antes eran atípicas, como la portación de *armas impropias*, la misma noche de su sanción un alto funcionario del gobierno nacional –mostrando su extrema ignorancia penal– trató de ridiculizarlo preguntando por qué no penaba la portación cuando las armas eran de propiedad del portador, ante el silencio complaciente de un notorio formador de opinión televisiva y de un destacado político en función de gobierno, ambos profesores universitarios de derecho.

El Jefe de Policía había dejado de ser juez y eso parecía terrible para algunos medios de comunicación social y en especial para el más connotado periodista televisivo del momento. El código establecía que los ebrios debían ser conducidos a hospitales y no a comisarías, lo que parecía intolerable a los mismos medios,

como si el ebrio no estuviese sufriendo una intoxicación y su vida estuviese en peligro.

Pero el colmo era que el ejercicio de la prostitución individual ya no era contravención. Eso les parecía inadmisibles. Por supuesto que nadie había derogado el código penal y seguían siendo delitos el lenocinio, la explotación de la prostitución ajena, la corrupción de menores, etc., pero eso lo ignoraban: el código contravencional, en línea con la más estricta posición abolicionista en vigencia desde hacía sesenta años en el país, era intolerable.

El gobierno de la Nación de aquella época aprovechaba la situación para denostar a las autoridades de la Ciudad, en manos de opositores, especialmente a su Legislatura, en una abierta campaña de desprestigio en la que no ahorra mentira alguna.

Algunas prostitutas y travestis desordenaban la vía pública ante la indiferencia total de las autoridades policiales y con serios indicios de ser inducidos por éstas. Como si estos funcionarios no fuesen los encargados de reprimir la producción de ruidos molestos o como si la exhibición obscena no estuviese penada en el Art. 129 del código penal, permanecían impávidos contemplando desmanes. Los vecinos de las zonas afectadas protestaban y la respuesta policial era que el código contravencional había derogado el delito de exhibiciones obscenas y que no había norma que prohibiese los ruidos molestos.

Entre los vecinos justamente molestos por estos desmanes aparecían algunos sospechosamente repetidos ante todas las cámaras de televisión.

Después de algunos meses, la Legislatura de la Ciudad, en una sesión cuyo debate es de lectura necesaria para comprender cómo se anunciaba la próxima agonía de una clase política que mostraba signos alarmantes de decadencia, reformó el código contravencional, introduciendo un esperpento legal sin precedentes: sancionó la *oferta y demanda de sexo en la vía pública*.

Los edictos, por lo menos, exigen el *escándalo*

lo, y aunque nadie supiese qué era *escándalo* y el concepto fuese manejado arbitrariamente por el Jefe de Policía, por lo menos había un elemento que trataba de cerrar el tipo contravencional, pero la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires fue mucho más allá, pues no usó ningún elemento de esta naturaleza, metiéndose directamente con la privacidad de las personas en violación al Art. 19 de la Constitución Nacional.

Como era de esperar, poco y nada cambió en la realidad, salvo el restablecimiento de los cánones de recaudación autónoma policial, pero los medios dejaron de tratar el tema.

No obstante, desde el gobierno de la propia Ciudad, se insistía en sancionar la contravención de *merodeo*. Se trata de un delito de sospecha. ¿Cuál era la norma violada en estos proyectos? Las normas se deducen de los tipos y si el tipo sanciona al que *merodea* en actitud sospechosa, como *merodeo* en el medio urbano no puede ser otra cosa que andar dando vueltas y eso no puede ser prohibido a nadie, lo prohibido es *hacerse sospechoso a la policía*.

No se trata de detener e identificar, como medida de prevención, a quien resulte sospechoso, facultad que tiene la policía desde siempre, pudiendo detener hasta diez horas (la llamada *ley Lázara*), lo que es materia de otra discusión, sino directamente de penar al sospechoso como *autor de la conducta de hacerse sospechoso*.

Tamaño dislate penal fue reiteradamente rechazado, lo que no obstó a que el propio gobierno de la Ciudad insistiese en él en tiempos del primer gobernador y a que algunos legisladores lo hagan hasta hoy, varios de ellos egresados de una Facultad de Derecho.

Esa es la triste historia del orden contravencional de la *Reina del Plata*. Algo se ha logrado: hay tribunales y jueces, el Jefe de Policía dejó de ser un funcionario monárquico. Pero no por ello la historia deja de ser triste. En definitiva, no fue porque lo quisieron los políticos ni los juristas y, lo que es peor, ni si-

quiera la opinión pública acompañó el proceso republicano de adecuación institucional. Es parte anecdótica de un proceso de creciente indiferencia por las instituciones republicanas y, por ende, por los derechos, que desembocó en la confiscación descarada de los depósitos bancarios y otras aberraciones.

Jhering apelaba a una metáfora recordando que los derechos se obtienen luchando, pero quienes los reciben los despilfarran como herederos irresponsables. Algo así sucedió: una sociedad que no supo ponerse de pie para reclamar por la garantía de su libertad y que llegó en un momento a condenar a quienes la defendieron, despilfarró derechos, hasta que se quedaron sin sus ahorros y con varios cadáveres.

A medida que se restableció la normalidad en la sociedad argentina y que se retomaba un discreto rumbo económico, las fuerzas interesadas en desbaratar el renaciente estado providente en pos de un estado gendarme y policial, no hallaron mejor flanco de ataque que los reclamos de seguridad, expresión que sólo hacía referencia a la criminalidad ordinaria y callejera.

Los medios masivos en manos de corporaciones desataron una campaña con centro en la Ciudad de Buenos Aires, fabricando una víctima-héroe que mantuvo vigencia durante un considerable período, hasta su desprestigio público y olvido, pero en cuyo transcurso, con sólido apoyo de buena parte de la opinión ciudadana, logró interrumpir los trabajos de elaboración de un nuevo código penal, sancionar leyes aberrantes que terminaron de destruir el viejo y respetable código vigente, introducir el peor caos legislativo en materia penal de toda nuestra historia patria y mostrar la pobreza de la clase política paralizada entre el oportunismo y el miedo.

No faltaron sectores políticos haciéndose eco de las campañas de ley y orden y las políticas de seguridad que ponen en agenda los medios masivos de comunicación, propagando y difundiendo el miedo colectivo y reclamando el res-

tablecimiento de algunos viejos edictos remozados a la época, o sea, que pidan volver a una legislación propia de la colonia y darle un rol protagónico en la vida de la ciudad a las fuerzas policiales para que afronten todos los conflictos imaginables que pudieran suscitarse. Aprovechan para esto los distintos reclamos y crisis sociales que atraviesa la Ciudad por sus deficiencias en materia de políticas sociales, cuando no instigan a provocar desmanes.

En efecto: la violencia criminal aumenta con las crisis. El desempleo genera frustración, imposibilita la inserción laboral y estudiantil, deteriora todas las relaciones incluyendo la familiar, potencia todos los conflictos sociales, desbarata la cultura del trabajo y del esfuerzo y determina los peores errores de conducta. Lo señala la experiencia mundial y algo similar podría plantearse ante las crisis habitacionales y la desinversión en salud y educación públicas.

Como si esto fuese poco, tenemos un mercado negro de armas de fuego jamás visto. El precio de un arma de tenencia ilícita ha caído verticalmente.

En proporción inversa ha subido la seguridad privada, o sea que el servicio de seguridad parece seguir el camino de los restantes en el proceso de desmantelamiento del estado de bienestar que provenía de los años cuarenta y cincuenta y que se revirtió en el irresponsable despilfarro del capital estatal de la última década del siglo pasado. La seguridad privatizada opera como cualquier servicio, o sea, que quien pueda pagarlo lo tendrá, y quien no pueda tendrá un servicio estatal deteriorado, aunque el privado lo ofrezcan los mismos funcionarios retirados del estatal.

Periódicamente vuelven las iniciativas que tienden a restablecer los viejos cánones de recaudación autónoma y pretenden el restablecimiento de los edictos o algo parecido.

¿Cómo puede creerse que para prevenir los secuestros sea necesario volver a los edictos?

¿Cómo puede explicarse que los homicidios por robo se prevengan con el Jefe de Policía juzgando a prostitutas y ebrios? ¿Cómo se entiende que con el *segundo hache* de triste memoria se reprima la portación ilegal de armas o la tenencia de armas de guerra? ¿Podemos creer que con los mil tráficos prohibidos y sus rentas varias veces millonaria el delito pueda prevenirse con el *mangiamiento* de Fray Mocho de comienzos del siglo XX?

Es demasiado absurdo. Ninguna persona cercana a la problemática y con algún conocimiento técnico en la materia puede creer en estas ridiculeces. Es claro que quien lo haga estará hablando de otra cosa, de la que casi no se habla y de la que es indispensable hablar.

Hay países que no tienen Fuerzas Armadas; otros que son dictaduras y totalitarismos, que no tienen Congreso ni Poder Judicial, pero ningún país carece de policía, pues hoy es una institución absolutamente necesaria en todo el planeta. Luego, es necesario *pensar* la policía, especialmente en un marco democrático y republicano. Es necesario perfeccionarla y cuidarla, lo que parece que durante mucho más de un siglo no han sabido hacer nuestros políticos (y aún menos nuestros dictadores, por supuesto).

Las condiciones laborales de los policías no se discuten como la de los restantes servidores públicos. No tienen derecho de sindicalización. No discuten horizontalmente sus condiciones de trabajo. De ese modo es casi imposible crear conciencia profesional. Corren los mayores riesgos, sin derecho a discutir nada y menos a hablar públicamente, sólo hablan las cúpulas. Padecen bajos salarios y nunca se investigaron sus enfermedades profesionales ni se contemplaron los riesgos para su salud mental. La población mantiene una actitud ambivalente, pues por un lado les reclama presencia y por otro los margina y les desconfía, cuando no les destina sus peores prejuicios.

Durante más de un siglo y ni siquiera des-

pués de la tristísima experiencia de la dictadura masacradora, nuestros políticos no han sido capaces de *repensar la policía*, de pasar de la policía borbónica militarizada a la policía comunitaria, de jerarquizar la función y la profesión, de cuidar el salario y la formación y de preservar la vida y la salud y las condiciones de trabajo de su personal.

Han asistido impertérritos a más de mil ejecuciones sin proceso protagonizadas tanto por la policía de la Ciudad como de la Provincia de Buenos Aires en los primeros años de restablecimiento de la vida constitucional, llevados a cabo por personal entrenado en los vicios que la dictadura condicionó en la institución y que alucinaba una nueva guerra publicitada impudicamente por los medios televisivos de su tiempo.

Las lamentables consecuencias de dos Presidentes empujados por la producción de muertes policiales no bastaron para poner de manifiesto los peligros políticos de una carencia de política policial. Los acontecimientos de fines del año 2010 mostraron una vez más los grandes riesgos de las policías autonomizadas para la vida democrática del país y, al mismo tiempo, su ineficacia preventiva en su función específica. La prudencia política que siempre deberá reconocerse al presidente Kirchner evitó males mayores y nuevas ejecuciones sin proceso, al amparo de los más graves defectos de técnica con la pretensión de utilizar armas de fuego para controlar desórdenes.

Creemos que ha llegado el momento de hablar de todo esto y la reciente creación del Ministerio de Seguridad en el ámbito nacional abre una esperanza. Esperamos que este efecto se propague por el país entero y llegue a la Ciudad para poder contar por primera vez en nuestra historia con una policía territorial comunitaria, de cercanía, próxima a la conflictividad, que prevenga y derive conflictos, sin tener que llevar adelante otras tareas que no le son propias, ni que se transforme únicamente en una

fuerza de ocupación territorial, como también que en el orden federal dispongamos de una policía realmente idónea para la prevención de las grandes amenazas que modernamente cunden por el mundo. Por otro lado, que sean los legisladores los que cumplan con la función de legislar al margen de agendas marcadas por las corporaciones mediáticas y que los jueces sean los que juzguen conductas contando como auxiliar con una policía judicial de investigación específica, sin estar amenazados por campañas de linchamiento publicitario.

Es inútil hablar de derechos sociales en serio sin tener asegurado el espacio de reclamo y protesta adecuada y civilizada. Nuestra libertad es tan preciada como nuestra salud, que, por cierto, no la dejamos en manos de improvisadores.

Dra. Graciela Elena Christe

Defensora General Adjunta en lo Contencioso Administrativo y Tributario. MPD. CABA .

Derecho a la vivienda digna y Defensa Pública.

La morfología de nuevas formas de hábitat y los derechos retaceados.

SUMARIO

I. Nociones previas. II. La genealogía de los derechos. El reconocimiento. III. El derecho a la vivienda. IV. Morfología del derecho a la vivienda. V. Las villas y los asentamientos precarios en la Ciudad de Buenos Aires. VI. Los planes de vivienda. VI.1. Las migraciones y los planes reguladores. VI.2. Programas de radicación. VI.3. Formas de resistencia. VII. La efectividad de los derechos. VIII. Antecedentes jurisprudenciales de la CABA. IX. Retrocesos con vaivenes y la sentencia Alba Quintana. X. Una justificada preocupación frente a razonables expectativas. XI. Continuación: Técnicas para imponer su efectividad.

I. Nociones previas.

El tema elegido para este trabajo nos sitúa en el campo de los derechos sociales, categoría de por sí conflictiva porque respecto de ella se entrecruzan los debates en torno a la naturaleza de los Derechos Humanos, con viejas discusiones vinculadas a su cognoscibilidad y su originaria adscripción al 'derecho natural', junto a las controversias más recientes acerca de la programaticidad de las cláusulas constitucionales que incorporan a los derechos de la denominada 'segunda generación', finalmente zanjada a partir de la admisión de la naturaleza normativa de aquellas y a un amplio consenso respecto de su justiciabilidad, que adviene cuando se plantea la posibilidad de ser exigidos ante los tribunales de justicia, en razón de su incorporación en las cartas constitucionales.

Si hablamos de derechos sociales, la noción habrá de incluir aquellas notas que suelen concebirse como propias y adecuadas para la satisfacción de *necesidades radicales*, tales como las vinculadas a la alimentación, la salud, la educación, la vivienda, el trabajo, también al medio ambiente, en la medida en que la salud depende del desarrollo de las personas en un contexto apto para su nacimiento y evolución, física y psíquica.

Además ingresa en el concepto un elemento *colectivo*, no porque en todas las circunstancias los bienes que protege sean indivisibles o de común disfrute -como ocurre respecto del medio ambiente o de los derechos culturales- sino porque concilian la presencia de la sociedad y del individuo.

La preocupación por la cuestión social surge justamente luego de la Revolución Industrial, cuando grupos numerosos de personas se vieron incididas por las condiciones de trabajo, es decir por las 'condiciones materiales de producción': los talleres textiles en Inglaterra, Francia, Bélgica; los trabajadores en los campos de algodón de Estados Unidos y en diversas tareas rurales en Centroamérica (fines del siglo XVIII y comienzos del XIX).

Marx publica el *Manifiesto Comunista* en 1848; se forman los primeros partidos socialistas en las postrimerías del siglo XIX y la Iglesia Católica manifiesta su preocupación sobre el tema alrededor de 1891, con la encíclica *Rerum Novarum*.

II. La genealogía de los derechos. El reconocimiento.

La *justiciabilidad* de los derechos sociales adquiere mayor aceptación en coincidencia con su incorporación en el subsistema jurídico, a través de un determinado ordenamiento jurídico local, estatal o internacional.

Desde una mirada genealógica sobre los Derechos Humanos, esta perspectiva corres-

ponde a una etapa posterior a la que ha originado socialmente la *exigencia* asumida de manera colectiva, acerca de su condición de necesidad radical humana, que habilita el crecimiento de los individuos.

El enfoque que pretendo resaltar, se ajusta a la perspectiva que L. Ferrajoli describe como aquel que atiende a su concreta fenomenología empírica y responde a la pregunta ¿qué derechos y por qué razones, a través de qué procedimientos y con qué grado de efectividad son, de hecho, garantizados como fundamentales? El autor ubica esta pregunta en el ámbito de la sociología del derecho y en el de la historiografía jurídica.

Veamos: simultáneamente con la exigencia colectiva habrá un proceso de *reconocimiento*, de percepción de aquello que se asume como una carencia o de aquello de lo que no deben ser privados quienes al mismo tiempo se constituyen como *sujetos*.

Advierto, y esto importa una remisión al componente histórico de la noción provisional que esbocé más arriba, que junto a la percepción y al reconocimiento tiene lugar una acción, una *praxis*, un reclamo. ¡Ni qué hablar de la ancestral lucha de las especies por espacios y alimentos!

La *praxis* habrá de vincularse a un determinado momento histórico, que condensa viejos y renovados ataques o agresiones sobre aquellos bienes que se han constituido en objetos valiosos que demandan protección. Así pueden mencionarse la Revolución Francesa de 1789, que significó el levantamiento de la burguesía que luchaba contra los privilegios feudales, junto a masas de campesinos hambrientos y jornaleros pobres en los asentamientos urbanos; las revueltas de los tejedores de Lyon en 1834/38 que fueron violentamente aplastadas; los episodios que tuvieron lugar en 1836 cuando 300.000 trabajadores marcharon a la huelga en Chicago, reclamando por una jornada de trabajo de

ocho horas, que concluyó con una sangrienta represión (*Heymarket Riot*); el reclamo mundial luego de la muerte de centenares de esclavos frente a las costas de Gran Bretaña que culminó con la sanción de la *Slavery Abolition Act* de 1833, y en 1926 con la firma de la Convención sobre la Esclavitud.

Estos hechos sociales convocan al consenso y se constituyen en las exigencias morales que la ética de la media poblacional con injerencia en los asuntos públicos habrá de incorporar a las normas jurídicas. Se configuran como compromisos normativos y se manifiestan modernamente en constituciones, leyes y reglamentos.

A veces es la misma literatura la que contribuye a la formación de significaciones sociales que impactan en el imaginario jurídico, como bellamente describe François Ost en *Contar la ley*. Allí destaca esta circunstancia ilustrándola con el primer *stasimon*, segunda estrofa de la tragedia *Antígona* que puede traducirse así: “Las pasiones instituyen ciudades y el hombre se las enseña a sí mismo”. De esta manera alude al modo en que las pulsiones colaboran en la configuración de significaciones, prontas para ingresar en una narración. En otras palabras, los valores o las exigencias morales, no los provee el derecho sino la vida social misma.

III. El derecho a la vivienda².

El derecho humano a una vivienda digna, encuentra amplia protección no sólo en los textos de la Constitución Nacional (Art. 14 *bis*) y local de la Ciudad de Buenos Aires (Arts. 17, 20 y 31) sino también en diversos tratados internacionales sobre Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad federal, a partir de la prescripción del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. La mención expresa de este derecho se encuentra, entre otros, en el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en el artículo XI

de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADyDH), en el 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y en el artículo 27.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

La formulación normativa del derecho a la vivienda, en el ordenamiento jurídico contemporáneo, dispone que tanto las personas como las familias tienen derecho a una vivienda adecuada, independientemente de la edad, la situación económica, la filiación de grupo o de otra índole, la posición social o de cualquier otro de esos factores. En tal sentido se advierte con claridad que se trata de un *derecho universal*.³

Sin embargo, los Estados Partes deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial. Debe garantizarse cierto grado de consideración prioritaria a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales⁴.

Además, el derecho a la vivienda no debe interpretarse en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad⁵. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Existe un deber de las autoridades públicas de garantizar cuando menos un mínimo esencial de efectiva vigencia (Conf. Observación General N° 3, párrafo 10). La Observación General N° 4 así como la N° 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) referida a los desalojos forzados, abunda sobre las obligaciones de los Estados para asegurar el ejercicio de este derecho.

El Comité de DESC se ha referido a esta

obligación con el calificativo de “inderogable”, afirmando asimismo que un Estado “no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento” (Observación General N° 14, párr. 47).

No obstante, me interesa destacar, haciendo alusión al enfoque genealógico que señalé anteriormente, que el reconocimiento que asume compromisos normativos -cuando se expresa a través de reglamentos, leyes, tratados- debe cruzarse con la dimensión social de esta categoría de derechos y se exhibe con peculiar vigor en el derecho a la vivienda, por cuanto la condición propia de la *habitabilidad*, en particular en los centros urbanos, se halla condicionada a su ejercicio en espacios físicos regulados por el derecho público, pertenecientes a individuos o a personas jurídicas privadas o públicas, titulares de derechos o de permisos, o subordinado su uso a la mera tolerancia, de modo tal que se entreteje una urdimbre de relaciones jurídicas que espeja vínculos sociales de diversa naturaleza, como se verá seguidamente.

Una de las tareas a la que han sido convocados los juristas radica en integrar esa trama compleja en el marco de legitimación que provee el constitucionalismo moderno, a través de las normas y principios positivizados en la Constitución Nacional y en los demás instrumentos que componen el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, al ofrecer un marco para contextualizar las conductas de los individuos y del propio Estado.

Es allí donde tiene lugar la resignificación de las disciplinas jurídicas -entre ellas el derecho administrativo- cuando son puestas a contraluz con el nuevo paradigma. Resultan incontables las situaciones en las que la conflictividad en torno a la vivienda provee casos que deben ser atendidos por el sistema judicial, no obstante que la impulsión de las políticas públicas se halla determinada primordialmente por los órganos deliberativos y ejecutivos.

IV. Morfología del derecho a la vivienda.

Con este nombre quiero referirme a algunas formas concretas que asumió la problemática de la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires, que guardan correlato, por supuesto, con ejemplos foráneos.

Los inmigrantes que llegaron a fines del siglo XIX fueron alojados en el Hotel de Inmigrantes y luego comenzaron a poblar las casas de inquilinato que se ubicaban en torno al casco histórico, extendiéndose luego al resto de la ciudad. Un ejemplo destacado es la Manzana de las Luces, en la que las casas ‘reditables’ se erigían alrededor de la Iglesia de San Ignacio; muy cerca, se ubicaron aquellos edificios que destinó a igual fin la Orden Franciscana, cuyos moradores actuales son continuadores de aquellos que los habitaban en la década del ’40, en el siglo pasado. Ya en el siglo XXI, aún sigue en pie el viejo problema: inquilinos pobres con sentencia firme de desalojo.

Esta clase de conflictos se había hecho patente con la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en la causa “Ercolano c/ Lanteri de Renshaw”, en la que el tribunal definió el derecho a la vivienda acudiendo a la comparación con otros servicios públicos y a la satisfacción de otras necesidades vitales, mediante la argumentación de que el disfrute de ese bien no admite ser objeto de un ejercicio o satisfacción parcial: “Servicios públicos como el alambrado o el agua pueden reemplazarse si fueren excesivamente onerosos, por otros medios más rudimentarios. Es posible alimentarse o abrigarse más o menos bien. Pero no hay posibilidad de habitar parcialmente. Se tiene o no se tiene habitación. Exigencias materiales y consideraciones de decoro y moral, todo contribuye a hacer de la habitación la necesidad más premiosa y a convertirla por lo tanto, en el instrumento más formidable de opresión”.

Esa definición del derecho a la vivienda es un ejemplo emblemático del viraje que se advierte en los primeros años del siglo XX, hacia posiciones más afines al ejercicio de las facultades de intervención en el mercado, en este caso respecto de los precios de los alquileres amenazados por el aprovechamiento abusivo de una situación excepcional, como una medida transitoria y de emergencia, por razones de “intenso interés público” y en “salvaguarda de los intereses supremos de la comunidad”⁶.

Otras sentencias continuaron en esa línea, sucediéndose las intervenciones en las tasas de interés y en la moratoria de las hipotecas inmobiliarias⁷, así como en las prórrogas de los alquileres, como medios destinados a dar respuesta a aquella problemática.

Un tiempo antes, en una de las cíclicas crisis que había comenzado a exhibir el capitalismo a nivel mundial⁸, Engels había demostrado su preocupación por la problemática de la vivienda en Alemania y en Inglaterra en 1872, cuando escribió *Contribuciones al problema de la vivienda*⁹, obra en la que señalaba la oposición de intereses entre los inquilinos y los propietarios de bienes inmobiliarios.

Hobsbawm destaca que la era del liberalismo ortodoxo caracterizado simplificada por el *eslogan* del *laissez faire*, había caducado definitivamente alrededor de 1871. A partir de esa época las acciones intervencionistas en la economía para tratar de controlar los ciclos del capitalismo, se multiplicaron en todo el mundo que abarcaba esa globalización.

Se habían comenzado a generar debates en los estrados de la Corte nacional¹⁰, en los que se ponía en discusión la expansión del denominado poder de policía en materia económica, exorbitando los tradicionales ámbitos de la seguridad y salubridad y el Alto Tribunal había convalidado la normativa de emergencia económica.

El Estado de Bienestar aparecía como una construcción discursiva a fines del siglo XIX,

con aptitud para identificar ciertos conjuntos de prácticas administradas por el Estado, destinadas a proporcionar beneficios sociales a la población -pensiones, jubilaciones, prestaciones de salud, entre otras- sin requerir ineludiblemente la condición de pobreza. Se asociaba a los comportamientos estatales destinados a procurar la ‘mejora existencial’ de los ciudadanos, en términos de Forsthoff¹¹.

Este orden de ideas, halla su consagración en la Constitución argentina de 1949, cuyo artículo 37.1.6 declaraba el ‘derecho al bienestar’ “cuya expresión mínima se concreta en la posibilidad de disponer de vivienda, indumentaria y alimentación adecuadas, de satisfacer sin angustias sus necesidades y las de su familia en forma que les permita trabajar con satisfacción (...)”.

La incorporación del artículo 14 *bis* en la Constitución Nacional con la reforma de 1957, provee de parámetros que orientan a la jurisprudencia a la hora de definir el contenido de los derechos sociales, como ejemplarmente ha resuelto la Corte Suprema de Justicia en la causa “Vizotti”¹², conforme a la cual la *efectividad* es el vector de nuevas decisiones.

IV. 1. Las villas y los asentamientos precarios en la Ciudad de Buenos Aires.

En la actualidad el fenómeno de los asentamientos precarios y villas, se constituye en una forma paradigmática del problema que afecta al derecho a la vivienda y a un hábitat adecuado.

A partir de 1880 la Ciudad fue declarada Capital Federal y en 1887 se amplía su superficie a 200 km², englobando en su jurisdicción a los municipios de Belgrano y Flores, hasta entonces pertenecientes a la Provincia de Buenos Aires. Fue el momento de transición entre las grandes quintas aristocráticas y el loteo popular. La incorporación de las zonas rurales que quedaron dentro del plano oficial fue, en principio, obra de iniciativas privadas y del mercado inmobilia-

rio, más que de la planificación pública¹³.

Las villas se pueden definir como ocupaciones de tierra urbana vacante que producen tramas muy irregulares. No se trata de los clásicos barrios “amanzanados” ni integrados a la ciudad formal sino organizados a partir de pasillos por los cuales generalmente no pueden pasar vehículos y cuyo desarrollo no responde a acciones planificadas, sino a prácticas individuales y diferidas en el tiempo¹⁴.

Aunque cada una posee características peculiares, en general se trata de espacios de topografía irregular -atravesados por bañados que bordean chacras y quintas- asentadas en terrenos altos y bajos¹⁵.

Juntamente con el avance del ferrocarril se inició la valorización de los espacios circundantes y comenzaron los negocios inmobiliarios. Así surgieron, por ejemplo, Villa Lugano en 1906 y Villa Soldati en 1910, al compás de la industrialización y allí se asentaron inmigrantes italianos, españoles, franceses y lituanos que en muchos casos trabajaban para el ferrocarril.

IV. 2. Los Planes de Vivienda.

IV. 2.1. Las migraciones y los Planes Reguladores.

Se sucedieron varios planes de alcance urbano para el crecimiento de la Ciudad a partir de 1904.

Luego de la crisis de 1930 surgieron los primeros asentamientos precarios inducidos por las migraciones internas hacia la capital, en busca de fuentes de trabajo. A ellas se sumaron las corrientes migratorias europeas de posguerra y nuevas migraciones internas que arribaron alentadas por el progreso industrial a partir de 1947.

En 1958 se creó la Oficina del Plan Regulador encargada de formular un plan para la Capital Federal, entre cuyos objetivos figuraba “equilibrar los desparejos desarrollos de los sec-

tores Norte y Sur de la Ciudad” mediante la recuperación y saneamiento del entonces Bañado de Flores y Basural (1400 hectáreas). El saneamiento se logró con una imponente inversión estatal mediante la cual se construyeron los tres lagos reguladores: el del actual Parque Roca, el del Autódromo llamado Lago de Regatas y el del actual Parque Indoamericano.

El Plan Regulador destinaba 207 hectáreas a 9 conjuntos habitacionales, calculando la población a albergar en 170.000 personas, provenientes de zonas deficitarias de la ciudad. Siguiendo las directivas urbanísticas de la época, los proyectos se basaban en grandes edificios rodeados por espacios verdes y vías de circulación.

Sin embargo, el concepto de centro ciudadano y plantas bajas libres con el primer piso peatonal comercial fracasaron, resultando espacios subutilizados e inseguros.

Luego de 1960 la introducción de capital financiero extranjero y la tecnología industrial, produjeron nuevas expulsiones del sistema y el crecimiento de los asentamientos precarios

La dictadura militar de 1976 asumió el objetivo de erradicación definitiva de las villas mediante desalojos forzosos y el uso de la violencia.

La restauración democrática de 1983 trajo como ideas rectoras en la materia la *radicación* y la *urbanización* de estos barrios tendientes en definitiva a su *integración* con el resto del tejido social, con el objetivo explícito de contemplar la situación habitacional de los sectores de menores recursos.

Como se verá algo más adelante la Constitución de la Ciudad receptó en su articulado ese nuevo enfoque de las políticas públicas (Art. 31, en especial sus incisos 1º y 2º) lo que significó “llevar el Estado” a estos asentamientos, marcando un cambio radical en la consideración del problema que representa en ellos la vivienda social y primariamente reconociendo su carácter estructural y permanente como formas de hábitat que se consolida dentro del tejido urbano.

IV. 3. Programas de radicación.

Debe citarse, en primer término, la ordenanza 39.753 del año 1984 (B.M. Nº 17.223), sancionada por el entonces Consejo Deliberante de la ex MCBA, mediante la cual se establecieron las pautas programáticas del denominado “Programa de Radicación y Solución Integral de Villas y Núcleos Habitacionales Transitorios” de la Ciudad de Buenos Aires. Esta norma derogó sus similares de años anteriores, las cuales -como se indicó- eran el fiel producto normativo en que se plasmaba la práctica más común del gobierno *de facto* de 1976: la expulsión compulsiva y violenta de la población radicada en villas hacia los territorios periféricos de la Ciudad y en algunos casos hacia sus provincias o países de origen.

Esta nueva legislación intentaba reconocer la producción popular del hábitat y del derecho a residir en él (negado, como ya fue visto, por los regímenes autoritarios anteriores). Se ha indicado, en este sentido, que las intervenciones realizadas durante ese período se asociaron centralmente a regularizar el proceso de urbanización bajo el supuesto de que la integración física conllevaría la integración social. La pavimentación y apertura de calles resultó así, la modalidad central destinada a garantizar la incorporación de las villas al tejido urbano¹⁶.

Un estudio publicado en el año 1993, hace mención a un plan piloto encarado entre los años 1987 y 1989, “(...) el compromiso asumido por la Municipalidad era la radicación de villas a través de la venta de la tierra a sus ocupantes e implicaba un posicionamiento del Estado reconociendo, valorando y consolidando un proceso social de urbanización informal(...)”¹⁷.

Algunos años más tarde, la ordenanza 44.873 de 1991 (B.M. Nº 19.006) definió el alcance y las características que debería presentar la urbanización de estos barrios. Esa norma dispuso la apertura de trazas y sentó las bases del futuro diseño urbanístico de las villas de emergencia

tomando como paradigma la trama urbana de la llamada “ciudad formal”. De este modo, la ordenanza estableció un ordenamiento urbanístico que proponía integrar el espacio de la villa a la normativa vigente en materia urbanística prescripta en el Código de Planeamiento Urbano, lo que significó legalizar el proceso de urbanización informal como una modalidad de producción del hábitat, ya que se las reconoció como áreas residenciales¹⁸.

A las villas de emergencia se les asignó el distrito de urbanización determinada U31¹⁹. Esto suponía adoptar indicadores y normas de tejido urbano que propendieran al reconocimiento de los hechos existentes, a la futura integración de su trama con la de la ciudad consolidada, a la inclusión de una red vial y apertura de calles, a aceptar medidas de parcela mínima y de subdivisiones por debajo de las requeridas para los loteos del mercado formal, con el fin de facilitar la absorción de las altas densidades de la mayoría de las villas ante un recurso escaso como la tierra, a homologar los usos permitidos con los de los distritos que mixturaban usos residenciales con actividades productivas, comerciales o de servicios compatibles, y a la definición de los requerimientos de cesión de espacio público para equipamiento comunitario.

Se ha dicho que esta norma marcó un punto de inflexión respecto al modo de interpretar el problema de las villas en la CABA que puede sintetizarse en que el sector público reconoció la urbanización informal como una forma de producción del espacio urbano; que esa forma de producción puede ser incorporada al mercado formal a través de la regularización dominial y que el acceso a la propiedad de ese espacio puede disparar un proceso de completamiento de la urbanización por parte de sus adquirentes²⁰.

De trascendencia es mencionar la sanción de la ley 148, una vez instaurado el nuevo estatus constitucional de nuestra Ciudad.

Esta norma es, naturalmente, una deriva-

ción armónica de lo dispuesto por el constituyente de 1996 en punto al desarrollo de políticas sociales cuya finalidad es “(...)superar las condiciones de pobreza y exclusión(...)” que aquejan a miles de habitantes de la Ciudad. E igualmente del deber de asistir “(...) a las personas con necesidades básicas insatisfechas(...)” y de promover “(...) el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades” (conf. Art. 17 CCABA).

Como se adelantó, en materia de *vivienda y hábitat adecuado* (Art. 31 de la Constitución local), las obligaciones de la Ciudad deben concretarse en la resolución progresiva del “(...) déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (inciso 1º), así como también estar orientadas a la promoción de “(...) la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva” (inciso 2º).

En su comentario a esta norma constitucional Quiroga Lavié sostiene que el Estado “deberá encarar una planificación adecuada en materia de viviendas económicas”, aunque recalca que el mandato del constituyente plasmado en el inciso segundo, no sólo trata de mejorar el tema de la vivienda sino también la problemática laboral de las poblaciones marginadas²¹.

También se ha dicho que la radicación “(...) consiste básicamente en la integración, tanto física como social, de la villa a la estructura urbana circundante, respetando las formas de sociabilidad de sus habitantes. Más tarde se le suma también la cuestión de la propiedad, apuntando a un cambio de status en la población: de ocupante ilegal a propietario legal a través de la adquisición escriturada de las viviendas(...)”²².

La radicación se asocia al objetivo de legalizar dos transgresiones de diferente origen: consolidar la urbanización del hábitat y asegurar la

regularización del dominio, garantizando el acceso a la propiedad de la tierra²³. Y pese a que se ha hecho mención a la *labilidad* del término no deja de reconocerse que “fundamenta y sostiene un juego de reconocimiento del derecho a habitar la ciudad y a apropiarse de ella”²⁴.

La referida ley 148, sancionada en el año 1998 (B.O. N° 621, 21/1/99), declaró de “atención prioritaria” a la problemática social y habitacional en las villas y núcleos habitacionales transitorios (Art. 1º) y creó una comisión “(...) para el diagnóstico, propuesta, planificación y seguimiento de las políticas sociales habitacionales a desarrollarse(...)” (Art. 3º).

Interesa destacar que según esta normativa debía diseñarse un programa integral de radicación y transformación definitiva de las villas y núcleos habitacionales transitorios, que además, fuese realizable en el término máximo de cinco años²⁵.

A nivel sublegal, corresponde citar el decreto 206/2001 (B.O. N° 1145, 5/3/01) dictado como reglamentación de la ley precedentemente glosada y ante la “(...) necesidad de llevar adelante un Programa que en forma específica tome a su cargo la solución integral del problema social, habitacional y urbano en las Villas y Núcleos Habitacionales Transitorios de la Ciudad de Buenos Aires, con sujeción a principios de integración social y participación de los sectores afectados(...)”, según se indica expresamente en la motivación de esta norma.

Mediante este decreto se crea el “Programa de Radicación, Integración y Transformación de Villas y Núcleos Habitacionales Transitorios”²⁶ (Art. 1º) y se designa una unidad ejecutora (Art. 2º), cuyas funciones son la evaluación de alternativas y el desarrollo de planes, proyectos y acciones destinados a cumplir con los objetivos propuestos, en forma coordinada entre los organismos de gobierno involucrados y los distintos sectores de la población involucrada (Art. 3º), incluyendo disposiciones de relevancia en tor-

no al financiamiento del plan que se debe llevar adelante (Art. 5º).

En 2008 la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires sancionó el Plan Urbano Ambiental que establece lineamientos generales para las intervenciones en el territorio, que deberá traducirse en proyectos urbanos específicos de aplicación concreta.

En 2009 la ley 3343 previó la urbanización de las Villas 31 y 31 bis mediante la construcción de viviendas, desarrollo productivo y equipamiento comunitario.

IV. 4. Formas de resistencia.

A despecho de los planes y ante la falta concreta de regulaciones sustentables comienzan a proliferar microemprendimientos de viviendas que dan cuenta de la creatividad individual de los habitantes de los asentamientos.

En otros casos las personas oponen su resistencia con los recursos que tienen a su alcance; se suceden las usurpaciones de tierras fiscales, la ocupación de espacios públicos o de viviendas destinadas a programas sociales, que colocan a los distintos actores en nuevos términos de conflictividad y protesta. En una apreciable cantidad de casos de intrusión de viviendas o bien de ocupación del espacio público, los tenedores transfieren sus precarios derechos o “no derechos” a terceros.

Hay una reflexión interesante, aunque no absolutamente novedosa, de Karl Polanyi, acerca de la forma en que el mercado convierte cosas u objetos en mercancía a través de procesos pausados y complejos. El autor menciona el sistema inglés de las *leyes de pobres* que surge como respuesta al cercamiento de ciertos enclaves rurales y al saqueo subsiguiente: al convertir a la tierra en mercancía se marginó a enormes sectores de la población y en un movimiento doble, esa población demandó leyes que se tradujeron en un alivio, mediante un bienestar que se calculaba según el precio del pan²⁷.

La reflexión inevitable es que las personas

reclaman por sus derechos a través de cauces formales e informales y a través de su actuación, imprimen cambios que impactan en las instituciones, en definitiva en la normativa pública o estatal. Forma parte de aquel proceso lógico al que he llamado *compromiso normativo*, asumido como consecuencia de una *praxis* social vinculada a una exigencia que es vivida como una necesidad radical.

V. La efectividad de los derechos.

La Carta de la *Organización de las Naciones Unidas* obliga al respeto y a la cooperación internacional para lograr el reconocimiento y la efectividad de los Derechos Humanos, en cualquiera de sus segmentos. En punto a la garantía estatal en materia de Derechos Humanos, la efectividad y la eficacia se erigen como valores ya que “la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los Derechos Humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”²⁸.

El objetivo de la plena efectividad de todos los derechos reconocidos en el PIDESC, surge nítido en el artículo 2.1, se repite en el texto del artículo 11.1 y constituye el desafío del joven siglo XXI. De conformidad con el Sistema Internacional de los Derechos Humanos, existen reglas y principios que convergen en su observancia, por cuanto “la obligación fundamental que deriva del Pacto es que los Estados Partes den efectividad a los derechos reconocidos en él”²⁹, por todos los medios apropiados, no pudiendo invocar disposiciones de su derecho interno para justificar sus incumplimientos y disponiendo las modificaciones del ordenamiento jurídico interno, en la medida necesaria para dar efectivi-

dad a las obligaciones dimanantes de los tratados que hayan celebrado.

En esa misma línea, una *tutela judicial efectiva* requiere contar con un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso ante los jueces o tribunales competentes, que los ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales.

Además existe una prohibición que emana de los Tratados, en particular de la Convención Americana de Derechos Humanos, que veda la suspensión de garantías judiciales de derechos que no pueden ser suspendidos como el *habeas corpus* y agrego en ese orden de ideas a las medidas cautelares. La Opinión Consultiva de la Corte IDH (Año 1985) enumera entre esos dispositivos a los recursos efectivos y a los procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática de gobierno previstos en los derechos internos.

Por otra parte, una obligación de protección judicial por parte del Estado, no se cumple con la emisión de sentencias judiciales, sino con el *efectivo cumplimiento* de las mismas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25(2) (c) de la Convención Americana³⁰. En el Sistema Internacional de protección de los Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos no acepta el argumento de no haber previsto partidas para abonar el monto dispuesto en la sentencia como una causal de exoneración, “porque no se ha producido ninguna prueba que demuestre que la ejecución de la sentencia en el caso concreto pudiese llegar a producir graves perturbaciones en el orden público. La abstención del Estado durante años, de tomar las medidas necesarias para cumplir con las decisiones judiciales, ha privado de todo efecto útil a las disposiciones del artículo 6l de la Convención” (sentencia “*Priven*”, 29/06/04).

El principio *pro homine* complementado con la exigencia de otorgar un *efecto útil* a los Derechos Humanos enunciados en el Pacto, conduce a una tensión entre el requerimiento que

supedita la emisión de una decisión judicial a la subsistencia de un interés en el pronunciamiento, bajo cuya tutela se ha desarrollado la doctrina de las cuestiones abstractas, y la exigencia de proveer a la vigilancia de los Derechos Humanos cuando: a) subsista un peligro inminente, b) o se cierna alguna amenaza sobre su disfrute, c) o el temor de que se reiteren situaciones similares, d) o subsista la lesión por no haberse todavía cumplido con la condena que dispone restituir los derechos, reparar sus consecuencias o indemnizar los daños ocasionados.

En tales casos los tribunales se abstienen de pronunciamientos dirigidos a declarar que el litigio se ha disuelto, y emiten una sentencia que posee efectos útiles con relación a los aspectos señalados³¹.

La Corte IDH confirma: las normas que incorporan los derechos son obligatorias; se exigen contenidos mínimos para atender y satisfacer esos derechos; los organismos internacionales de control de las convenciones, por ejemplo el Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales proveen una interpretación de carácter obligatorio a través de sus Observaciones; los Estados deben hacer cumplir esos derechos que acarrear su responsabilidad internacional en caso de omisión en el cumplimiento hasta el máximo de los recursos disponibles; se requiere de los Estados el máximo esfuerzo en los recursos disponibles, con lo que destierra medidas regresivas, así lo sostiene la Corte Suprema de Justicia nacional en la causa “*Sánchez, M. del Carmen*”³², con apoyo en la sentencia dictada en “*Caso Los cinco pensionistas c/ Perú*” de la Corte IDH.

Desde los ámbitos doctrinarios se ha alertado acerca de la primacía de las normas constitucionales respecto de leyes infraconstitucionales, como la de presupuesto que busque restringir el empleo de recursos condicionando los gastos.

VI. Antecedentes jurisprudenciales de la CABA.

En el ámbito local -Ciudad de Buenos Aires-, los avances han sido notablemente interesantes, aunque los esfuerzos deben ser perseverantes, tanto para volcar favorablemente la voluntad de los órganos gubernamentales como la de los operadores judiciales. Pruebas al canto: hubieron de iniciarse ciento tres amparos reclamando el derecho a la vivienda para 830 familias que iban a ser desalojadas en el año 2001, para que el Gobierno obligado por las medidas cautelares suspendiera tales acciones, a cuyo efecto dictó un decreto (Dec.895/02) reconociendo la condición fáctica de las familias que se alojaban en los hoteles.

Por supuesto, escamoteó el derecho como tal poniendo en evidencia la función paradójica del sistema jurídico en ese aspecto.

La decisión de poner fin a los programas sociales fue analizada por los Tribunales CAyT en su dimensión jurídica y no como una cuestión social no justiciable propia del “asistencialismo”, como requería el Gobierno demandado. Se evaluó el cumplimiento de las mandas constitucionales en orden al derecho a una vivienda, a la luz del artículo 31 de la Constitución local, de las normas del PIDESC y del Art. 17 de la Constitución de la CABA, que establece el deber de la Ciudad de desarrollar políticas sociales para superar las condiciones de pobreza y exclusión, mediante recursos presupuestarios técnicos y humanos. Los tribunales sostuvieron que la vivienda digna se plantea como el lugar para el desarrollo de las personas y sus familias en resguardo e intimidad, y constituye un derecho exigible y efectivo. Forma parte del derecho a un nivel de vida adecuado (PIDESC), como derecho irradiante de otros que deben entenderse a su vez interrelacionados, y que exigen el despliegue de políticas públicas, que cumplan con la obligación constitucional de

asegurar por lo menos estándares esenciales de acceso a la vivienda.

Se ponderó la razonabilidad de las alternativas propuestas en sustitución de las prestaciones habitacionales como medida del control de la discrecionalidad de la Administración; advirtiéndose que los derechos que admiten su progresiva implementación no son reversibles, es decir no son pasibles de retroactuación o disminución en sus beneficios. Por consiguiente los jueces debían comprobar el cumplimiento de los programas. Además se destacó como principio cardinal del Estado de Derecho, que frente a toda exigencia constitucional o legal la Administración no está facultada, sino obligada a actuar.

En los casos en que los planes sociales en materia de emergencia habitacional no hubieran alcanzado su objetivo de reinserción social y de superación de la máxima crisis, las autoridades deberían evaluar a las familias y en caso de ser necesario prolongar los plazos de las prestaciones o bien incluir a sus integrantes en otros planes equivalentes.

Las decisiones judiciales³³ de la Cámara explicitaron su encuadre en el principio de “autonomía individual”, que como explica Carlos Nino sirve para determinar el contenido de los derechos individuales básicos, ya que de él se desprende cuáles son los bienes que esos derechos protegen, tal como expresamente advierte la sentencia de la Sala I.

En otro nutrido grupo de causas en trámite ante los tribunales del fuero contencioso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, se han planteado demandas por parte de personas inicialmente en ‘situación de calle’³⁴ que fueron beneficiarias de planes sociales consistentes en el pago de subsidios con fines habitacionales, persistiendo la situación de vulnerabilidad a la finalización de los respectivos programas (Dec. N° 690/06 modif. por Dec. N° 960/08). Ante la negativa de continuar con aquellas prestaciones por parte de las autoridades públicas, impugna-

ron que el beneficio se otorgase por única vez, en tanto persistían las condiciones iniciales; asimismo plantearon la inconstitucionalidad de las normas respectivas.

A raíz del novedoso marco normativo, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires debió conocer en los recursos de inconstitucionalidad incoados por el Gobierno demandado, e ingresar en el escrutinio del ‘derecho a la vivienda digna’ enunciado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en el artículo 31 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y en los Convenios y Declaraciones Internacionales con rango constitucional. Luego de una saga de fallos negadores de la exigibilidad de tales derechos³⁵ con fundamento en la falta de una ley local que impusiera un deber específico a las autoridades y de desconocer la atribución de los jueces de determinar obligaciones de esa naturaleza a través de la exégesis normativa, ha terminado por reconocerlos en virtud de una suerte de “doctrina de los propios actos” que encuentra sustento en el inicial reconocimiento por el Gobierno de la situación de vulnerabilidad que originó el pago de subsidios y que admitiría excepcionalmente su prolongación, en tanto se demostrara o quedara en evidencia la continuidad de aquella circunstancia³⁶.

Por tal motivo se expedieron todos de conformidad con el rechazo del recurso de inconstitucionalidad deducido por la demandada, excepto en lo referido al alcance temporal de los subsidios, que no podía concebirse extendiéndose *sine die*. No obstante, mientras dos de los magistrados estimaron plausible controlar el cumplimiento por parte del Gobierno del mandato constitucional plasmado en los artículos 31 y 17 de la Constitución local, los restantes coincidieron en que la atribución revisora se limitaba al examen de las pautas reglamentarias pre-dispuestas que administran los beneficios en las condiciones indicadas³⁷. De igual manera que había ocurrido con los fallos dictados en oca-

sión de llegar a conocimiento del Tribunal las causas en las que se discutía la finalización anticipada de los programas habitacionales, a los que hice referencia³⁸, nuevamente se esquivó el reconocimiento del derecho como tal, ya que las decisiones dictadas en esta ocasión sujetaron la continuidad de las prestaciones a un comportamiento proveniente de la propia Administración Pública y a mi entender, su continuidad fue interpretada de un modo asimilable a un deber derivado de la confianza legítima.

Frente a la regresividad de la nueva normativa reglamentaria citada más arriba, la Cámara del fuero ha reafirmado sin embargo el compromiso que debe dispensarse a los derechos sociales.

Así es que en la causa “Mansilla María Mercedes c/ GCBA s/ Amparo (Art. 14 CCBA)” llevó a cabo una reseña de los antecedentes del derecho a la vivienda, destacando su inclusión en la Constitución de 1949. Apuntó particularmente a la ineludible conexión que debe existir entre las normas reglamentarias y las disposiciones que fueron incorporadas posteriormente a la Constitución Nacional mediante el artículo 14 bis en el texto reformado en 1957, en el que expresamente se consagra el derecho a una vivienda digna. El tribunal sostuvo que como “producto de la reforma constitucional de 1957 nuestra Constitución Nacional receiptó en su artículo 14 bis a los denominados ‘derechos sociales’ y, entre ellos, se incluyó el derecho al acceso a una vivienda digna. Se ha sostenido que, a partir de allí, el Estado comienza a tener claros y específicos deberes de promoción social, es decir, asume un rol distinto en relación a los derechos contemplados inicialmente por las constituciones del siglo XIX, donde su función era velar por los derechos y garantías individuales”³⁹.

Concretamente, respecto de la afectación de la prohibición de regresividad en el goce

de los derechos afirmó que “[...] De allí que el concepto de progresividad implique el de progreso, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos sociales (Comité de DESC, OG N° 3), ello en el marco de las posibilidades técnicas y presupuestarias del Estado. En consecuencia es obvio que el Estado puede optar entre diversas alternativas para ejecutar la política habitacional, sin embargo, no puede prescindir de planificar y poner en práctica una política de desarrollo habitacional en los términos que prevé la Constitución local⁴⁰.

VII. Retrocesos con vaivenes y la sentencia “Alba Quintana”.

Un nuevo hito, pasible de ser observado como otro paso en un sendero que exhibiría la declinación de los derechos sociales en esta materia, según la mirada pesimista de algunos militantes de derechos humanos, proviene de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad en la causa “Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo (Art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, TSJ Causa N° 6765/09, 12/05/2010.

Los datos fácticos y normativos resultan similares a los que acabo de reseñar, contando además con el encuadre normativo que provee el Decreto GCBA N° 960/08. Algunas de las normas de este reglamento han sido objeto de examen en relación a la inconstitucionalidad que manifiestan, no solamente a través del control difuso que llevan a cabo los jueces de la Ciudad en incontables causas vinculadas a esta temática -la mayoría de ellas patrocinadas por los defensores públicos- sino también a través de una acción declarativa de inconstitucionalidad deducida por la Asesoría Tutelar General, conforme a los requisitos habilitados por el artículo 113 inciso 1° de la Constitución local. En esta última se dictó el pronunciamiento definiti-

vo el mismo día en el que recayera el correspondiente a “Alba Quintana”⁴¹.

Los sucesivos cambios en los programas y planes sociales de la Ciudad tienen un directo impacto en la condición jurídica de los beneficiarios y en su situación vital, aunque hasta el momento se ha escamoteado la atención que de una manera más plena procure la satisfacción en los términos de la Observación General N° 4 del Comité DESC: seguridad de la tenencia jurídica, hábitat con servicios públicos de agua, sanitarios, energía eléctrica y gas disponibles, luz y comodidades para el grupo familiar.

Los subsidios, como su nombre lo indican, no son la vía regia, sólo cubren la necesidad frente a la ausencia de otros planes que atiendan al disfrute del derecho mediante la adjudicación en propiedad o tenencia de viviendas sociales.

La sentencia dictada por el TSJ, aunque reenvía a la Sala de la Cámara que la dictó para cumplir con los lineamientos del pto. 16 y emitir una nueva sentencia, es una sentencia definitiva en el sentido de cumplir acabadamente con el requisito de admisibilidad del recurso extraordinario federal fijado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la ley 48. Ello es así por cuanto el cumplimiento de las condiciones y pautas fijadas por el Tribunal para ese pronunciamiento, parten de una interpretación irrazonable e inconstitucional del alcance y contenido del derecho a la vivienda, que termina por negarle su carácter de derecho humano de naturaleza operativa. La decisión que emita la Cámara de Apelaciones nunca podrá reconocer de manera plena y adecuada el derecho constitucional a la vivienda con el alcance y contenido que a éste se le ha asignado en el ámbito federal y supranacional.

Los lineamientos impuestos por el Tribunal, exigen llevar adelante un escrutinio similar a un *ranking* de pobreza, de conformidad con el Decreto 960/08 y la Resolución 1554 del Ministerio de Desarrollo Social, por lo que es aleato-

rio de qué modo habrá de interpretarse, habida cuenta de que el actor deberá demostrar ser más pobre y vulnerable que todos los demás.

Además los jueces de las instancias ordinarias habrán de ponderar los efectos que su decisión tiene en los recursos presupuestarios, tarea francamente diabólica.

Por otra parte, los magistrados deberán analizar el estricto cumplimiento de los requisitos de la reglamentación: encontrarse en ‘situación de calle’ (sin eufemismos vivir en la calle) y además contar con dos años de residencia en la ciudad de Buenos Aires. Si por cualquier motivo el beneficiario se hubiera mudado transitoriamente en busca de resguardo fuera de sus límites, se perderá irremediamente el derecho a acceder a alguna prestación.

Como el TSJ declaró que son constitucionales tanto la restricción consistente en el plazo estipulado (seis cuotas mensuales a las que podrán adicionarse cuatro más en supuestos excepcionales), así como el monto contingentemente previsto (\$7000 como máximo), quienes hubieran percibido la totalidad de las cuotas -que comprende a la totalidad del universo de casos judiciales en cuestión- se hallarán inhabilitados para percibir la prórroga del subsidio.

Conforme a la exégesis del bloque normativo con el que lleva a cabo su análisis el TSJ, de conformidad con el principio de progresividad la obligación constitucional que anida en el Art. 31 de la CCABA, no consiste en solventar una vivienda digna sino en ofrecer a quien carece de ella, “la protección de un techo o albergue básico”, por ejemplo un ‘parador’ o albergue nocturno y en consecuencia, respecto de quien persiga una pretensión diferente deberá desestimarse la demanda por no ser conforme a derecho.

El reenvío que ordena cumplir el Tribunal, además, afecta *la tutela judicial efectiva* consistente en un proceso rápido.

Por otra parte, resultan evidentes los agrava-

vios de naturaleza federal que resultan de la sentencia:

1) El desconocimiento del bloque de constitucionalidad por parte de las autoridades locales, afecta la garantía del sistema republicano de gobierno por parte del Estado federal en cabeza de todos sus órganos y poderes, y está contemplada en el Art. 5 de la Constitución Nacional;

2) Desconocimiento de la titularidad subjetiva del derecho a la vivienda, pues sólo reconoce la existencia de obligaciones generales del Gobierno de la Ciudad respecto del universo de personas, a quienes debe asistir a través de los planes mediante la provisión de albergue en hogares o a través de paradores;

3) Desconocimiento de la interpretación constitucional del derecho a una vivienda digna, que no es otra cosa que proveer las medidas necesarias para que la vida revista condiciones dignas. El objeto y fin de los Tratados es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos;

4) Desconocimiento del deber de progresividad (Art. 2 del PIDESC y 9 de la OG N° 3) a través de una exégesis restrictiva de su contenido;

5) Desconocimiento del umbral mínimo para el efectivo goce del derecho;

6) Desconocimiento de la operatividad del derecho a la vivienda digna con base en supuestas limitaciones presupuestarias que no ha invocado el Gobierno y menos aún ha probado o justificado.

Recientemente, la CSJN ha convocado a una audiencia pública de carácter informativo, que tuvo lugar el 15 de septiembre de 2011, en los

autos “Quisberth Castro, Sonia c/ GCBA s/ Amparo (Art.14 CCBA)” (Ver Anexo Documental de la presente publicación) en la que tramita un recurso de hecho frente a un recurso extraordinario federal denegado, en la que en términos análogos se plantea la continuidad de los subsidios destinados a prestaciones habitacionales, y que ha suscitado lógicas y favorables expectativas acerca del control de constitucionalidad que debería llevarse a cabo.

VIII. Una justificada preocupación frente a razonables expectativas.

Frente a quienes se plantean el ocaso de los derechos sociales en la Ciudad de Buenos Aires, pronosticando su anunciada declinación, propongo escapar del reducido marco que ofrece una concepción exclusivamente jurídica de la cuestión, y más allá del entramado normativo que se vincula a la acción de los organismos internacionales, me interesa destacar que los derechos sociales, al igual que los derechos humanos son una *construcción social*. En definitiva son las prácticas sociales las que terminan por configurar las instituciones.

¿Desde cuándo oímos hablar de alguna forma de obligaciones que asumen las autoridades en respuesta a necesidades de respeto hacia los seres humanos, y a su intrínseca dignidad?

Y como en ese sentido puede decirse que una golondrina no hace verano, es desde esa perspectiva que creo que los DESC se hallan bien protegidos, porque la estructura institucional de la Ciudad de Buenos Aires no puede ser horadada o resquebrajarse por una sentencia que importa una notable marcha atrás en la inscripción simbólica de los derechos sociales en nuestro medio. Implica una deshonra respecto del propio compromiso institucional de la Carta Fundacional de la Ciudad, considerando que el objetivo primordial de todo el sistema protectorio en materia de Derechos Humanos, finca, en

definitiva, en proveer medidas necesarias para que la vida revista condiciones dignas, conforme con la Opinión Consultiva OC-172/02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño del 28/08/02.

No son los derechos sociales los que exhiben su ocaso, se advierten por el contrario las falencias de la política, incapaz de generar programas sustentables en materia de vivienda.

IX. La Defensa Pública como factor de cohesión social.

En ciencias políticas y sociales el término ‘cohesión social’ se emplea indistintamente con otra formulación, ‘capital social’, para hacer referencia al mayor grado de integración que se manifiesta en un vecindario o población, y que puede atribuirse a distintos factores; tales como mejoras en los índices vinculados al empleo estable, a la salud de los habitantes o al desarrollo educativo.

El relato que he llevado a cabo en torno a la problemática de los asentamientos precarios pone en evidencia una elevada informalidad, ilegitimidad en las formas de tenencia de la tierra, falta de regulaciones que coexisten con niveles de pobreza y *déficits* de infraestructura en materia de cloacas, agua potable, calles y viviendas.

Las villas y asentamientos son lugares de resistencia, como metáforas de las nuevas luchas urbanas; no obstante la estigmatización que sufren sus habitantes es posible encontrar en esas poblaciones formas de convivencia y solidaridad que sorprenden frente a la precariedad del contexto.

Desde el mes de diciembre de 2010, contemporáneamente con la toma del Parque Indoamericano, tuvo lugar un extenso asentamiento poblacional en las calles y veredas de Av. Portela entre Riestra y Janer, complementado en el mes de enero del corriente año con la ocupación de la calle Riestra entre Lafuente y Portela y esta última hasta Av. Castañares del

barrio de Villa Soldati en la Ciudad de Buenos Aires, que ascendía aproximadamente a la cantidad de 400 familias y un total de 858 personas. En consecuencia se inició la causa N° 50.095/2010, caratulada “NN s/ Art.181, inc.1º Usurpación. Despojo” en trámite ante el Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 16, en la que se dispuso posteriormente el allanamiento, restitución y desalojo del sector descripto en segundo término, lo que se hizo efectivo el 3 de junio del corriente año.

En cumplimiento del criterio general de actuación contenido en la resolución DG N° 155/10 me cupo intervenir a efectos de coordinar la actuación de los defensores del fuero Contencioso Administrativo y Tributario. Se iniciaron cuatro amparos y dos acciones a las que se otorgó el trámite de medidas autosatisfactivas, destinadas a atender la problemática habitacional de las familias que allí residen. Los objetos contemplados en las demandas respectivas variaron en función de las pretensiones que se articularon: en dos casos se trató de subsidios con la finalidad de que las familias pudieran regresar a las provincias de origen; en otras los montos dinerarios estarían destinados a cubrir el importe de los alquileres de inmuebles o de las tarifas hoteleras y en la restante, se procuraba la obtención de una solución habitacional permanente.

La atención de las personas en su carácter de actores y la preparación técnica de las demandas exigió una intensa movilización por parte de funcionarios dependientes de las Defensorías involucradas y de áreas de apoyo y asistencia técnica de la Defensoría General.

Si bien resulta prematuro emitir un juicio valorativo sobre la tarea desarrollada, no cabe duda de que la población vulnerable ha recibido una adecuada contención jurídica para su problemática al facilitárseles el acceso a la tutela judicial. En los términos aludidos más arriba, se halla pendiente el despliegue jurisdiccional que

otorgue *efectividad* a los derechos afectados.

Un caso⁴² abordado por la Corte Europea de Derechos Humanos en el ámbito de la Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Públicas (1950), guarda notable similitud con el conflicto que brevemente acabo de mencionar, respecto de las familias asentadas en “La Vereda” o “Veredita”.

Si bien este caso se centró en el derecho a la vida y el derecho a la propiedad de quienes habían sido víctimas de la conducta ilícita estatal, guardaba estrecha vinculación con las condiciones en las que habitaban los grupos residentes en un asentamiento cercano a un depósito de residuos, en el que se llevaban a cabo actividades industriales peligrosas. Se examinaron las obligaciones positivas sustanciales del Estado que habían sido omitidas, que incluían obligaciones con relación a medidas preventivas -medidas de orden práctico efectivas para la protección de las personas que vivían allí- y la obligación de informar de manera útil y oportuna sobre los riesgos de residir en aquel lugar. Se hizo referencia a un precedente, en el que los daños graves al ambiente podían menoscabar el goce de su domicilio perjudicando la vida privada y familiar. Se atendió al incumplimiento de las medidas requeridas para la protección de las personas que habitaban en el asentamiento, por parte de diversos niveles de autoridades públicas.

Resulta de sumo interés destacar los argumentos que empleó la Corte Europea de Derechos Humanos para desestimar la incidencia de la culpa de las víctimas en la producción del suceso que acabó con sus vidas o graves daños, por cuanto la política del Estado respecto de las villas de emergencia había favorecido su integración en el tejido urbano y el desarrollo de las modalidades de vida que identificaban a sus habitantes, los que fueron tolerados por las autoridades. A ello agregó consideraciones humanitarias que habrían impedido la destrucción integral e inmediata de las viviendas.

Pero en particular, revirtió hacia el mismo Estado las consecuencias de su conducta discrecional, en orden a las modalidades por las que había optado para atender a la situación planteada frente al grupo de personas residentes ilegalmente en aquellos terrenos (que en el ordenamiento europeo ingresan en la cuestión ‘del margen de apreciación de los Estados’). En consecuencia, considerando el interés sustancial que asistía a los reclamantes, decidió que debía repararse la omisión en proteger la vida de las víctimas y los bienes del actor, la casa accesoria al terreno y sus muebles.

X. Conclusiones.

Una primera aproximación al fenómeno peculiar de una población que resulta simultáneamente incluida en un proceso penal por usurpación, a la vez que reclama por su derecho social a la vivienda, desde la perspectiva de quienes se desempeñan como defensores públicos, brindando por tanto la asistencia jurídica que permita atender debidamente el ejercicio de sus derechos, impone una actitud de empatía, de comprensión frente al emplazamiento adoptado.

Debe primar más bien una condición de escucha atenta, para comprender los intereses que se habrán de exponer a través del cauce de la legitimación. Una mirada integradora de aspectos sociales, jurídicos y técnicos, exenta de autoritarismo.

En la jerga sociológica, como señala Cristina Cravino, ciertos asentamientos son denominados ‘con focalización en planes sociales’, para aludir a la asistencia estatal que reciben sus habitantes lo que suele ser visto por sus propios moradores como una suerte de renuncia y por los moradores de otros vecindarios como formas de domesticación o subordinación al clientelismo.

Los defensores procuramos, auxiliamos y arbitramos los medios idóneos para el ejerci-

cio de los derechos de los asistidos, a fin de que puedan emplazar sus ‘necesidades radicales’ insatisfechas en la matriz que los concibe como sujetos titulares.

Ello así, con la intención modesta de que la resistencia que han decidido adoptar quienes asistimos, se levante por encima del mero contenido emotivo, a través de un discurso de derechos. Con el objetivo, al fin, de que los derechos insaciables de los que hablan algunos pensadores contemporáneos, por ejemplo Ana Pintore, no sigan por mucho tiempo más, francamente insatisfechos.

Notas

¹ Quiero manifestar mi agradecimiento al Dr. Ramiro Sánchez Correa, defensor ante los juzgados de la 1ª Instancia en lo CAyT, por la colaboración brindada en la recopilación del material bibliográfico al que se hace mención en el acápite IV.

² Art.14 bis:“(…) el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social que tendrá carácter integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: (…); la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”. Artículo 11 del PIDESC: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”.

³ Desde la perspectiva sociológica desarrollada coincide con el reconocimiento que asume compromisos normativos del que habla Anthony Giddens en su “La constitución de la sociedad. Bases para la teoría de la Estructuración”, Amorrortu editores, Buenos Aires, 2006.

⁴ Estas consideraciones surgen de la Observación General Nº 4,(1991),HRI/GEN/1/Rev.7.

⁵ Observación General Nº 4, adoptada en el Sexto Período de sesiones (1991), HRI/GEN/1/Rev. 7, p. 21.

⁶ CSJN, “*Ercolano c/ Lanteri de Renshaw*”, Fallos:136:164,28-04-1922, en el que se invocaban soluciones similares de los tribunales de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

⁷ *Avico, Oscar A. c/ de la Pesa, Saúl G.*” Fallos:172:21, 7-12-1934

⁸ Hawthorn, G.,”*Iluminismo y desesperación, Una historia de la teoría social*”, Ediciones Nueva Visión, 2002, Buenos Aires, Argentina: Respecto de la buena fe del capitalismo liberal y su bondad moral, dice el autor que el pensamiento generalizado podía expresarse de este modo: “(…) después de la recesión de la década de 1870, y de la acumulación de evidencia acerca de los horrores de la vida industrial urbana y su articulación por las propias clases trabajadoras, todos, incluso los más insensibles, consideraron que había sido un extravío”.

⁹ Engels, F.:*Contribución al problema de la vivienda*, Editorial Progreso, Moscú, 1980.

¹⁰ CSJN “*Hileret c/ Provincia de Tucumán*” Fallos:98:20, 05-09-1903;”*Nogués Hermanos c/ Provincia de Tucumán*”,Fallos 98:52,1903;

¹¹ Forsthoff, Ernst: “*Concepto y esencia del Estado social*”, en W. Abendroth,E. Forsthoff y K. Doehring, 1986,ps.69-106.

¹² “*Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ despido*”, sentencia del 14 de septiembre de 2004.

¹³ Arq. Ariel Carlos Pradelli: “Buenos Aires-Villa Lugano,2008/2009”.

¹⁴ Esta noción fue extraída del trabajo titulado ¿Informalidad o informalidades? Hábitat popular e informalidades urbanas en áreas urbanas consolidadas (Ciudad de Buenos Aires), Herzer, H. *et al*, en *Pampa, Revista Interuniversitaria de Estudios Territoriales*, año 4, Núm. 4, UNL, Santa Fe, págs. 85 y ss., en pág. 94.

¹⁵ Los datos han sido extraídos del estudio elaborado por el arquitecto A.C. Pradelli mencionado anteriormente.

¹⁶ Vid. Martínez, Clarisa, “Juegos de reconocimiento del derecho al espacio urbano en la Ciudad de Buenos Aires. El caso de la política de erradicación de villas”, en *Laboratorio/n line, Revista de Estudios Sobre Cambio Social*, año IV, Núm. 16, 2004, Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, UBA (con referencias a los trabajos de Nora Clichevsky publicados en 1997 y 2000, titulados “Regularización domínial: ¿solución para el hábitat popular en un contexto de desarrollo sustentable?” e “Informalidad y segregación urbana en América Latina. Una aproximación”, respectivamente).

¹⁷ Conf. González, A. y Elguezabal, L., “*El programa de Radicación de Villas de Capital Federal. Alcances de las decisiones técnico urbanísticas*”, Mimeo, 1993.

¹⁸ Martínez, *op. cit.*

¹⁹ Los distritos U según el Código de Planeamiento Urbano son los referidos a áreas urbanas con características diferenciales que necesitan ser objeto de regulaciones integrales en materia de uso, ocupación, subdivisión y cuestiones estéticas.

²⁰ Szajnber, D., Mann, M. y Arias, S., “Estrategias de acceso a tierra y vivienda de movimientos sociales con acción territorial en la ciudad de Buenos Aires”, en Revista *Theomai. Estudios sobre Sociedad, Naturaleza y Desarrollo*, número especial, 2005 (disponible en www.revista-theomai.unq.edu.ar).

²¹ Vid. Quiroga Lavié, H., *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Comentada*, págs.105/106, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1996.

²² Zenda Liendivít, “Buenos Aires, ciudad fragmentada. Las villas de emergencia y la producción de espacios urbanos”, en *Contratiempo, Revista de pensamiento y cultura*, octubre de 2003 (disponible en el sitio web: www.revistacontratiempo.com.ar).

²³ Martínez, *op. cit.*, quien se apoya en los trabajos de Clichevsky citados anteriormente.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Debía contemplar como mínimo los siguientes aspectos: un relevamiento integral de las poblaciones; la regularización dominial de las tierras y de los inmuebles; la urbanización integral y la integración de esos barrios al tejido social, urbano y cultural de la ciudad; el fortalecimiento de la infraestructura de servicios; el desarrollo de políticas sociales activas; la planificación participativa presupuestaria y la incorporación de metodologías autogestionarias.

²⁶ De conformidad con lo dispuesto en el Art. 6º del decreto 27/07 la denominación actual es “Programa de Emergencia Habitacional, Promoción Social y Hábitat”.

²⁷ Polanyi, Karl: “*La gran transformación*”, se refiere a las leyes de Speenhamland, ‘leyes de pobres’, originadas en el siglo XVIII en Inglaterra.

²⁸ Pinto, Mónica - en el capítulo referido a los Tratados de Derechos humanos de su libro *Temas de Derechos Humanos*.

²⁹ Observación General N° 9, adoptada en el 19º período de sesiones (1998),HRI /GEN /1/ Rev.7,p.60.

³⁰ Corte IDH, voto concurrente del juez Cancado Trindade, en el *Caso 5 pensionistas v. Perú*,28-02-2003.

³¹ Entre otros: “*Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA s/ Amparo*”, Cámara CAyT, Sala I,18-07-2007 .Corte IDH, *Caso De los Cinco pensionistas v. Perú*, sentencia del 28-02-2003.

³² CSJN, “*Sánchez, M.del C., c/ ANSES s/ reajustes varios*”,17-05-2005 y 28-07-2005,Fallos: 328:2833.

³³ “*Silva Mora, G.c / GCBA s/ Amparo art.14*”,Sala 1 de la CCAyT de la CABA. Expte. 2809/00,28-12-2001;”*Ramallo, Beatriz y otros c/ GCBA s/ Amparo art. 14*”, Sala 2 de la CCAy T de la CABA, Expte. 3260,12-03-2002.

³⁴ Personas que viven en la calle por razones de emergencia habitacional (personas desalojadas de sus viviendas por falta de pago del precio de los inmuebles, o los importes de los alquileres), imposibilitadas de acceder a una vivienda porque sus condiciones personales les impiden trabajar u obtener de otro modo ingresos suficientes con tal objeto, desempleados, mujeres a cargo de su familia con varios hijos, etc.

³⁵ “*Panza ,Angel Rafael c/ GCBA s/ Amparo (Art. 14 CCABA)*”, EXP N° 10120/0, Sala I; “*Tolosa, Estela Carmen c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido*”,

TSJ. Expte. N° 4568/06"; *Tolosa, Estela Carmen c/ GCBA s/ Amparo (Art. 14 CCABA)*", EXP N° 9254/0, Sala II; *Navalle Pedro Ignacio c/ GCBA s/ Amparo (Art. 14 CCABA)*", EXP N° 11364/0, Sala II; *GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en "Navalle, Pedro Ignacio c/ GCBA s/ amparo (Art. 14 CCABA)"*, TSJ Expte. N° 4351/05.

³⁶ *"B., A. c/ GCBA s/ amparo (Art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido"* TSJ Causa n° 5042/06; *"GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: "B., M. y otros c/ GCBA s/ amparo (Art. 14 CCABA)"*, TSJ Causa n° 4757/06.

³⁷ Por todos lo decidido en *"Franco, E.R.c/ GCBA s/ Amparo (Art. 14 CCABA) s/ Recurso de inconstitucionalidad concedido"*, TSJ de la CABA, 14-09-2007.

³⁸ Ver nota 2.

³⁹ Cámara C A y T CABA, sala 1, 13-10-2006.

⁴⁰ Cam. CAy T CABA, *"Mansilla, M. M. c/ GCBA s/ Amparo (Art. 14 CCABA)"*, Expte. 13.817/0, sentencia del 13/10/2006.

⁴¹ TSJ de la CABA, *"Ministerio Público -Asesoría General Tutelar c/Gobierno s/ Acción Declarativa de inconstitucionalidad"*, 12/05/2010.

⁴² *"Oneryıldız v. Turquía"*, Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia del 30/11/2004, comentado por Gialdino, R.: "La protección de la vida y de la familia, y el derecho a la vivienda y a la seguridad social en situaciones de pobreza extrema. Obligaciones positivas, sustanciales y procesales del Estado", en *JA* 2008-IV, fascículo N° 4, 22-10-2008.

Dr. Roberto Andrés Gallardo

Defensor General Adjunto en lo Penal, Contravencional y de Faltas. MPD. CABA.

Profesor Adjunto Regular de Teoría del Estado. Facultad de Derecho de la UBA.

Master en Abogacía Estatal. Procuración del Tesoro de la Nación.

El Juez frente a la sociedad dual.

Tal vez ante el título del presente trabajo quepa preguntarse ¿qué interés tiene el posicionamiento del juez frente a un modelo de sociedad dual? ¿Es realmente trascendente que el juez fije su posición frente a este paradigma social? ¿Para que sirve ese posicionamiento?

En primer lugar, debemos afirmar con total certeza, que el juez siempre se posiciona frente al contexto en el cual se inserta el caso, o la controversia que debe resolver. Aun, cuando algunos jueces afirman que en sus resoluciones no existen posicionamientos de naturaleza política en sentido amplio, frente a los contextos sobre los cuales operan, incluso en esos casos, los jueces están ofreciendo un perfil resolutorio, sosteniendo un posicionamiento y actuando conforme a una perspectiva ideológica determinada. Esa lógica no escapa a la actitud que debe tener un juez cuando el conflicto que tiene frente a sí se relaciona con la llamada sociedad dual.

La investigación que vamos a esbozar a continuación, tiende primero a tratar de aproximarnos a qué es una sociedad dual, a caracterizarla, a poder entender de qué forma se exterioriza. Luego, detectar los aspectos normativos que hacen a la definición constitucional y política de la sociedad, en el caso específico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para finalmente discurrir sobre cuáles son los indicios que hacen al emergente de la sociedad dual en nuestra ciudad, y qué debe o puede hacer un juez frente a esos emergentes, asumiendo un determinado posicionamiento.

I. ¿Qué es una sociedad dual?

El primer interrogante entonces, es el relativo a qué es una sociedad dual.

Hay muchas formas de dar origen a la discusión sobre el tema, pero el camino más razonable para poder aprehender la idea, es el que tiene comienzo allá por fines de la década del 60, principios de la década del 70, cuando el Club de Roma, le encarga a investigadores del *Massachusetts Institute of Technology* (MIT), bajo la dirección del profesor Dennis L. Meadow, la realización de un estudio sobre las tendencias y los problemas económicos que amenazan a la sociedad global.

Ese encargo que hace el Club de Roma, tuvo diversos informes como producto final. Los primeros fueron publicados a partir de marzo de 1972 bajo el título genérico de “Los límites del crecimiento”. Para descartar cualquier tipo de perspectiva conspirativa vale destacar que, los objetivos del Club de Roma, de acuerdo a lo que el propio Club expone en sus documentos liminares son *la contribución a la solución de la problemática mundial, la identificación del problema, su análisis en la perspectiva global interdisciplinaria y a largo plazo, la investigación de las soluciones alternativas futuras, y de elaboración de escenarios de futuro.*

Los resultados de estos trabajos encargados por el Club, se comunican a los responsables públicos y privados y al público en general y, eso se hace a través de conferencias, informes, Internet, etc.

En cuanto a la constitución del Club de Roma, es una organización no gubernamental de carácter internacional, que reúne a unos 70 empresarios, directivos, políticos, altos funcionarios, expertos académicos, de Europa occidental, del norte y del sur de América y de Japón.

Inició sus actividades en 1968, y el primer presidente del Club fue vicepresidente de Olivetti, y miembro del consejo de administración de Fiat. En relación a sus motivaciones explícitas -porque sobre sus motivaciones implícitas u ocultas existen numerosos trabajos de investigación, sobre los cuales no nos vamos a detener en este momento)- queda claro que no son anticapitalistas.

Aclarado esto, vayamos a este primer informe, sobre los límites del crecimiento del año 1972.

En la investigación del MIT, se recopilaron datos sobre la evolución que habían tenido durante el siglo XX un grupo de variables de las cuales las más importantes eran la población, la producción industrial, la contaminación y las reservas de algunos recursos naturales.

Luego, el MIT diseñó fórmulas que relacionaban las variables entre sí, y trató de que esas ecuaciones sirvieran para describir las relaciones entre los datos conocidos. Luego, incorporando estos datos en un sistema informático, ver cómo se proyectaban esas variables en valores futuros permitiendo vislumbrar las consecuencias que sobrevendrían.

Los resultados que surgieron de la investigación no fueron muy halagüeños, ya que se detectó que hacia el año 2000 habría una grave crisis de producción industrial y agrícola; que luego se alcanzaría un máximo histórico en la población mundial humana; y que, hacia el año 2100 se arribaría recién a un estado estacionario, con producciones muy inferiores a las existentes en el siglo XX y con una población humana en franca decadencia.

El equipo del MIT modificó algunas de esas variables, generando distintos tipos de alternativas a cada una de ellas y, todas las modificaciones implicaban distintas crisis. La única modificación de los datos introducidos en el sistema informático que conseguía eliminar la crisis, era a través de una igualación inmediata de las tasas de natalidad y mortalidad en el mundo. Es decir que, el crecimiento de la población debía frenarse (le pusieron fecha), antes del año 1985.

Para que resulte un tanto más claro el contexto, la idea que subyace en el informe del Club de Roma es: *el mundo actualmente se encuentra inmerso en un sistema capitalista de producción; el sistema capitalista tiene una dinámica de crecimiento vinculada con la producción industrial,*

con el aumento de la población mundial y con la disponibilidad de recursos naturales.

Lo que se trató de dilucidar a través de la carga de estas variables en el sistema informático era si, el sostenimiento de las tasas de crecimiento de todas las variables en el tiempo, provocaría un colapso; y se concluyó que entre los años 2000 a 2100 se produciría la crisis y que recién en el 2100, ya con un paisaje apocalíptico, el sistema mundial se estacionaría o quedaría en una suerte de *stand by*. Pero hasta el año 2100 las consecuencias serían gravosas y críticas, salvo que - y es la propuesta que vislumbró el equipo - antes de 1985 se frene la tasa de crecimiento poblacional, a través de una paridad entre los nacimientos y las muertes.

De cualquier manera, las conclusiones del informe podían llegar a ser otras, por ejemplo, si se sostuviera la tasa de crecimiento poblacional y el consumo de recursos naturales disponibles en un sistema no capitalista.

Esta podría llegar a ser una opción también, aunque no está explícitamente desarrollada.

Frente a esto obviamente la comunidad internacional, no sólo la empresaria y la política, sino también la científica y la académica, se convulsionó. Luego el cuadro fue de alguna manera "superado", por las teorías posteriores vinculadas con el llamado "Crecimiento Sustentable".

En realidad lo que queda claro es que, la centralidad económica y política mundial ratificó entonces que el sistema económico vigente se sostendría. Es decir, las formas capitalistas se sostendrían tal cual como se habían venido desarrollando, a los largo de los siglos XIX y XX y obviamente esa lógica capitalista implicaba la continuidad de las tasas de producción y de consumo y la continuidad de la afectación de los recursos naturales. Por supuesto lo que quedaba definido era que si esas variables se sostenían, la variable afectada era la poblacional o sea, el sistema mundial había optado por un achatamiento poblacional, por una suerte de

meseta en el crecimiento de la población, y esto se lograría de una sola forma: menos nacimientos, mayor mortalidad infantil, y por supuesto mayor mortalidad de humanos adultos.

Esta situación podría explicar muchos fenómenos, desde una perspectiva mixturada con alguna raíz conspirativa. Tal es el caso por ejemplo, de la aparición de novedosas epidemias y enfermedades o mutaciones de ellas, o la conformación de bacterias y virus, que parecen tener su origen en laboratorios humanos y no en modificaciones de raíz natural, que por cierto afectaron y afectan a millones de personas. Sin ir mas lejos uno de los casos concretos es el del virus del SIDA. Esa lógica también permite comprender la pasividad mundial frente a los fenómenos de muertes por hambrunas que sacuden a regiones asiáticas, africanas, americanas, prácticamente de todos los continentes, a excepción de los que involucran a la centralidad mundial como lo son Europa y Estados Unidos. A la luz de este diagnóstico, sin duda alguna la opción del sistema mundial es que se sostendrá el capitalismo y su tasa de producción y de consumo, sacrificándose la calidad de vida y la cantidad de seres humanos sobre la tierra.

Por cierto estas premisas que impone el orden económico político mundial, han repercutido y repercuten en forma directa sobre la dinámica social y política de todos los países periféricos. Sin ir más lejos, las medidas económicas sugeridas o impuestas según el caso histórico, por el Fondo Monetario Internacional (FMI), o el Banco Mundial, constituyen expresiones muy concretas de la aplicación práctica de estas políticas globales del poder económico mundial.

Un claro ejemplo lo constituyen las llamadas *políticas de contención* en las cuales se asume la existencia indefinida de capas pobres, estratos o segmentos de población en condiciones de extrema pobreza. La subsistencia de esos sectores requiere de políticas de contención que los alimenten, los mantengan dentro de un esquema

de supervivencia, pero que no los integren al sistema económico, esto es, aplicar planes que supongan subsidios, alimentos o medicamentos, pero no acceso a los niveles de producción y de consumo. Lo que se está diciendo en concreto con estas prácticas, es que esos grupos humanos van a ser sostenidos en su situación de pobreza y que no van a poder ingresar jamás en términos efectivos, al mercado de trabajo y a las prácticas de consumo, obviamente porque eso incidiría necesariamente en las otras variables y produciría el colapso mundial.

Si se extrapolase la situación y se permitiera que los sectores pobres revirtieran su situación de pobreza estructural a través de su ingreso al mercado laboral y su participación en prácticas de consumo en el marco de la economía capitalista, obviamente se alterarían las tasas de crecimiento industrial, de consumo energético, de calentamiento global y por supuesto se produciría una crisis terminal.

Lo que la práctica de contención permite es, que sin que estos sectores se tornen tan violentos que resulten inmanejables, ni tampoco requiriendo de su explícito exterminio o desaparición, mantenerlos en el estado de pobreza estructural del cual obviamente nunca saldrán. Garantizando además, en virtud de sus condiciones socio ambientales, que se reduzca en forma sustancial su expectativa de vida. Este es el claro ejemplo de lo que sucede con las poblaciones de países como Haití o Etiopía, en donde la expectativa de vida está reducida a su mínima expresión.

Por supuesto que el cuadro, esta descripción que estamos haciendo, no puede tener su correlato en la expresión normativa. No podrían existir leyes o normas de carácter general que expusieran esta lógica que impone el orden mundial. No sería aceptable en la conciencia de la humanidad la existencia de una norma que dijera, por ejemplo, que a los fines de preservar el sistema capitalista, el crecimiento mundial y los privilegios económicos y

sociales que detentan las poblaciones ricas que se ubican en los países centrales, se va a sacrificar la calidad de vida, la esperanza de vida, y por supuesto la posibilidad de desarrollo de los contingentes humanos que habitan en los países periféricos. Esa regla o esa norma, no se puede escribir, por que no es políticamente correcta, aunque sea la ley de hierro que rige la dinámica de la política mundial.

Pero sí puede escribirse lo contrario. Es lo que se hace a través de la proliferación de normas de naturaleza internacional o de rango global, que fundamentan la vigencia irrestricta y universal de los Derechos Humanos, entre los cuales está el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a la alimentación, entre otros.

Todos estos derechos deben tener en esta lógica una definición expresa legal y todos los órganos internacionales que suponen ser la expresión de los poderes concretos y globales, deben exponer la más absoluta predisposición a la integración social y al desarrollo humano en todos sus aspectos.

Quiere decir entonces que en el siglo XXI, nos vamos a enfrentar a una situación en la que contrariamente a lo que ocurrió con el absolutismo monárquico y su decadencia a fines del siglo XVIII y principios del XIX, -en donde explícita y normativamente, el poder restringía los derechos de las mayorías populares, generando una reacción revolucionaria -el poder económico y político mundial, no va a retacear en términos nominales los derechos de ningún habitante de la tierra. Va a tratar de universalizar, en términos teóricos y nominales, el catálogo de derechos, sosteniendo que todos los seres humanos son acreedores a gozar de los mismos. Da en teoría lo que en la práctica cercena.

Si relacionamos la descripción anterior vinculada al Club de Roma y al informe sobre los "Límites del Crecimiento", con lo que se acaba de explicar, surge esta aparente contradicción entre las premisas del informe del Club de

Roma y el reconocimiento irrestricto de Derechos Humanos en el mundo. Se validará el interrogante de cómo es posible, que los mismos países centrales que promueven la lógica del sostenimiento del sistema capitalista con el consiguiente deterioro de la población, convaliden normativamente la cuestión del respeto universal por los Derechos Humanos.

La respuesta es mucho más simple de lo que podamos suponer. Resulta dificultoso para cualquiera pensar las crisis sociales y mundiales, desde una perspectiva en la cual nada en términos jurídicos es negado: sería más fácil pensarlas en términos de un discurso de gobiernos despóticos o dictatoriales, que negaban abiertamente los Derechos Humanos, como podría haber sido el caso en otro contexto histórico.

Hoy por hoy, el discurso impuesto desde los propios centros internacionales, encabezados por Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia, exige respetar en su integridad los Derechos Humanos de todos los habitantes del planeta. Aunque en la práctica estos mismos países, tengan conductas abiertamente violatorias de los Derechos Humanos.

Esta introducción nos permite empezar a comprender cuáles son los orígenes de la llamada *sociedad dual*, porque justamente en ella coexisten en un mismo territorio dos segmentos sociales claramente diferenciados, uno de los cuales está integrado al sistema económico y político, mientras que el otro -generalmente mayoritario- se encuentra fuera de él. Por supuesto y repito para que no se pierda de vista, la normativa va a incluir en términos discursivos a ambos segmentos dentro de un mismo sistema político, pero en la práctica la asimetría existente entre ambos hará imposible que esa integración universal se concrete.

El fenómeno de la sociedad dual es un fenómeno claramente existente en América Latina y cuyas expresiones más extremas se dan paradójicamente en las zonas o los territorios

de mayor riqueza. Por supuesto el fenómeno también es global y afecta a los propios países centrales. De hecho las situaciones de violencia, que han existido en los últimos tiempos en Gran Bretaña o en Francia, en donde barriadas enteras se levantan en enfrentamientos con los cuerpos policiales, incendiando masivamente automotores y locales comerciales, no hace sino expresar un emergente de la sociedad dual y de la violencia estructural que ella misma genera.

Si tuviésemos que caracterizar entonces a la sociedad dual, podríamos en primer término señalar que este fenómeno se da en un territorio común, es decir, la expresión dual de sociedad se verifica en un mismo territorio, en un mismo ámbito espacial. En él coexisten dos o más, pero en principio dos, conjuntos poblacionales diferenciados que son además claramente estancos, es decir, conjuntos poblacionales entre los cuales no hay una dinámica de integración sino que presentan características cerradas, inexpugnables, o impenetrables de unos hacia otros. Esos conjuntos poblacionales, a su vez, nos permiten apreciar la existencia de asimetrías en las prestaciones. esto es, el comportamiento estatal frente a los distintos conjuntos poblacionales que coexisten en el territorio es diferente. Estas asimetrías se dan fundamentalmente en las áreas educativas, de salud y de seguridad. En general, en términos cuantitativos los segmentos poblacionales que reciben mejores prestaciones por parte del Estado, o que en casos extremos cuentan con dichas prestaciones en detrimento del otro o de los otros grupos que carecen de ellas, son en la mayoría de los casos cuantitativamente menores respecto de aquellos grupos que aunque cuantitativamente mayores carecen de prestación o cuya prestación presenta mayores déficits.

Decimos que esto ocurre en “términos generales” porque existen situaciones en las cuales los grupos que adolecen de deficiencias prestacionales o que directamente no tienen acceso a

los servicios estatales, a veces pueden ser grupos minoritarios dentro del territorio. Un ejemplo podría ser en este contexto, la Ciudad de Buenos Aires, en donde los grupos que se encuentran con marcada asimetría negativa en la prestación estatal, no constituye cuantitativamente mayoría, como veremos más adelante.

Otro aspecto que caracteriza a la sociedad dual es que estos grupos diferenciados dentro del territorio tienen a su vez valores, culturas y tradiciones propias que no comparten con los grupos con los cuales se encuentran enfrentados.

Por último, una característica central del proceso de dualización la constituye el emergente de la violencia social, que generalmente no es leída adecuadamente simplificándola en términos de violencia policial, cuando en la práctica su origen está asociado con la propia violencia que genera la situación asimétrica a la que estamos aludiendo.

Por supuesto el fenómeno de la sociedad dual se puede presentar en formas diversas y con diversos modos, es decir con diversas graduaciones, que van desde una dualidad extrema en donde la asimetría existente es una asimetría radical (por ejemplo, la existencia de grupos poblacionales que carecen de todo tipo de prestación estatal es decir que se encuentran prácticamente en estado de abandono) o en un grado inferior donde la asimetría tiene que ver con aspectos cualitativos: esto es que sin poder afirmar que existe un abandono decidido y definitivo del Estado hacia aquellos sectores socialmente expulsados, lo que sí existe es un deterioro notorio de las condiciones de asistencia estatal.

Tal vez volviendo a los ejemplos, sea esta la forma que caracteriza a la dualidad en la Ciudad de Buenos Aires: el Estado reduce ostensiblemente su intervención y la calidad de la misma. Así existen algunos ejemplos en el área educativa, en donde las condiciones de enseñanza tanto en términos de recursos huma-

nos como de infraestructura, son notoriamente diferentes según los barrios: mientras que en unos la infraestructura es adecuada con buenos edificios, con mantenimiento, iluminación, limpieza, calefacción, etc., en otros ámbitos territoriales se notan reducciones importantes en la calidad de la infraestructura, con edificios deteriorados, con una escasa calefacción y pésimo estado de los sanitarios, entre otros. En cuanto a los recursos humanos, también es marcada la asimetría. En los sectores beneficiados por la prestación estatal se concentran los mejores y mayores recursos humanos, mientras que en las zonas pobres son pocos los docentes disponibles y generalmente la calidad de la docencia que practica en esas zonas no es la mejor, no sólo por deficiencias propias, sino por la imposibilidad de mejora que le da el contexto en el cual se desarrolla.

En el área de salud también se marcan diferencias prestacionales, vinculadas con infraestructura y personal y por supuesto en lo relativo a equipamiento y suministro de medicamentos.

En materia de seguridad, la diferencia se hace más notoria porque en las zonas en donde el abandono estatal ya se encuentra consumado en materia de salud y educación, la ausencia en materia de seguridad es aún mayor. Estas zonas están prácticamente libradas a su suerte, por la falta de servicios de seguridad a partir de una hora determinada. Sus contornos territoriales se marcan de las más diversas formas, quedando en evidencia la peligrosidad que entraña el transitar por el interior de esas zonas para quienes no pertenecen a ellas.

Al referirnos a la estancamiento de la sociedad dual, aludimos a que las condiciones de desarrollo de los individuos en cada uno de los grupos los marcará para el resto de sus vidas, impidiendo en la práctica la integración de unos con otros y la dinámica de la movilidad social: es decir, los sectores que se encuentran marginados o excluidos, *son producto de un pro-*

ceso de socialización que, va a resultar condicionante para la integración.

II. ¿Cuál es el plan social de la Constitución?

Ahora que comienza a comprenderse el fenómeno de la dualización social, vamos a tratar de encontrar en el texto constitucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires algunos elementos que permitan determinar cuál es el plan social que se diseña en su letra.

En el preámbulo de la Constitución existen numerosas alusiones al modelo social que con su vigencia pretende. Así, se habla de promover el desarrollo humano en una democracia fundada en la libertad, la igualdad, la solidaridad, la justicia y los Derechos Humanos, reconociendo la identidad en la pluralidad y garantizando la dignidad y la prosperidad de sus habitantes y de las mujeres y de los hombres que quieran gozar de su hospitalidad.

Aquí claramente que alude a los habitantes -término reiterará luego en varios de los artículos de su texto- está evidenciando la inexistencia de división alguna en su conjunto poblacional. Para el ideario constitucional plasmado en el preámbulo, no existen subgrupos dentro de la Ciudad que merezcan tratamientos diferenciados, sino por el contrario, se refiere a un solo conjunto conformado por los habitantes de forma inespecífica.

En el título primero en la parte de derechos y garantías, el artículo 11 en su segundo párrafo señala que la Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden, que limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad. Este es uno de los artículos centrales que nos revela la predisposición constitucional. Obviamente esto está estrechamente vinculado a la presencia estatal y a la variedad de prestaciones que

el Estado realiza en los distintos ámbitos territoriales de la Ciudad.

En el título segundo relativo a las políticas especiales, el artículo 17 consigna que la Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos, asistiendo a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promoviendo el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades.

Pareciera que en este artículo ya no se trata de una mención programática o teórica vinculada a la situación de desigualdad, sino que muy por el contrario es una fórmula de discriminación inversa en donde las políticas públicas tienen que determinar cuáles son los sectores de menores recursos y menor posibilidad de integración social. Luego de esa determinación, aplicar sobre esos subgrupos políticas más profundas y más enérgicas para posibilitar una igualación en las condiciones con el resto de la sociedad que presenta mejores niveles de integración y desarrollo.

En el mismo capítulo, el artículo 18 nos habla del desarrollo equilibrado, al señalar que la Ciudad promueve el desarrollo humano y económico equilibrado, que evite y compense las desigualdades zonales en todo su territorio. Este artículo describe la preexistencia, de situaciones diferenciadas en el ámbito de la Ciudad Autónoma y propone la tarea de equilibrar las asimetrías que venimos describiendo, logrando una suerte de nivelación entre las zonas desarrolladas y ricas y las zonas excluidas y pobres.

Para hacer efectivas las postulaciones de los artículos 17 y 18, dentro del mismo capítulo, el artículo 19 refiere a la existencia del Consejo de Planeamiento Estratégico, de carácter consultivo, que tiene iniciativa legislativa, presidido por el Jefe de Gobierno e integrado por instituciones y organizaciones sociales representativas del

trabajo, la producción, la religión, la cultura, la educación y los partidos políticos.

Este Consejo tiene como finalidad proponer planes estratégicos consensuados que ofrezcan el diseño de políticas públicas específicas al conjunto de la sociedad y no para una parte en particular.

Si tuviéramos que referir entonces, a la luz de lo visto, cuál es la propuesta constitucional que ha quedado plasmada en el texto de 1996, podríamos afirmar que en los términos del plan social constitucional, se describe la voluntad constituyente de conformar una sociedad integrada, una sociedad que no presente divisiones con origen en la prestación estatal ni en términos sociales, geográficos y económicos. La sociedad que concibe la constitución porteña es integrada, armónica, equilibrada y básicamente fundada en criterios igualitarios y de una eventual discriminación, aunque inversa, solo tendiente a promover la nivelación social.

Ahora bien, si es ese el modelo social constitucional restaría analizar en el presente, si se verifican indicios de existencia de sociedad dual en la Ciudad de Buenos Aires y cuáles son aquellas áreas o aquellos aspectos a través de los cuales se puede determinar si efectivamente estamos en presencia o no de una sociedad dual.

III. ¿Existe un modelo de sociedad dual en Buenos Aires?

La Ciudad de Buenos Aires presenta ya históricamente dos grandes áreas conocidas como Buenos Aires sur y Buenos Aires norte, que han recibido un tratamiento diferente por parte del Estado local, presentando en la actualidad, características notoriamente diferentes. Por supuesto dentro de estas dos grandes áreas de la Ciudad, también hay subáreas o zonas geográficas menores en las cuales se acentúan o se potencian las características propias del norte y del sur.

Es claro que la zona norte es una zona mayoritariamente urbanizada con sólo pequeñísimos enclaves tales como la Villa 31 y 31 bis de Retiro que rompen dicha homogeneidad. Salvo estas excepciones, la zona norte es claramente una zona urbanizada en la cual existen accesos y formas de circulación vehicular y peatonal señalizadas, iluminadas, servicios de suministro de agua, y servicios de cloacas, provisión de energía domiciliaria, provisión de gas natural y una distribución territorial adecuada de las prestaciones básicas estatales vinculadas con seguridad, salud y educación.

Asimismo, en ella se verifican además, la existencia de los mejores desarrollos o emprendimientos vinculados con áreas de esparcimiento, plazas, parques, los mejores centros culturales, museos, actividades artísticas, deportivas y en general lo que sería el desarrollo de actividades artísticas y culturales.

En cambio, en la zona sur existen vastas áreas de su territorio que se encuentran pendientes de urbanización y que se caracterizan por: carencia de calles y/o accesos adecuados, ausencia o deterioro de pavimento, inexistencia de servicios de agua, muy deficientes trazados eléctricos y prestaciones de salud, educación y seguridad deficitarias.

Cuando hablamos de las diferencias que existen entre el norte y el sur, aludimos a que dentro del mismo territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y que está perfectamente referenciado por la propia Constitución local en la parte de límites y recursos, en el artículo octavo, convergen dos zonas con características económicas, políticas y sociales bien diferenciadas y claramente asimétricas.

Por supuesto esta asimetría es causa de numerosos conflictos judiciales entre los grupos reclamantes y el Estado local y ha tenido diversas expresiones en los tribunales de la Ciudad.

A continuación haremos referencia a tres ejemplos paradigmáticos que se han dado en los últimos tiempos en diversas áreas del Gobierno

de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En primer lugar, un caso de octubre de 2007, iniciado por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), organización no gubernamental que actúa en forma bastante habitual en el fuero porteño en la promoción de los derechos sociales de los grupos marginales del sur de la Ciudad de Buenos Aires. Esta ONG presentó un amparo en los términos del Art.14 de la Constitución local con el objeto de reclamar para la conocida Villa 20 -barrio de Lugano también del sur de la CABA- la implementación de un adecuado sistema de recolección de residuos, que resolviera en forma transitoria el problema del contacto de los habitantes de la villa con la basura, dado que estaba aún pendiente un suspenso llamado a licitación pública.

Según la ONG, el contacto de los habitantes con la basura vulneraba y ponía en peligro el derecho a la salud de numerosas familias y de centenares de niños.

En el mismo expediente se solicitó en forma cautelar, la instalación inmediata de contenedores u otros elementos que impidiesen el contacto de los vecinos con la basura y también la limpieza de una calle interna en la villa, ubicada entre las manzanas 22 y 23, donde funciona un comedor comunitario al que acuden decenas de menores y en cuya entrada había montículos de basura, cartones, etc.

En octubre de 2007 se dictó la medida cautelar, en la cual se ordenó lo que había peticionado la ACIJ; sin embargo, debió intimarse en numerosas oportunidades al Gobierno de la Ciudad, para que acreditara el cumplimiento de esa medida cautelar. En mayo de 2011, luego de numerosas intimaciones y de que todas las experiencias de constatación hubieran denotado el incumplimiento reiterado de lo ordenado por la medida, se intimó esta vez al Ministro de Ambiente y Espacio Público, bajo apercibimiento de aplicar una multa diaria de \$ 1000 por cada día de retardo en el incumplimiento de lo ordenado,

a limpiar y desocupar la zona frente al comedor comunitario de la calle Albariños.

En junio de 2011, ahora ya con la intimación de aplicación de multa al Ministro de Espacio Público y al Presidente de la Corporación Buenos Aires Sur, y pese al tiempo transcurrido, el Gobierno de la Ciudad no efectuó ninguna prestación para dar cumplimiento a los puntos ordenados, con lo cual demostró inequívocamente la ausencia de voluntad política para resolver estas cuestiones.

El expediente duró unos cuatro años y la medida cautelar continuó sin resolverse, prácticamente hasta la fecha. La actividad gubernamental fue sólo esporádica y siempre encontró algún argumento vinculado a su propia conducta omisiva para sustraerse de la obligación judicialmente impuesta.

A partir del 6 de junio de 2011 la multa empezó a correr en forma automática, pero más allá de la aplicación de la sanción pecuniaria, lo que queda en claro es que un barrio muy populoso de la Ciudad como es Villa Lugano, que alberga un conjunto de villas de emergencia o barrios marginales, adolece de las más elementales prestaciones estatales, en este caso de higiene y recolección de residuos, en espacios comunes, calles, pasillos y plazas.

Resultaría absolutamente inconcebible que este fenómeno "normal" en términos sociales en la Villa 20, se produjese por ejemplo en el barrio de Recoleta o en el Barrio Norte: no podría entenderse que la misma situación se repitiera en esos lugares, sin que generase revueltas entre los vecinos, conmoción política y social ya que esos barrios no solo están acostumbrados a otro estándar prestacional, sino que jamás tolerarían una reducción sustancial de la prestación del Estado.

Sin embargo, la sociedad enteramente aceptada en forma silenciosa y cómplice que el Estado local se ausente de las zonas pobres del sur de la CABA.

El otro expediente vinculado al tema de salud, es también un amparo que inició la Asesoría Tutelar N°1 del fuero Contencioso Administrativo y Tributario contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. El objeto de dicho amparo era poner fin a la actitud discriminatoria del Gobierno contra las personas menores de edad que habitan en las villas de emergencia, asentamientos y núcleos transitorios, al no brindar la seguridad adecuada que permite el desarrollo normal de la vida de quienes residen en dichos lugares, y a fin de que se garantice el goce inmediato y efectivo de los derechos consagrados en la Constitución en condiciones de igualdad al resto de los habitantes de la Ciudad.

El Asesor Tutelar solicitó que el Gobierno proceda a elaborar, presentar y ejecutar a través del área competente, un plan específico de seguridad ciudadana que asegure las condiciones necesarias para que todos los habitantes de dichas zonas tengan acceso a los servicios de salud, recolección de residuos, educación, entre otros, en condiciones de seguridad.

Dicho plan, debería establecer como mínimo el emplazar de un destacamento en cada una de las villas de emergencia y asentamientos, de efectivos policiales para asegurar la presencia policial durante las 24 horas.

Luego, en el marco de este expediente, se presentaron una cantidad de vecinos, efectores de salud y una organización no gubernamental, que solicitaron la intervención del Poder Judicial en defensa de los derechos y asistencia colectiva a la salud y a la no discriminación de las comunidades de las villas y asentamientos de la Ciudad. Concretamente peticionaron el dictado de una medida cautelar para que el Gobierno, a través del Ministerio de Salud, proceda a diseñar y presentar en el plazo de 24 horas un protocolo de atención del Sistema Asistencial Médico de Emergencias del Gobierno de la Ciudad (SAME) de implementación

inmediata. Dicho protocolo debería garantizar el servicio de emergencias médicas a los habitantes de las villas y asentamientos, en término oportuno y seguro, con las medidas de contingencia necesarias, para que dicho servicio no se viera interrumpido por la falta eventual de recursos humanos y de la Policía Federal.

Este pedido de medida cautelar en realidad fue solicitado al Poder Judicial, dada la reiteración de situaciones en las cuales, aduciendo una supuesta situación de inseguridad, las ambulancias oficiales del SAME no ingresaban en los barrios pobres por lo que quedaban sin atender numerosas situaciones de alto riesgo, con las consecuentes lesiones irreversibles o lisa y llanamente la muerte de los enfermos.

El caso más paradigmático fue el de Humberto Ruiz en la Villa 31. Allí, el Sr. Ruiz sufrió una descompensación y la ambulancia que había sido asignada por el SAME ingresó, luego de varias horas de cabildeos, cuando el señor Ruiz ya había muerto. Esta situación originó un levantamiento en la población de ambas villas, la 31 y la 31 bis, con corte del acceso a la Ciudad de Buenos Aires, a través de la autopista Arturo Illia. Al cabo de esta revuelta, se hizo la presentación que permitió al juzgado actuante ordenar una serie de medidas, entre ellas la obligatoriedad de la conformación del protocolo de actuación del SAME.

Es interesante detenerse en este caso, no sólo por la trascendencia que tiene y por cómo denota con claridad la existencia de modelos de sociedad dual, sino por los comentarios, (detectados luego de secuestrarse las cintas que registran las comunicaciones entre las ambulancias y la base) que realizan los efectores de salud, vinculados con esas poblaciones. Por ejemplo, a fojas ocho de la transcripción se lee que uno de los efectores dice: "la ambulancia no entra ahí, no se puede entrar, que vengan al destacamento, es la única forma que vamos a hacer contacto con el paciente". O sea, el efector pretendía que

llevaran a una persona que estaba desvanecida y con un cuadro aún no diagnosticado -que se la arrastrara literalmente- hasta el destacamento de policía donde estaba la ambulancia. En otro momento de la transcripción, el mismo efector dice que está con cuatro oficiales de policía esperando que la gente llegue al destacamento, pero que la gente no llega, entonces dice: “bueno yo no entro en el barrio YPF, (que es un barrio, una sub-zona dentro de la villa) porque es una zona muy peligrosa”. En la página doce de dicha transcripción, otro efector señala: “yo me retiré ya, yo no me voy a quedar más, porque en cualquier momento van a venir todos los negros y se va a armar un bardo terrible, no voy a entrar adentro de la villa si no sacan al paciente, ellos dicen que no hay forma de sacarlo, le dije sacalo con un carro que es mucho más fácil que con una camilla y no lo quieren hacer, hay que llevar la ambulancia a la puerta de la casa y yo no voy a entrar a la villa bajo ningún punto de vista”.

Estas frases que quedaron registradas judicialmente y que dieron origen a denuncias penales por parte del tribunal por abandono de persona y por actitudes discriminatorias ante el INADI, son elocuentes y no merecen ningún tipo de ampliación ni de comentario. Solo resta señalar, que no se conoció por parte del Gobierno de la Ciudad, ni de ninguna de las autoridades competentes algún tipo de sanción o discurso tendiente a neutralizar los dichos de los efectores de salud que habían trascendido. Por el contrario, hay una suerte de aval gubernamental a estas expresiones de intolerancia social, racial y económica.

La situación descripta en cuanto a la atención médica de estas zonas, no sólo incluye a las villas y asentamientos, sino también ahora, a los complejos habitacionales de Soldati, Piedrabuena y Villa Lugano, en los que viven centenares de miles de personas y que son considerados “zona peligrosa” por los efectores de

salud. Y no sólo por ellos, ya que de hecho se ha generado una barrera virtual, una suerte de frontera entre los barrios integrados y éstos, que es claramente detectable en los sistemas de posicionamiento satelital, conocidos como GPS, que al aproximarse a estos barrios, comienzan a emitir mensajes de peligro instando a los conductores a retirarse del lugar.

El tercer caso que vamos a analizar es el vinculado con una acción de amparo de una organización no gubernamental, contra el Gobierno de la CABA. A través de esa acción se solicitó, se ordenase cesar en la práctica discriminatoria y de exclusión de las villas porteñas, incluyendo a los habitantes de estas zonas en los planes que promociona el gobierno porteño para las plazas y parques del resto de la Ciudad en su página *web* institucional. Dichos programas consisten en proyectos de reparación y preservación del espacio público, el servicio de reconocimiento y/o relevamiento de plazas, instalación y/o reconstrucción, plantación de árboles e instalación de iluminación, mantenimiento, vigilancia, colocación de bebederos, cestos de basura, designación de veedores en las plazas, patios porteños o espacios verdes. El amparo exige que también se incluyan los espacios dedicados a la recreación en las villas de emergencia. Además se solicitó, que se condenara al Gobierno de la Ciudad a instalar o reinstalar plazas y parques que respondan a las dimensiones de cada uno de los barrios en cuestión, con arboleda, iluminación y ajuste a los parámetros ergonómicos culturales y de seguridad legales, que posee el propio gobierno local para los barrios pobres de la Ciudad. En este caso la pretensión es que los barrios ubicados en el extremo sur puedan tener en su entorno, la misma cantidad y calidad de espacios verdes de que disponen el resto de los barrios de la Ciudad.

Es de hacer notar, que como en el resto de los casos resulta inaudito suponer que esta situación pudiera verificarse en los barrios conso-

lidades del norte. Así es inimaginable suponer el abandono a su suerte, de parques como el Parque Thays o el conocido como Rosedal de Palermo, donde la prestación estatal es continua y creciente, en detrimento o en forma inversamente proporcional, a lo que ocurre en los espacios verdes del sur. Allí se registran severas condiciones de abandono, carencia de niveles mínimos de higiene y accesibilidad, producto del deterioro de sus caminos y sus ingresos y por supuesto, falta de planificación y ejecución de programas de reconstrucción o puesta en valor de esos sitios. En el caso de que existan, porque también hay numerosos barrios que carecen de estas instalaciones comunes.

Es destacable la actitud de los vecinos de los barrios pobres, que sin perjuicio de la falta de apoyo estatal, en forma colectiva y solidaria, establecen espacios comunes de esparcimiento o cuidan que esos espacios no sean ocupados o intrusados por otros actores que requieren del uso de la tierra y también -con su capacidad y sus limitaciones- tratan de cuidar el estado de esos espacios o plazas comunitarias.

Estos tres casos son sólo ejemplos paradigmáticos de lo que ocurre en estas zonas desintegradas de la CABA y ciertamente, existen decenas de peticiones judiciales homólogas y más allá de las pretensiones judiciales, numerosas situaciones que hacen a la consolidación de una sociedad dual en el modelo de la Ciudad de Buenos Aires.

IV. ¿Se sintetiza el modelo de sociedad dual con las tendencias integrativas?

Ahora bien, habiendo ya definido el fenómeno de construcción de la sociedad dual, cuáles son sus características y su génesis y analizadas también las premisas constitucionales relativas al modelo social que pergeña nuestro orden supremo, la aparición de estos casos de dualización social, nos hace plantearnos al menos

dos preguntas. La primera es si un programa político o la omisión de la autoridad pública, puede significar o permitir la derogación fáctica de principios constitucionales. Decimos que un programa político o una omisión de la autoridad, porque en realidad no siempre las conductas estatales que favorecen la dualización, están contenidas explícitamente en un programa político, sino que muchas veces, son conductas omisivas silenciosas, que obviamente forman parte de las decisiones políticas de los gobiernos de turno, pero que no se expresan en forma de actos, ni tampoco contienen fundamentación política o administrativa suficiente.

La otra pregunta es: una vez que ya se han verificado estas expresiones duales en contradicción con el modelo integrador de la Constitución ¿qué debe hacer el Poder Judicial?

¿Qué hace un juez frente a esa contradicción que detecta, entre las premisas constitucionales y las conductas estatales?

La respuesta a la primera pregunta requiere de una aclaración previa: ninguna cláusula constitucional es pétrea. Las constituciones, diciéndolo o no en un texto, son siempre modificables a fin de adecuar su contenido al contexto sociopolítico imperante.

Esto indicaría que es válida la existencia en un contexto constitucional, de planteos de sectores políticos, que propicien su modificación o denegación. No podrían esos grupos ser reprimidos ni cercenados por confesarse contrarios a la Constitución. Lo que no puede ocurrir es que bajo la vigencia de un texto constitucional, los gobernantes realicen prácticas contrarias a los postulados constitucionales.

Ello indicaría que lo único que pueden hacer, al no estar de acuerdo con algún postulado constitucional, es propiciar su reforma apelando para ello a los canales institucionalmente aptos para tal fin.

En este orden de ideas, un plan de gobier-

no que contiene políticas públicas que por acción u omisión vulneran derechos constitucionales, es anticonstitucional y habilita al Poder Judicial a actuar en aras del restablecimiento del orden jurídico.

En el caso que se detecten conductas disfuncionales, y para el tema que nos ocupa, el juez debe actuar a fin de neutralizar las prácticas dualizantes.

Para ello y a modo de síntesis debe tener como recursos metodológicos las siguientes herramientas de labor:

- 1) Contextualización económica, política e histórica del caso.
- 2) Prevalencia de la operatividad normativa.
- 3) Aplicación de los principios de la discriminación inversa toda vez que ello resulte necesario.
- 4) Acentuar la informalidad y privilegiar el encuentro de la verdad material.
- 5) Extender la investigación judicial a la propia constitucionalidad de la política presupuestaria.
- 6) Difundir la decisión justificante en forma socialmente comprensible.

V. Conclusiones.

El fenómeno de la dualización social es propio de fines del siglo pasado y nuestro actual siglo XXI. Existe un conjunto de elementos que permite descubrir fácilmente su presencia. Un Poder Judicial comprometido con los postulados constitucionales integrativos, debe analizar los casos que se presentan para resolver, con un alto nivel de contextualización. Luego, utilizan-

do técnicas judiciales apropiadas, restaurar los derechos vulnerados de los sectores expulsados a fin de viabilizar su integración y desarrollo sociales. El juez que frente a procesos de exclusión y vulneración de derechos actúa de modo superficial, formal y careciendo del debido compromiso, contribuye, tras su aparente y falsa neutralidad, a la consolidación de un modelo de injusticia estructural.

La dualización social es un importante factor de génesis de violencia sistémica.

Dra. Gabriela Marquiegui Mc Loughlin, Dra. María Romina Surace
y Dr. Octavio Paganelli*

Reflexiones en torno al trabajo del Profesor Mauricio Duce.

Un posible abordaje crítico de las evidencias presentadas por la acusación en los casos de violencia doméstica.

I. Introducción.

Entre nosotros, resulta casi apodíctica la idea de que la mera presentación de los cargos (requerimiento de remisión a juicio) obliga automáticamente a la apertura de la etapa de debate y que, por ello, cualquier control jurisdiccional anticipado de ese acto lesiona el principio acusatorio y la necesaria división de funciones. Incluso, hay quienes -sosteniendo una visión no tan extrema- declaran que ese control jurisdiccional debe acotarse a las cuestiones meramente formales de la acusación¹.

Sin embargo, ambas opiniones no son del todo ciertas. Obsérvese, pues, que en otros sistemas acusatorios de mayor tradición y desarrollo que el nuestro (v.gr. Estados Unidos y Canadá), tanto la doctrina como la jurisprudencia de esos países se han ocupado de elaborar estándares de admisión probatoria ostensiblemente más exigentes e inflexibles que la mera “*pertinencia*” o “*relevancia*” del medio de prueba ofrecido².

En efecto, al resultar inconcebible un control anticipado del mérito de los cargos, en la medida que ello constituye -siguiendo la lógica adversarial- un indebido adelantamiento del juicio oral propiamente dicho, aquellos viejos parámetros de admisibilidad de evidencia debieron ser seriamente revisados y endurecidos en el mundo anglosajón para evitar la proliferación de juicios injustos. Al decir de Moreno Hollman, los filtros de “*pertinencia*” y/o “*relevancia*” -únicamen-

***Dra. Gabriela Marquiegui Mc Loughlin**
Defensora Oficial - Defensoría Penal, Contravencional
y de Faltas N° 16 de la CABA.

Dra. María Romina Surace
Prosecretaria Administrativa

Dr. Octavio Paganelli
Prosecretario Coadyuvante de la Defensoría Penal,
Contravencional y de Faltas N° 16 de la CABA.

te vinculados a conceptos de conexión directa con el hecho y sobreabundancia- comenzaron a quedar chicos y obsoletos³.

En consecuencia, y aunque no es el caso desarrollar aquí esta discusión, lo cierto es que en la actualidad, no todo lo que la parte acusadora ofrece en la audiencia intermedia (o de preparación del juicio) debe ingresar automáticamente al debate. Sólo habrá de hacerlo, aquella información de cargo que hubiere sido previamente testeada y confrontada por la contraparte, no ya solamente en lo relativo a su “*pertinencia*” y/o “*relevancia*” formales, sino también en orden a su “*calidad*” y a sus previsibles “*efectos*” (perjudiciales o no) para el normal desarrollo del debate oral y la sentencia.

Con arreglo a esa línea, el artículo de Mauricio Duce que hoy presentamos aporta al litigante interesantes herramientas de trabajo, pues desarrolla el contenido de los estándares de admisibilidad probatoria que el magistrado debe verificar en los casos de peritajes antes de autorizar su ingreso al debate⁴. Parámetros que entendemos, podrían resultar aplicables a otros medios de prueba, según el caso.

De acuerdo con el profesor chileno, las evidencias ofrecidas deberían superar dos *tests* para ingresar al plenario, a saber: **a)** el primero de ellos, denominado de “**relevancia lógica**”, reclama que el medio ofrecido se encuentre vinculado (en sentido lógico) con los hechos o proposiciones fácticas que la parte pretende demostrar en juicio. Para el caso de la Fiscalía, sus evidencias deben conectarse con el contenido fáctico de la imputación a debatir en el juicio; **b)** y el segundo de ellos, denominado “**relevancia legal**”, tiene un fundamento no ya lógico sino “*epistemológico*”, es decir, estrechamente emparentado con *la averiguación de la verdad de lo ocurrido*.

Así, el magistrado deberá efectuar un análisis “costo-beneficio” del medio de prueba, o lo que es lo mismo, ponderar tanto la “calidad”

(o eficacia probatoria) de la información como sus eventuales “efectos” perjudiciales en orden al esclarecimiento del caso en debate. Dicho de otro modo: a pedido de parte, el juez de garantías estará obligado a examinar si el valor probatorio potencial de la evidencia ofrecida será o no superado por los costos que generará en el debate.

En definitiva, el examen de “relevancia legal” trata de evitar el ingreso a juicio de cualquier dato o versión de cargo que pueda impactar indebidamente en el juez del plenario y generar en él conclusiones o inferencias probatorias poco fiables o directamente erróneas. El objetivo consiste, pues, en reducir el margen de error judicial a niveles constitucionalmente tolerables, evitando por ejemplo, el riesgo de que al momento de dictar sentencia, el juez acabe *sobrevalorando* información de baja calidad y altamente prejuiciosa en contra del acusado.

Como se observa sin mayor esfuerzo, la audiencia intermedia se ha vuelto en los países de mayor tradición acusatoria, un momento procesal mucho más rico y exigente que lo que actualmente sucede en nuestra justicia local. En esta, la mera solicitud fiscal de remisión a juicio continúa determinando la apertura automática de la etapa plenaria sin mayor discusión sobre la evidencia ofrecida, o a lo sumo, tras un muy acotado análisis de su “*pertinencia*”.

Si nuestro sistema procesal se encuentra diseñado para que la acusación logre con gran agilidad la celebración del debate, y la tendencia actual en algunas categorías de delitos (especialmente en aquellos cometidos “puertas adentro”) avanza raudamente hacia la disminución de los estándares probatorios constitucionales (“*duda razonable*”), entonces resulta conveniente que el defensor técnico ponga límites, cuando detecte la pretensión fiscal de introducir elementos de cargo cuya eventual valoración ponga en serio riesgo aquéllas garantías que han dado vida al ideal acusatorio escogido por nuestro CPPCA-

BA, como lo son la garantía de imparcialidad y la presunción de inocencia.

Así, la audiencia regulada en el artículo 210 del CPPCABA ofrece una impostergable oportunidad procesal para que la actividad defensorial -a través del sistema de oposiciones y reglas de admisión probatorias legalmente regulado- habilite un *control jurisdiccional* sumamente *riguroso* de toda aquella información incriminante que la acusación pretenda introducir en el futuro juicio oral, sin observar los parámetros arriba mencionados.

II. Los filtros de admisión probatoria en procesos penales seguidos por delitos presuntamente cometidos en ámbitos domésticos.

Los aportes de la teoría presentada por el profesor Mauricio Duce han tenido significativa relevancia en el trabajo de la Defensoría en la que nos desempeñamos, especialmente en aquellos injustos que el Ministerio Público Fiscal local considera cometidos en contextos de “violencia doméstica”.

La problemática de esta clase de delitos, en cuanto a las dificultades probatorias y a las posibilidades ciertas del mantenimiento de la denuncia por parte de la presunta víctima en el tiempo, así como también la importancia del reconocimiento de sus derechos a través de la legislación internacional y nacional, como Derechos Humanos irrenunciables, no es desconocida por quienes escribimos este opúsculo.

Sin embargo, como bien destaca Mario A. Juliano en un reciente artículo⁵, el sistema de protección de los Derechos Humanos no sólo se integra con normas que se ocupan de las víctimas, sino también con aquellas que se dedican a los imputados, no haciendo distinción entre inculpados por la comisión de delitos comunes e inculpados de delitos de mayor gravedad.

Esta situación entonces, torna imprescindible la necesidad de compatibilizar dichos orde-

namientos, pero de ningún modo socavar uno en función del otro. Tarea ésta, tal vez no sencilla, pero sí posible y hasta diríamos ineludible, en virtud del reconocimiento irrestricto a los Derechos Humanos y garantías consagrados y reafirmados en distintos instrumentos internacionales y regionales que la “Convención de Belem Do Pará” destaca en su primer párrafo⁶.

Y nos referimos, muy especialmente en este caso, al principio de inocencia y la garantía de imparcialidad judicial.

Partiendo de la base de sendas garantías, no podemos olvidar que, previo al juicio, el juez no sólo se encuentra frente a un **presunto** autor de delito, sino además frente a una **presunta** víctima, en tanto ambos adquirirán la calidad de tal una vez acreditado el hecho y la responsabilidad penal en juicio⁷. De modo tal que el abordaje del conflicto, teniendo en cuenta el tipo de proceso en el que nos desenvolvemos (el de mayor rigurosidad en sus consecuencias) exige que todos los operadores del sistema debamos manejarnos con suma prudencia.

En muchos de los casos indicados se advierte que, pese a los meritorios esfuerzos del Ministerio Público Fiscal, la mayoría de la evidencia propuesta como prueba de cargo no logra superar los estándares establecidos por el legislador local en el Art. 210 del CPPCABA. Por el contrario, su producción en el futuro debate, lejos de esclarecer los extremos que integran la imputación fiscal, genera el riesgo de provocar un **indebido prejuicio en el ánimo del juez de debate**. La máxima vigencia de aquellas garantías, imponen que dicho peligro sea conjurado durante la discusión intermedia, a fin de asegurar que el debate pueda desarrollarse con arreglo a lo que debe considerarse como un auténtico *fair trial*.

En los supuestos referidos, donde no se suele contar con un caso sólido, debido a la orfandad de prueba de cargo de los hechos endilgados, la evidencia que la parte acusadora normalmente

pretende ingresar a la etapa de debate tiende a estar relacionada con:

-*hechos pretéritos* que no integran la imputación penal, los cuales -con bastante frecuencia- resultan ser vagos e imprecisos en cuanto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar de su acaecimiento;

-la acreditación de una presunta “*personalidad violenta*” del imputado⁸ y

-la repetición del relato de la presunta víctima a través de diferentes emisores (v.gr. testigo de oídas, de contexto, de concepto, etc.).

Como se advierte, toda esta información contiene, por diversos motivos, un muy bajo valor probatorio en relación al objeto procesal del juicio, es decir, en términos de Duce, es de muy baja calidad desde el punto de vista epistemológico.

Mientras que, en contrapartida, su introducción genera el riesgo de causar un alto impacto en el ánimo del juez de juicio no sólo porque “desvía” su atención de los hechos concretos que integran el objeto del proceso, dirigiéndola hacia la presunta “conducción de vida” del acusado (es decir, al enunciado fáctico “el acusado ha sido siempre un hombre violento”) sino además, porque persigue alcanzar el grado de convicción judicial de condena a través de la mera repetición de datos obtenidos de una misma fuente de información (la presunta víctima).

Así también, el ofrecimiento de pretendidas conclusiones expertas elaboradas sin la utilización de métodos científicos claros, tienden a sustituir o reemplazar la labor de valoración probatoria que corresponde al juez de juicio a partir de su percepción personal de la prueba rendida (inmediación)⁹.

Ahora bien, el ingreso de este cúmulo de información de baja calidad al debate ciertamente condicionará al magistrado para recibir cual-

quier otro dato de cargo que, aún débilmente relacionado con el hecho imputado, también acabará siendo “**sobredimensionado**” en cuanto a su peso probatorio (valoración) en base al prejuicio que aquella ya le ha generado¹⁰. Así, la afectación al derecho de defensa, al principio de culpabilidad (principio de responsabilidad por el hecho) y a la garantía de imparcialidad, se torna significativa.

Es por ello, que la audiencia de admisibilidad de prueba (Art. 210 del CPPCABA) lejos de ser subestimada, debe ser considerada la oportunidad procesal más importante para exigir un riguroso control jurisdiccional de toda la evidencia de la acusación, puesto que, a través de los exigentes filtros de pertinencia y relevancia (lógica y legal), se vuelven efectivos los controles constitucionales de los principios y garantías ya señalados.

Siempre, cualquiera que sea el caso, la información incriminante que pretenda ser introducida al debate debe ser de “calidad”, y para ello, no puede generar el más mínimo riesgo de confusión o prejuzgamiento en el juez de esa etapa; y no sólo eso, también debe permitir el amplio ejercicio de la actividad de refutación por parte de la Defensa. De lo contrario, dicha información deberá ser excluida por “legalmente irrelevante” (Duce) antes del juicio oral, cuando provoque “graves costos” a la noción de un verdadero “juicio justo en paridad de condiciones”.

III. Reflexiones finales

No es nuestra intención agotar el debate sobre una temática aún en desarrollo, sino poner de relieve algunas prácticas probatorias muy usuales en nuestro sistema de enjuiciamiento criminal local, que tornan necesaria que la defensa técnica asuma un rol “*proactivo y diligente*” a la hora de controvertir eficazmente la admisibilidad de evidencia cuyo valor probatorio

pudiera verse sustancialmente superado por los peligros de generar un perjuicio indebido en la imparcialidad del juzgador, o bien, afectar directamente las garantías de defensa en juicio y presunción de inocencia.

Es nuestro más sincero deseo que el lector encuentre en el ensayo del profesor Mauricio Duce respuestas a estos y otros interrogantes que, seguramente, se irán suscitando con la *praxis* forense diaria.

Notas

¹ Cfr. Binder, A. *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª edición actualizada y ampliada. Ad Hoc. Buenos Aires. pág. 215.

² Así, a guisa de ejemplo, véanse las Reglas Federales sobre Evidencia (*Federal Rules of Evidence, FRE*) de los EEUU, en particular, las Reglas Nº 402 a 404. En materia de evidencias periciales, consúltese la sentencia de la Corte Suprema de los EEUU en el caso "*Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc*" (US 579) del año 1993, la cual dio lugar a una prolífica elaboración doctrinaria que, más tarde, fue bautizadas como las reglas "*Daubert*".

³ Estas palabras fueron tomadas del Defensor Regional Metropolitano de Chile al explicar el sistema de enjuiciamiento vigente en su país, en el marco de las "*Terceras Jornadas de Actualización del Poder Judicial de la CABA, Fuero PCyF*" que tuvieron lugar el 26 de octubre de 2011 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

⁴ Duce, Mauricio: "Admisibilidad de la prueba pericial en juicios orales: un modelo para armar en la jurisprudencia nacional" publicado en *Formación y Valoración de la prueba en el proceso penal*, Daniel Accatino (Coord). Abeledo Perrot Legal Publishing. Universidad Austral de Chile. 1ª edición, Santiago, 2010, págs. 45 y ss.

⁵ Cfr. Juliano, M.A. "La influencia de la Convención de Belém do Pará sobre la ley y jurisprudencia locales", disponible en el sitio web de la Asociación "Pensamiento Penal" (www.pensamientopenal.com.ar).

⁶ "LOS ESTADOS PARTES DE LA PRESENTE CONVENCIÓN, RECONOCIENDO que el respeto irrestricto a los derechos humanos ha sido consagrado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y reafirmado en otros instrumentos internacionales y regionales, (...) HAN CONVENIDO en lo siguiente ...". Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem Do Pará" (Brasil, 09 de junio de 1994).

⁷ En igual sentido, Marcelo Sancinetti, explica que "...El hecho de que el derecho positivo haya girado en Occidente (...) hacia la admisión del testimonio de la víctima, no puede hacer perder de vista que cuando la propia materialidad del hecho no está en sí misma acreditada, sino que se dice ocurrida por sus propios dichos, se está en presencia de una persona que se dice víctima (...) pero que no sabemos si realmente lo ha sido" (cfr. Sancinetti, M. A.: "Acusaciones por abuso sexual: principio de igualdad y principio de inocencia. Hacia la recuperación de las máximas "Testimonium unis non valet" y "Nemo testis in propria causa". *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* Nº 6. Abeledo Perrot. 2000, pág. 979)

⁸ A modo de ejemplo se han podido advertir casos en los que el MPF requiere la confección de informes psicológicos/psiquiátricos a los imputados, otros en los que presentan testimonios de personas del entorno de la víctima que sostienen esta opinión, y en todos los casos, "informes de riesgo" elaborados por personal de la Oficina de Asistencia a la Víctima y Testigos del MPF, en donde se concluye sobre la personalidad del imputado, en base únicamente a la entrevista mantenida con la víctima.

⁹ Por ejemplo, si se convoca al debate a un presunto experto -cuya idoneidad, muchas veces, se da por sentada- y éste acaba emitiendo en juicio conclusiones sobre el perfil violento del acusado, es claro que condicionarán negativamente la buena percepción personal que el imputado pudiera haberle generado al sentenciante.

¹⁰ Ello así, pues es claro que, al momento de sentenciar, la prueba rendida en el debate no será valorada bajo las mismas exigencias o estándares si el acusado ha sido señalado como un hombre "violento" en algún momento de su vida.

Dr. Mauricio Duce

Abogado, *Master* en Ciencias Jurídicas Universidad de Stanford.
Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (Chile).

Admisibilidad de la prueba en juicios orales: un modelo para armar en la jurisprudencia nacional.

La opinión de expertos, lo que en lenguaje procesal tradicional se conoce como "peritajes", ha adquirido creciente importancia en el funcionamiento de los sistemas judiciales contemporáneos, siendo cada vez más frecuente, masivo y diverso su uso.¹ Chile no constituye una excepción a la regla.² Esta situación está comenzando a generar problemas de diversa índole, especialmente en el funcionamiento del nuevo sistema de justicia criminal³. Dichos problemas también se proyectan a otras áreas del sistema judicial chileno que han emprendido reformas similares, como por ejemplo al funcionamiento de los nuevos tribunales de familia, la nueva justicia laboral y el nuevo sistema de responsabilidad penal juvenil.

Así, en la operación cotidiana del nuevo proceso penal es posible detectar algunas prácticas vinculadas al uso de esta prueba que resultan perjudiciales tanto para principios básicos sobre los que se estructura el sistema judicial como para un aprovechamiento racional de los recursos estatales disponibles para su realización y para el funcionamiento del sistema en general.⁴ En buena medida dichas prácticas se han ido desarrollando al amparo de una normativa legal que, por la falta de un desarrollo interpretativo claro -tanto de la doctrina como de la jurisprudencia-, no ha establecido limitaciones relevantes para evitar un uso de este tipo de pruebas en situaciones o para efectos que debieran resultar inadmisibles⁵. Parte de este problema se encuentra en la falta de un marco teórico claro acerca del uso de la prueba pericial en un sistema acusatorio que permita guiar adecuadamente las prácticas de fiscales,

¹Este trabajo fue publicado en Daniela Accatino, *Formación y Valoración de la Prueba en el Proceso Penal*, Abeledo Perrot, Santiago 2010, págs. 45 a 86. A su vez, el trabajo está basado en algunas publicaciones previas realizadas por el mismo autor sobre la materia. Para revisar la publicación original sobre la cual se basa este trabajo véase: Mauricio Duce, "La Prueba Pericial en los Procesos Orales", en *Estudios de Derecho en Homenaje a Raúl Tavolari Oliveros*, Lexis Nexis, Santiago 2007, páginas 383 a 428. Cómo se podrá observar, se trata de un trabajo escrito tomando en consideración las reglas del Código Procesal Penal Chileno. En la presentación que realizaré en el Seminario del profesor Daniel Pastor intentaré adaptar mis argumentos normativos a la realidad argentina utilizando como fuente de referencia el CPP de la Nación, el CPP de la Provincia de Buenos Aires y el CPP de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Espero reflejar dicha adaptación incluyendo otras fuentes en el texto final que redactaré luego de la presentación.

defensores y jueces. En efecto, el análisis del rol y función de la prueba pericial en el nuevo sistema procesal penal casi no ha generado ninguna preocupación académica, siendo un tema respecto del cuál prácticamente no existe información salvo los análisis de corte más superficial que es posible encontrar en las obras generales sobre la reforma. Esto adquiere aún más fuerza en áreas como la nueva justicia laboral, los tribunales de familia y el nuevo sistema de responsabilidad penal juvenil, los que han adoptado una dinámica procesal basada en el Código Procesal Penal, pero sin que hasta el momento haya existido una reflexión profunda de su impacto en estas otras áreas.

En el contexto descrito, el presente trabajo intenta fijar un marco teórico y una interpretación de las reglas que regulan la admisibilidad a juicio oral de la prueba pericial en el Código Procesal Penal con el objetivo de ofrecerle a los actores del sistema parámetros claros que permitan orientar sus prácticas de modo consistente con los valores y objetivos del nuevo proceso y, a la vez, que permita racionalizar la inversión de los recursos disponibles para la producción de prueba de esta naturaleza. En consecuencia, en este trabajo me dedicaré centralmente a analizar cuáles son los requisitos e hipótesis en los cuales el uso de prueba pericial es legítimo o admisible en el juicio oral contenido en el nuevo sistema.⁶ Si bien mi preocupación central, estas mismas argumentaciones se hacen extensibles al funcionamiento de los tribunales de familia y a los procesos de determinación de responsabilidad de los adolescentes por cometer infracciones penales, por lo que, cuando sea pertinente haré las referencias normativas a dichos estatutos.⁷

Para el cumplimiento de los objetivos propuestos, no sólo me valdré del análisis dogmático de las reglas establecidas en el Código Procesal Penal, sino también del derecho comparado, especialmente la situación de países como Estados Unidos y Canadá, en donde éste ha sido un tema que ha generado un desarro-

llo doctrinario y jurisprudencial muy intenso, particularmente en los últimos 15 años. En forma previa, presentaré información de contexto que resulta indispensable para comprender la necesidad de fijar este nuevo marco teórico de análisis. Dicha información está constituida por una descripción más sustantiva de los problemas que presenta el uso indiscriminado de la prueba pericial en los procesos judiciales contemporáneos y una descripción del cambio de paradigma en la lógica y regulación normativa que ha significado la reforma procesal penal respecto del sistema anterior.

1. ¿Qué problemas plantea el uso de la prueba pericial?

El rol dominante que comienza a adquirir el conocimiento experto en la decisión de los procesos judiciales ha sido fuente de dos problemas de distinta índole. El primero de ellos tiene que ver con la posibilidad de que el uso de esta prueba fuera de los supuestos que la hacen necesaria importa una afectación a los principios básicos sobre los cuales se construye la actividad judicial en un sistema acusatorio, generando así varios riesgos y problemas. El segundo, en cambio, se vincula al tema de la asignación racional de recursos estatales limitados para el cumplimiento de ciertos fines socialmente deseables. Ambos problemas no son sólo teóricos sino que se manifiestan en la práctica de los sistemas de justicia criminal comparados como obstáculos importantes para el funcionamiento de los mismos.⁸

En la primera área de problemas son básicamente dos los riesgos que es posible advertir. Por una parte, se puede constatar que en la medida en que la prueba pericial se utiliza extensivamente, para casos en los cuales no es necesaria, ello tiende a generar un proceso de sustitución del trabajo judicial por el trabajo de expertos, con lo cual se afectan las bases sobre las cuales se construye la legitimidad de las decisio-

nes judiciales. Por otra, vinculada a la anterior, el impacto que produce este tipo de prueba en el juzgador, especialmente tratándose de pericias en disciplinas de difícil comprensión para no especialistas, debilita el control judicial sobre la calidad de información aportada por peritos y ello es causa potencial de un mayor porcentaje de casos que se deciden, producto de errores judiciales. Me parece necesario detenerme brevemente en la explicación de ambos problemas.

El primer riesgo se deriva cuando la opinión experta comienza a utilizarse crecientemente para sustituir el trabajo de razonamiento y construcción de la verdad procesal encargadas a los jueces. Uno de los elementos característicos de un sistema procesal penal (de los sistemas judiciales en realidad) es la idea de que le corresponde al juez (jueces, jurado, etc.) la toma de una decisión sobre el asunto sometido a su competencia. Así, la función central del juez es evaluar la veracidad y razonabilidad jurídica de las pretensiones en disputa con el propósito de adoptar una decisión sobre las mismas. Detrás de este modelo de decisión de conflicto se configura un complejo entramado institucional destinado a asegurar la independencia e imparcialidad de quienes toman la decisión, así como el establecimiento de procedimientos que aseguren su calidad y la adecuada participación de los interesados en dicha decisión. En este entorno, una política abierta de admisibilidad de peritajes a juicio corre el riesgo de utilizar el conocimiento experto como forma de sustituir el trabajo que nuestros sistemas institucionales le asignan exclusivamente a los jueces, sin que ese conocimiento experto sea objeto de los resguardos y procedimientos establecidos para asegurar la calidad, independencia e imparcialidad del trabajo judicial. Situaciones de este tipo se producen, por ejemplo, cuando son admitidos a juicio expertos que opinan sobre la culpabilidad o inocencia de los acusados⁹ o cuando los razonamientos de los juzgadores acerca de la

veracidad de los testigos son sustituidos por opiniones expertas.¹⁰ De esta forma, las decisiones se toman finalmente por la intervención de expertos, con niveles de control y garantías bajas y no por el sistema institucional creado para tales objetivos.

El segundo riesgo se produce como consecuencia del enorme impacto que la opinión experta, especialmente en disciplinas científicas lejanas al conocimiento profano, produce en el juzgador. El proceso de evaluación de un juzgador (sea profesional o lego) de la credibilidad y peso de un peritaje técnico o de una disciplina científica es siempre una cuestión compleja. La dificultad que significa tal tarea abre un espacio para que la decisión final sea distorsionada, es decir, basada en percepciones erróneas de parte del juzgador o en razonamientos que confunden los alcances de la información aportada por expertos.¹¹ La situación descrita se transforma en un problema grave o de mayor riesgo cuando la fuente de la confusión o del error es una consecuencia de que se trate de una opinión emanada de una ciencia novel o en estado de desarrollo y consolidación, la cual no ha sido admitida como válida por la comunidad científica. Es por lo mismo que un sistema de justicia debe ser particularmente cauteloso con la admisibilidad de la información experta que admite a juicio cuando ella no es confiable.

El riesgo descrito no se presenta a nivel puramente teórico. La experiencia en el funcionamiento de modelos adversariales más asentados, como el de Canadá o Estados Unidos, demuestran hasta el cansancio la potencial falibilidad de los sistemas de justicia criminal en este punto. Es así como estudios en este último país respecto a las causas que explican casos de error judicial, dan cuenta de que una de las variables más relevantes se vinculan a la admisibilidad a juicio y posterior uso de prueba pericial no confiable (*junk science*), la que no obstante su poco valor probatorio -debido a que no corresponde

a información científica aceptable- es capaz de producir un impacto significativo en el juzgador acerca de la culpabilidad de los acusados y motivar condenas erradas¹². En Canadá, frente a un conjunto de casos en donde se obtuvieron condenas por error judicial, a nivel de Fiscalía se creó en el año 2002 un grupo de trabajo que elaboró un extenso reporte dedicado a prevenir situaciones de este tipo, en que el uso de peritajes surge como uno de los aspectos problemáticos y en el que se formulan varias recomendaciones¹³. Como consecuencia de esta realidad, los procesos legislativos y jurisprudenciales en ambos países han ido en la dirección de establecer políticas de admisibilidad de prueba pericial a juicio crecientemente más estrictas en los últimos 15 años¹⁴.

Es necesario destacar que en nuestro país la preocupación por el impacto que puede causar un mal uso de la prueba pericial en producir condenas erradas ha estado presente en el debate nacional durante la vigencia del sistema inquisitivo. Así, el tratadista más relevante de dicho sistema, Rafael Fontecilla, señala al respecto: “Un error pericial puede torcer los dictados del juez. Y es por eso que el magistrado debe obrar con la debida cautela antes de aceptar sus dictámenes”. Luego de relatar un caso ocurrido en nuestro país concluye: “Y así, en la historia judicial se registran numerosos casos en que la justicia se ha desviado debido sólo a la ayuda de un cuerpo de peritos indoctos”¹⁵.

Con todo, la claridad de Fontecilla sobre el punto pareciera haberse difuminado con el tiempo, ya que este tema no ha surgido con posterioridad como un aspecto relevante de preocupación y, en el momento actual, ha estado completamente fuera de consideración.

Un reflejo de la situación descrita pareciera ser la inexistencia de estudios empíricos específicos sobre la materia. No obstante lo anterior, es posible detectar algunas tendencias

en el comportamiento del sistema que por su consistencia indican que los riesgos descritos ya han comenzado a ser problemas en el funcionamiento del proceso penal reformado. Así, existe diversa información que indica que los peritajes se ocupan frecuentemente y en un número alto como prueba de parte de la Fiscalía, aun en casos en que *prima facie* no pareciera ser necesario contar con prueba de este tipo (como por ejemplo los hurtos y la mayoría de los robos). En otra dimensión, un estudio realizado con el objetivo de evaluar el comportamiento de la reforma en el tratamiento de delitos sexuales, constató que en los juicios realizados en este tipo de delitos existían severos problemas con el uso de la prueba pericial. Así, se detectó que existía una escasa capacidad de las partes en la audiencia de juicio oral para cuestionar la calidad de la metodología utilizada en la confección de los peritajes, la calidad de los expertos que presentaban sus opiniones y finalmente, la calidad en la certeza de sus conclusiones. Se constató también, que los jueces tenían deficiencias para analizar adecuadamente el contenido de los peritajes y resolver de conformidad a los mismos.¹⁶ Además, respecto del uso de un tipo concreto de peritajes, los peritajes de veracidad, las autoras concluyen que “(...) tiende, además, a suprimir la obligación del Tribunal de fundamentar justamente ese aspecto de la prueba. En otras palabras, los jueces descansan en las conclusiones del peritaje para afirmar un hecho (la veracidad o falta de veracidad de la víctima) que debiera ser fruto del razonamiento judicial fundado en la acumulación de pruebas y su análisis lógico”.¹⁷

A lo anterior, debemos sumar los lamentables hechos recientemente ocurridos acerca de las identificaciones de los detenidos desaparecidos enterrados en el Patio 29. Este caso ha dado cuenta de la falibilidad de muchos de los métodos científicos utilizados en nuestro país y de las

consecuencias que de ello pueden derivarse¹⁸.

Como se puede apreciar, esta primera área de problemas no sólo se puede generar en el proceso penal, sino que en cualquier tipo de proceso judicial.

Desde el punto de vista del segundo problema general que identifiqué, el del uso racional de los recursos del sistema de justicia criminal, una política que permite un amplio uso de prueba pericial más allá de los casos en los que es necesaria aumenta de manera significativa los costos del sistema. Esto por varias razones. En primer lugar, impone la necesidad de que los órganos estatales de persecución penal y de Defensa Pública puedan contar con recursos suficientes (ya sea propios o por vía de contratos a terceros) para producir conocimiento experto en juicio. Ello, a la vez, aumenta los costos a los litigantes que participan del proceso judicial quienes, para comprender el significado de la información experta, rebatirla o presentar su propio punto de vista alternativo al de su contraparte, se ven en la necesidad de adquirir conocimiento experto independiente. A ello, además, debe sumarse el aumento de los tiempos de litigación y preparación de los juicios producido por la incorporación masiva de expertos, con el consecuente impacto de más tiempo invertido de parte de jueces, fiscales, defensores, funcionarios y testigos en la resolución del caso. En consecuencia, un primer aspecto problemático que surge en tener políticas abiertas de admisibilidad de prueba pericial en juicios orales adversariales es el tema de cómo lidiar con los mayores costos que ello genera, lo que en la otra cara de la moneda significa menos recursos para hacer justicia¹⁹. Esta no es una preocupación que sólo adquiere relevancia en contextos de escasos recursos, sino que la magnitud que puede adquirir el problema es incluso destacada en países desarrollados que cuentan con menos limitaciones presupuestarias que el nuestro.²⁰

En el caso concreto de nuestro país, el creciente uso de prueba pericial en el área penal ha sido una preocupación persistente en el proceso de implementación del nuevo sistema. La reforma procesal penal ha representado mayores y más complejas demandas a las agencias estatales que tradicionalmente cumplían con las funciones de aportar conocimiento experto a los procesos penales (v.gr. Servicio Médico Legal, el Instituto de Salud Pública, entre otros) que no habían sido dimensionadas adecuadamente con anterioridad a su puesta en marcha. La falta de capacidad instalada, la falta de cambio de los procesos de trabajo existentes en forma previa a la reforma y la escasa inversión en estas instituciones antes del inicio de su funcionamiento significaron que en muchos casos la obtención de prueba pericial se haya transformado en un cuello de botella para la operación del nuevo sistema²¹. Este problema adquirió tal relevancia, que una de las razones esgrimidas públicamente por las autoridades de gobierno para justificar la postergación de la entrada en vigencia de la reforma en la Región Metropolitana, acordada en el año 2004, fue la de liberar recursos económicos con el objetivo de potenciar a dichas instituciones y así permitir el correcto funcionamiento del nuevo proceso penal²². La puesta en marcha de la reforma en la Región Metropolitana no concluyó el debate público sobre la materia²³. Incluso, como ya se mencionó, estos problemas han sido reiterados en varias oportunidades por el Ministerio Público, por ejemplo por el Fiscal Nacional en su cuenta pública de abril de 2006.

La experiencia comparada y la realidad que comienza a darse en el funcionamiento del sistema en Chile exigen que el análisis del rol de la prueba pericial y su admisibilidad deba ser revisado con mucho más cuidado en nuestro país que lo que ha sido hasta el momento. Como se pudo apreciar en este capítulo, ello no es una demanda “dogmática” o que surja de la necesi-

dad de perfeccionar el discurso legal, sino centralmente una consecuencia directa de problemas graves y de serios riesgos que conlleva un uso inadecuado de este tipo de pruebas.

2. El cambio de paradigma: la concepción de la prueba pericial en el antiguo y el nuevo proceso penal.

Un segundo aspecto preliminar que resulta necesario tener presente para luego examinar la admisibilidad de la prueba pericial está dado por comprender la nueva lógica a partir de la cual ésta se regula en el Código reformado, la cual también ha sido asumida por la Ley de Tribunales de Familia de manera explícita en sus artículos 45 a 49 y la Ley sobre Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal por medio de la remisión a las normas del Código Procesal Penal que realiza su artículo 27 y que resultan plenamente aplicables en la materia en estudio.

Se trata de un nuevo paradigma de comprensión de este tipo de prueba que obliga también a replantear las prácticas que eran consideradas adecuadas respecto al trabajo de expertos en el sistema de justicia criminal antiguo. Este nuevo paradigma no aparece con claridad en la pura lectura de las normas que regulan la materia en el Código Procesal Penal (artículos 314 a 322), varias de las cuales presentan un contenido muy similar a las del antiguo Código de Procedimiento Penal, sino que surge como consecuencia de la lectura de dichas normas a la luz de la nueva lógica de prueba que impone el sistema acusatorio y de los propios valores y principios que guían a éste.

La característica central sobre la base de la cual se estructuraba la prueba pericial en el sistema procesal inquisitivo es que los peritos eran concebidos fundamentalmente como “auxiliares de la administración de justicia” o como “peritos del tribunal”, es decir, expertos que

ponían su conocimiento especializado al servicio de las necesidades de convicción del tribunal, sin considerar para nada los intereses de las partes o comportándose en forma completamente neutral o imparcial respecto de ellas.²⁴ Esto tenía impacto en varios aspectos de la regulación normativa de esta prueba.

En primer lugar, el trabajo de los peritos estaba exclusivamente al servicio de las necesidades de conocimiento del juez²⁵. Por lo mismo, su designación quedaba entregada básicamente a dos hipótesis: (a) casos en los que la ley expresamente indicaba la necesidad de contar con una opinión experta; y (b) en el resto la decisión quedaba entregada fundamentalmente a la decisión discrecional del propio juez.

Otro elemento en esta lógica era que el sistema establecía una suerte de precalificación de idoneidad de quienes podían ser considerados como peritos. En esta lógica se establecía un sistema bastante cerrado en el que no cualquiera podía ser objeto de designación como perito para un caso. Así, el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal establecía que, al designar un perito, el juez debía privilegiar a los integrantes de servicios públicos o reparticiones estatales de distinta naturaleza. Sin perjuicio de esto, el juez podía también designar a alguien distinto, en la medida que se hubieren acreditado ante los tribunales y, como elemento esencial, que formaren parte de las listas confeccionadas por las Cortes de Apelaciones y fueran aprobadas cada dos años por la Corte Suprema. Como *última ratio* el Código establecía que el juez podía designar a otras personas fuera de este sistema.

Junto con lo anterior, la valoración de la prueba pericial estaba sometida a la lógica de la prueba legal o tasada. Es decir, en donde el legislador establecía en abstracto la forma en que el juez debía apreciar el valor probatorio de la pericia, por ejemplo, en el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal el que se ponía en la

hipótesis de dos dictámenes de peritos acordes.²⁶

Finalmente, en relación a la forma de rendirse la prueba pericial, esta era centralmente concebida como un informe o dictamen escrito. La prueba era dicho documento y no el perito en sí mismo. Ello era lógico y coherente con el carácter escrito del proceso inquisitivo en nuestro país. Es por eso que más que por el perito la prueba estaba constituida por el “informe pericial” que se entregaba al tribunal por escrito.

La lógica descrita cambia de manera radical en el nuevo sistema. Así, en éste los peritos son concebidos como “peritos de confianza de las partes” y no como “auxiliares del tribunal”. Esto quiere decir que son las partes las que deciden si quieren llevar o no a un perito a juicio y a qué perito en concreto. Por así decirlo, los peritos dejan de estar al servicio del juez y pasan a estar al servicio de las teorías del caso o versiones de quienes los presentan. Ello es una consecuencia natural del carácter acusatorio del nuevo proceso, de acuerdo al cual los jueces dejan de tener iniciativa o roles relevantes en relación a la producción de información y rendición de prueba, la que queda entregada exclusivamente a las partes²⁷. Esto no significa que los peritos son “serviles” a quienes los presentan, sino que la decisión de presentarlos estará asociada al hecho de que lo que el perito está dispuesto a afirmar en juicio -producto de su mejor ciencia o disciplina- es consistente con la teoría del caso o la versión de quien lo presenta. Tampoco significa, como veremos en el próximo capítulo, que todo perito que las partes intenten presentar a juicio deba ser admitido por el juez de garantía en la audiencia de preparación de juicio oral.

Esta nueva lógica es recogida por el Código Procesal Penal en el artículo 314, el que en su inciso primero señala: “El ministerio público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar que éstos fueren citados a juicio oral...”. En la misma lógica el artículo 45 inciso primero

de la Ley de Tribunales de Familia señala “Las partes podrán recabar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar que estos sean citados a declarar a la audiencia de juicio”. De otra parte, el Código, al mismo tiempo de reconocer que los peritos son de confianza de la parte que los presenta, establece en el inciso final del mismo artículo 314 un deber de profesionalismo a quienes cumplan con tales funciones al señalar “Los informes deberán emitirse con imparcialidad, ateniéndose a los principios de la ciencia, las reglas del arte u oficio que profese el perito”.²⁸ Como se puede observar, esta regla asume que los expertos deben tener un nivel de fidelidad con la disciplina que profesan.²⁹ Finalmente, el Código se encarga de explicitar en el artículo 318 la improcedencia de la inhabilitación de los peritos antes del juicio, dejando abierta la posibilidad de que en ese momento se le formulen preguntas destinadas a determinar su efectiva imparcialidad, ejemplificándose que incluso se puede requerir del perito información acerca de su remuneración y la adecuación de ésta a los montos usuales para el tipo de trabajo realizado, regla que también se contiene en el artículo 48 de la Ley N° 19.968.

Este cambio en la forma de concebir al perito impacta de diversas maneras en la regulación legal de esta prueba. Tal vez el impacto más significativa sea que el sistema pericial se flexibiliza por completo. Se acaba el sistema cerrado de personas idóneas para realizar peritajes y se suprimen las listas de las Cortes de Apelaciones como fuente de dónde se puede obtener un perito. Para el nuevo sistema cualquier persona que esté en condiciones de acreditar experiencia o conocimientos relevantes y especializados en una determinada ciencia, arte u oficio puede ser presentada por las partes con la intención de que sea admitida a juicio oral. Esto no debe confundirse con el hecho de que normalmente la persecución penal recurra a los órganos estatales especializados en la materia, según lo dis-

pone el artículo 321 del Código Procesal Penal, ya que se trata de instituciones especialmente pensadas para tal función y que deben ser utilizadas por motivos de disponibilidad de recursos. La idea central es que en el nuevo sistema, al menos en teoría, incluso el Ministerio Público podría utilizar a cualquier experto de “afuera” de dichas instituciones para sustentar sus casos, ya que lo relevante para la admisibilidad de peritajes no está determinado por la afiliación del perito a una institución o la existencia de su nombre en una lista, sino por su idoneidad y experticia lo que debe demostrarse al momento de discriminar su admisibilidad y luego en juicio. En este sentido, el asignarle en abstracto mayor valor a un perito por pertenecer a una institución (pública o privada), sin hacer un juicio concreto sobre la calidad del perito específico, constituye un ejercicio errado en la lógica del nuevo sistema.

En cuanto a la valoración de la prueba pericial, el nuevo sistema establece para toda categoría de pruebas un sistema de libertad en la valoración de la misma restringida solamente a la no contradicción de las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, según los dispone el artículo 297. En la misma lógica también se inscribe el artículo 32 de la Ley de Tribunales de Familia.

Finalmente, en cuanto a la forma en que debe rendirse la prueba pericial en juicio, la regla básica es que ella consiste en la declaración que en juicio presenta el experto, sin que ella pueda ser reemplazada, sustituida o complementada por declaraciones previas registradas en actas o por su informe pericial escrito, salvo los casos excepcionales regulados por el propio Código. Esto representa un cambio radical respecto al formato del sistema anterior. Como ya dije, la prueba pericial en dicho contexto estaba centralmente constituida por el informe escrito presentado por el perito y que acompañaba al expediente. Esto, en el nuevo sistema, es

en principio inadmisibles.³⁰ Si el perito no va a juicio, por lo que no explica en la audiencia su peritaje, y no se somete a las preguntas de examen directo y contraexamen de las partes -y eventualmente a las preguntas aclaratorias del tribunal- no se dispone de prueba pericial que pueda ser valorada.³¹ Este elemento del nuevo paradigma ha tenido varias dificultades para ser implementado. Si bien es cierto que en materia penal se ha consolidado una jurisprudencia en términos de exigir la presencia del perito en la audiencia,³² sigue siendo una práctica relativamente extendida la exigencia del informe pericial por escrito de parte del tribunal oral no obstante la doctrina se ha uniformado en el sentido contrario.³³ En materia de funcionamiento de tribunales de familia la situación parece ser aún más compleja. Así, un reciente estudio empírico realizado en la Región Metropolitana da cuenta de que la regla general es que la prueba pericial se introduzca a las audiencias por lectura del informe escrito y sin comparecencia del perito.³⁴

Este cambio de paradigma o lógica también obliga a revisar las prácticas que se han desarrollado tradicionalmente en cuanto a la admisibilidad de la prueba pericial en el proceso penal. No es lo mismo un sistema en donde dicha decisión queda entregada centralmente al legislador y a la voluntad del órgano jurisdiccional, que uno en donde son las propias partes las llamadas a producir la información de expertos y que luego intentan sea considerada por el tribunal al momento de resolver el caso. La dinámica adversarial establece un entorno de incentivos para las partes que hace necesario tener un control más riguroso de la prueba que se pretende introducir a juicio. Por otra parte, la flexibilización del sistema de peritos obliga a revisar, antes de admitir a juicio, que el experto que se presenta reúna mínimas condiciones de idoneidad frente a los riesgos ciertos de que por esa mayor flexibilidad se permita la comparecencia a juicio de peritos que aportaran información

de mala calidad al juicio. En el apartado que sigue detallaré las exigencias de admisibilidad para el juicio que impone el nuevo sistema procesal penal.

3. La admisibilidad de la prueba pericial a juicio oral.

Durante la vigencia del sistema inquisitivo, las reglas que regían la prueba pericial operaban sobre dos lógicas que, en la práctica, hacían bastante innecesario preocuparse de cuestiones sofisticadas vinculadas a la admisibilidad de la misma. Como ya hemos visto, o se trataba de un asunto que la ley resolvía en abstracto al establecer reglas precisas de obligatoriedad del peritaje para probar ciertos hechos en determinadas categorías de delitos o, por otro lado, se le entregaba discrecionalmente tal facultad al juez del crimen en un proceso que era completamente dominado por su rol, especialmente en la etapa de sumario en donde se incorporaba la mayor cantidad de prueba en los procesos del antiguo sistema. En ambos casos, se trataba de situaciones en las que el espacio de discusión acerca de la procedencia de este tipo de prueba quedaba muy limitado. Si se estaba en la hipótesis legal, debía producirse el peritaje. Si el juez del crimen lo estimaba como conveniente en una decisión unilateral, es decir, sin participación de las partes involucradas, también lo ordenaba. Esta situación de no debate generó una cultura que se traspasó a la literatura y jurisprudencia generada durante la vigencia del sistema antiguo, que como ya he mencionado casi no aborda este tema dando cuenta así de su irrelevancia en la operatoria del mismo.

El problema es que este estado de la cuestión pareciera haberse reproducido también en el funcionamiento del nuevo sistema. Así, hasta el momento sólo en forma muy reciente y de manera tímida comienza a desarrollarse jurisprudencia relevante sobre la materia. Por

otra parte, la literatura especializada no desarrolla sino en cuestiones mínimas las exigencias de admisibilidad a juicio de la prueba pericial contenidas en el propio Código Procesal Penal. El impacto de esta situación es que la práctica habitual de los tribunales pareciera ser la de permitir la introducción de peritajes de la más diversa índole presentados por las partes en los juicios orales sin que existan controles muy intensos acerca de su procedencia. Ello, como he sostenido, comienza a producir varios de los problemas y riesgos que han sido descritos en un capítulo anterior.

Contrariamente a la tendencia descrita, una revisión más exhaustiva del nuevo Código Procesal Penal permite identificar que, respecto de este tipo de evidencia, se establece un sistema de admisibilidad a juicio oral especial, que es mucho más estricto que el regulado para todo tipo de prueba. Así, junto con el requisito general de admisibilidad de la prueba (su pertinencia o relevancia), el Código impone tres exigencias adicionales para admitir a juicio la prueba pericial: la necesidad del conocimiento experto; la idoneidad del experto; y, la confiabilidad de la información experta.³⁵ Antes de analizar cada una de estas exigencias y su regulación normativa en el Código me interesa enfatizar que esta serie de requisitos, que establecen un estatuto más estricto de admisibilidad para este tipo de prueba, son consistentes con los riesgos que plantea un uso abierto de la misma, particularmente en el entorno de incentivos que genera un sistema acusatorio de carácter más adversarial como el que se ha implementado en nuestro país. Como ya se ha mencionado, el problema de uso racional de los recursos y los problemas de principios del sistema imponen un escenario en donde es necesario establecer filtros adicionales, tal como además ha sido la evolución de los sistemas acusatorios de países más desarrollados de características similares al chileno, como Estados Unidos y Canadá.³⁶

En consecuencia, el desafío planteado hoy en día en la materia no se encuentra a nivel de necesidad de realizar reformas legales, sino en el surgimiento de una práctica jurisprudencial consistente que le dé contenido a estas exigencias ya plasmadas en las normas legales por nuestro legislador.

A continuación revisaré el contenido de cada uno de estos requisitos, dando algunas pistas acerca de los alcances que se les han dado en la experiencia comparada y cómo han sido recogidos por algunos fallos más recientes en nuestro país.

4. Requisitos de admisibilidad.

Como señalé, la admisibilidad de la prueba pericial a juicio oral depende de cuatro criterios básicos, el primero de ellos común a toda prueba y los otros tres regulados de manera especial para esta categoría. A continuación se revisará cada uno de ellos y se expondrán algunas situaciones de la práctica habitual en el nuevo sistema procesal penal que podrían resultar problemáticas en un análisis de admisibilidad que fuera estricto en cuanto al cumplimiento de estos criterios.

a) Pertinencia o relevancia de la prueba pericial.

Se trata de un requisito de admisibilidad común establecido para todo tipo de prueba en el nuevo sistema. Su regulación normativa se encuentra en el artículo 276 del Código Procesal Penal en forma negativa. En efecto, dicho artículo regula los casos de exclusión de prueba indicando que no se admiten a juicio aquellas pruebas que "... fueren manifiestamente impertinentes...". Leído en forma positiva, el primer requisito de admisibilidad de toda prueba es su pertinencia. Este requisito de admisibilidad es, además, reafirmado en el artículo 316 referido a la prueba pericial al señalar que se admitirá dicha prueba cuando "...además de los requisitos

generales de admisibilidad de las solicitudes de prueba (...)". Es decir, es una norma que hace aplicable en forma expresa para los peritos la regla general del artículo 276. Junto con lo anterior, el artículo 314 inciso segundo, que describe la procedencia general de la prueba pericial, formula también este requisito de manera indirecta pero en forma positiva cuando señala "Procederá el informe de peritos (...) siempre que para apreciar un hecho o circunstancia relevante para la causa (...)" (el subrayado es mío)³⁷.

Cabe señalar que la pertinencia de una prueba también suele ser conocida como la relevancia de la misma, por eso ocupo ambos términos en forma indistinta, como también pareciera hacerlo el Código en su artículo 314 inciso segundo, tal como acabo de transcribir.

¿Cuándo una prueba es pertinente o relevante? La pertinencia o relevancia de una prueba se puede determinar en varios niveles de análisis. En el nivel más simple y sencillo, que podríamos denominar como "relevancia lógica" de la prueba, se entiende que ella será pertinente en la medida en que exista vinculación del contenido de dicha prueba con los hechos a debatir en juicio. En nuestro país esta ha sido la forma preferente de comprender este requisito de admisibilidad. Así, Bofill ha indicado que una prueba carece de pertinencia cuando "...no es conducente o concerniente a los hechos materia de la acusación o defensa".³⁸ Horvitz, sostiene que prueba impertinente "...es aquella que no guarda relación alguna con los hechos materia de la acusación o los alegados por la defensa, esto es, en que no existe ninguna relación, lógica o jurídica, entre el hecho y el medio de prueba".³⁹ Como se puede apreciar, en este primer nivel de análisis, el factor central que determinará la relevancia de una prueba tiene que ver con su potencialidad para probar hechos que van a ser objeto de debate en el juicio, sin importar cuán razonables sean o no esos hechos, cuestión que

será objeto de evaluación final por parte del tribunal al momento de decidir el caso. Así entendida la relevancia, con ella se intenta evitar la producción de prueba innecesaria en el juicio haciendo un uso eficiente de los recursos disponibles por el sistema.⁴⁰ De otra parte, evita que se introduzca información al juicio que no es importante para decidir el caso y que, en cambio, podría contaminar o confundir al juzgador.

Pero advertí que éste es sólo un primer nivel de análisis y, probablemente, el más sencillo. En efecto, cuando se observa el desarrollo experimentado de países como los Estados Unidos y Canadá en relación a este requisito general de admisibilidad, es posible identificar un segundo nivel mucho más sofisticado de análisis que podría llevar a limitar muy fuertemente la procedencia de prueba en nuestro país. Como se trata de un tema complejo, que excede al ámbito específico de la prueba pericial, sólo me detendré brevemente en él para plantear algunos problemas y ejemplos de cómo un análisis más estricto de admisibilidad por relevancia podría tener un impacto significativo en nuestro país en términos de reducir la prueba presentada por las partes en los juicios orales.

Este segundo nivel de análisis de la pertinencia de la prueba podría denominarse de “relevancia legal”. La relevancia legal tiene que ver centralmente con un análisis de la relación costo-beneficio en el que el juez debe pesar los aspectos favorables que la introducción de dicha prueba puede producir en juicio en contra de los potenciales perjuicios que pudiera generar su incorporación al mismo. “Este análisis de costo beneficio tiene por objetivo determinar si el valor probatorio potencial de la evidencia es superado por el ‘prejuicio’ que ésta crea o por los ‘costos’ que produce”.⁴¹ En consecuencia, el juez, al admitir una prueba a juicio, no sólo debe mirar el vínculo lógico de la prueba concreta con los hechos a debatir sino que, además, debe balancear el aporte de dicha prueba a la

solución del caso en comparación con diversos perjuicios que podría generar para la resolución del mismo o el funcionamiento general del sistema. En consecuencia, allí donde la relevancia lógica se justifica como un mecanismo destinado a evitar el mal uso de los recursos del sistema, la relevancia legal intenta proteger diversos valores del mismo, incluido por cierto el uso eficiente de sus recursos. Es por ello que los perjuicios o costos que se pueden causar con la admisibilidad de una prueba pueden ser de diversa naturaleza. A continuación revisaré con un poco más de detalle algunas de las situaciones más comunes que se presentan en el ámbito del derecho comparado centrandolo en la prueba pericial.⁴²

i) Aporte probatorio *versus* prejuicio en el juzgador.

Un primer análisis de costo-beneficio que debiera realizar un juez está relacionado con la capacidad de medir el potencial valor probatorio de la evidencia que se trata de introducir en contra del potencial efecto de generar prejuicio en el juzgador. Si el potencial prejuicio supera al aporte que representa esa prueba deberá ser declarada inadmisibile. Revisemos primero un ejemplo general no referido a peritajes para luego poder ver con mayor claridad un ejemplo específico. Supongamos que en un delito de homicidio la Fiscalía intenta introducir como prueba a juicio el extracto de filiación y antecedentes de la persona acusada (que ejerce su derecho a guardar silencio en el juicio) que tres años antes había sido condenada por violación de domicilio. Si el objetivo de esa prueba es acreditar que el acusado no es una “blanca paloma” ya que tiene antecedentes, esto podría eventualmente pasar el *test* de relevancia lógica y ser admitida a juicio.⁴³ Sin embargo, si el juez incorporara un análisis de relevancia legal podría cuestionar la admisibilidad de dicha evidencia sosteniendo

que su valor probatorio o aporte para demostrar que el acusado es el autor del delito por el que se lo acusa es muy bajo en relación al efecto prejuicioso que generará en el juzgador. El juez en este caso podría preguntarse cómo el hecho de haber sido condenado previamente por violación de domicilio ayuda a demostrar que el acusado es autor del delito de homicidio por el cual se lo acusa. Si bien es cierto que la Fiscalía podría argumentar que ello permite demostrar que no es "una paloma blanca" y que eso puede ayudar a mostrar cómo es posible que nuevamente haya cometido un delito, se trata de una inferencia indirecta y lejana cuyo aporte probatorio al caso es bajo. En cambio, el juez podría valorar que la eventual introducción de esta prueba sí podría generar un prejuicio en los juzgadores, por ejemplo, en términos de la calidad moral del imputado (!un mal tipo o un delincuente al fin y al cabo!) y eso perjudicar sus posibilidades de un juego justo en su favor. Por lo mismo, balanceando el aporte probatorio y el potencial costo de introducir esta prueba, el juez podría estimar que no satisface la "relevancia legal", es decir, es inadmisibile.⁴⁴

Veamos ahora un ejemplo en el área de las pericias para ver cómo podría operar este razonamiento en esta área. Supongamos que se acusa a una persona de haber cometido el delito de pedofilia en contra de niños de ambos sexos. La Fiscalía intenta introducir a juicio una prueba pericial psicológica en la cual se describe que el acusado reúne todas las características o el perfil psicológico de un homosexual. La Fiscalía justifica que ello es relevante lógicamente debido a que muestra un comportamiento y tendencias anormales del acusado que justificarían otras conductas desviadas tales como la pedofilia. ¿Superaría ello el *test* de relevancia legal? Ello sería muy difícil ya que claramente nos encontramos frente a un caso en donde el aporte de dicha evidencia para probar la imputación de la Fiscalía es bajo debido a que se basa

en una inferencia lejana que, además, corre el serio riesgo de introducir prejuicios en el juzgador. Realizando un análisis costo - beneficio una prueba de esta naturaleza no debiera ser admisible en juicio por falta de relevancia, entendida esta en su dimensión de relevancia legal.

ii) Valor probatorio *versus* costos materiales y humanos.

Hay situaciones en las que el análisis costo - beneficio lleva a excluir una prueba debido a que la contribución que ésta entrega para resolver el caso es baja en relación al tiempo y esfuerzo que es necesario invertir para lograr que ella se produzca en el juicio. Esto es particularmente cierto tratándose de prueba pericial, la cual supone siempre inversión de recursos para su realización y, además, genera el encarecimiento general del sistema. En consecuencia, no obstante las partes asuman el costo que para ellas genera la producción de la prueba pericial, su introducción a juicio podría generar costos altísimos a los demás actores que no se justifican en atención al escaso aporte que ella podría entregar al momento de producirse en el juicio, por ejemplo ya que ella recae sobre una cuestión accesoria a aquello que es objeto de debate y realmente no significa una contribución intensa para resolver el asunto. Si esto es así no debiera admitirse su introducción al juicio oral.

iii) Valor probatorio *versus* influencia indebida en el juzgador.

Hay otras hipótesis en donde el examen de costo-beneficio obliga a pesar el aporte probatorio de la evidencia presentada en contra de los efectos que puede generar en el juzgador en términos de producir una influencia indebida o crear un tipo de prejuicio que lo lleven a valorar desproporcionadamente el real aporte de la prueba. No se trata de un prejuicio en contra

del acusado como en el primer caso, sino que lleve a valorar equivocadamente el real peso que tenga la propia prueba pericial que se presenta.

La situación descrita podría producirse en varias hipótesis. En primer lugar, se puede generar en situaciones en las que la complejidad de la prueba pericial que se intenta introducir dificulte más que ayude a la solución del caso, por ejemplo, debido a que respecto de ella no existe posibilidad real de contraexaminar (típicamente en los casos en los que la pericia se basa en información que no es de acceso público y que, por tanto, no es susceptible de ser confrontada). También se puede producir en casos en que la introducción de la prueba pericial genere confusión en el juzgador, como por ejemplo, cuando se presenta sólo como prueba relevante para medir la credibilidad de un testigo, pero la información que supone incorporar en el juicio corre el riesgo de que sea valorada también como prueba sobre el fondo, es decir, permita fundamentar algo para lo cual no fue considerada admisible. Lo mismo ocurre en aquellos casos en que el prestigio del experto es desproporcionado respecto a la confiabilidad del peritaje específico que se intenta introducir a juicio. Gold ejemplifica este último caso de una manera que me parece muy gráfica: Albert Einstein sería normalmente excluido como perito en cualquier tipo de materia ya que siendo conocido como la persona más inteligente del mundo su pura palabra normalmente debería ser decisiva para resolver un caso, aun cuando no fuera en las áreas más centrales de su conocimiento experto. El riesgo aquí sería que “el juzgador sea desproporcionadamente influenciado, sino engañado, por el aura de opinión científica y las prestigiosas credenciales del experto...”⁴⁵ En esta última hipótesis el problema adquiere un matiz ya que no es estrictamente sólo de relevancia. Sino de relevancia en relación con la confiabilidad del peritaje, tema que será objeto de análisis específico un poco más adelante.

En resumen, el primer requisito de admisibilidad de todo tipo de prueba, su pertinencia o relevancia, es también aplicable al momento de dilucidar la incorporación de prueba pericial a juicio. Dicho examen debe realizarse al menos en dos *tests*, por una parte, el juez debe analizar la relevancia lógica de la prueba pericial y luego, en segundo término, su relevancia legal. Si la prueba pericial no satisface alguno de ambos *tests* no puede ser admitida a juicio. Si los jueces y los litigantes de nuestro país manejan con algún grado de sofisticación estos conceptos, tengo la impresión de que ya a nivel de este primer componente de admisibilidad se podría producir un filtro importante de los peritajes que hoy ingresan a juicio. Esta situación, me parece, sería trasladable también a todo tipo de prueba ya que, como he dicho, el requisito de relevancia con las dimensiones estudiadas debería ser aplicable como *test* de admisibilidad a juicio para todo tipo de prueba. Nuestra práctica jurisprudencial parece mostrar en cambio que los juicios de pertinencia se limitan a los aspectos de relevancia lógica en una versión relativamente formal. En otras situaciones, debido a una falta de desarrollo de los demás criterios de admisibilidad, se ha tendido a ampliar su alcance a temas como la necesidad o confiabilidad del peritaje como veremos en algunos casos un poco más adelante.

b. Necesidad del conocimiento experto.

Un segundo requisito de admisibilidad de la prueba pericial está constituido por la necesidad de contar con conocimiento experto para poder resolver el asunto sometido a debate en juicio. Se trata de un requisito que surge como consecuencia natural de la lógica y función que cumple la prueba pericial en los procesos judiciales y, por lo mismo, es sólo exigible para este tipo en particular de prueba. Aun cuando por su obviedad no sería necesario reconocimiento

normativo expreso para predicar su existencia, nuestro Código Procesal Penal se refiere de manera explícita al mismo al señalar en el artículo 314 que procede este tipo de prueba "... siempre que para apreciar un hecho o circunstancia relevante para la causa fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio." (el subrayado es mío). Idénticos términos son utilizados por el inciso segundo del artículo 45 de la Ley de Tribunales de Familia. Tampoco pareciera existir discrepancia acerca de este requisito en la doctrina nacional que, como vimos en forma precedente, incorpora la necesidad en la propia definición de la idea de perito. Lo curioso es que a pesar de esto no me fue posible encontrar ningún mínimo desarrollo acerca de los alcances de la misma.⁴⁶ En este contexto, ¿cuáles son los alcances de este requisito de admisibilidad?

La respuesta a este interrogante supone nuevamente un análisis en distintos niveles. En un primero y más obvio, la necesidad de conocimiento experto se refiere a que la contribución central del perito en el juicio será ayudar al tribunal a decidir algo que está fuera del ámbito de su experiencia, sus conocimientos o su capacidad de comprensión. Desde este punto de vista, la presentación de un perito a juicio sólo se justifica cuando el tribunal por sí solo no estaría en condiciones de apreciar un hecho o circunstancia del caso, ya sea debido a que se encuentra fuera de la experiencia común, fuera de su conocimiento o no es susceptible de ser comprendido con claridad sin la ayuda de un especialista. Por el contrario, si el tribunal está en condiciones de comprender un hecho, hacer juicios, sacar inferencias o arribar a conclusiones sin que deba para ello escuchar previamente a un experto, estamos en un caso de falta de necesidad y en donde debiera ser declarada inadmisibles este tipo de prueba.⁴⁷

En este primer nivel se busca, por una parte, evitar la presentación de prueba superflua

o redundante,⁴⁸ pero por otra, impedir que el trabajo de los peritos sustituya la función propia del juzgador al pronunciarse sobre cuestiones que son de competencia de quien decide el caso y sin que sea necesario para tal función la ayuda de expertos. Como puede apreciarse, se trata de un requisito de admisibilidad que tiene relevancia tanto para evitar el problema del uso racional de los recursos como el de principios del sistema descrito en un capítulo anterior de este trabajo.

Debe destacarse que en este nivel no basta simplemente que la introducción del peritaje sea "útil" para el juzgador, sino que debe ser necesario. En este sentido la jurisprudencia de Canadá ha establecido que es necesario sólo cuando "...un lego podría llegar a una **conclusión errónea sin la ayuda de un experto** o cuando el **acceso a información importante podría perderse** a menos que no se pudiera contar con información prestada por las enseñanzas de un experto".⁴⁹ Como se puede observar, se trata de un estándar más bien alto de admisibilidad.

Algunos ejemplos de la Corte de Apelaciones del cuarto circuito (California) que cita Méndez son ilustrativas para graficar lo sostenido.⁵⁰ Dicha Corte ha declarado innecesaria la opinión de un experto para mostrar el carácter indebidamente sugestivo en el que fueron dispuestas unas fotografías para un reconocimiento debido a que el jurado podía darse cuenta por sí sólo de aquello (People v. Brandon, 1995). En otro caso también se consideró innecesaria la opinión de un experto acerca de la culpabilidad del imputado por el delito del que se le acusaba o si éste había sido efectivamente cometido, ya que los miembros del jurado podían resolver esas cuestiones sin necesidad de ayuda de un peritaje (People v. Torres, 1995). En Canadá (caso R. V McIntosh) se ha considerado innecesario el peritaje de un psicólogo que sostenía que los testigos tienen problemas de percepción y recuerdo cuando los eventos ocurrieron en un momento muy breve y estresante, ya que ello no

se encuentra fuera de la experiencia normal del juzgador.⁵¹ Como se puede apreciar, no obstante dichos peritajes podrían haber sido de alguna utilidad, la correcta percepción de los hechos o las conclusiones del juzgador podían ser adoptadas sin que fuera indispensable contar con ellos, por eso en todos los casos se consideran innecesarios y no son admitidos a juicio.

En este contexto, es necesario analizar la frase del artículo 314 que señala que para que proceda esta prueba son “..necesarios o convenientes conocimientos especiales..”. Es decir, en donde aparentemente el Código reduciría el estándar de necesidad en análisis por medio de hacer admisible este tipo de prueba en casos de “conveniencia”. La *conveniencia* no puede ser leída como una cláusula que otorga al juez discrecionalidad amplia para determinar la admisibilidad de los peritajes ya que ello significaría hacer perder sentido a la idea de necesidad y el objetivo básico que existe detrás de admitir la prueba pericial. ¿Qué sentido tendría que el Código exigiera necesidad y luego simplemente permitiera la introducción de cualquier peritaje “conveniente”? La respuesta a este interrogante debe ser contestada pesando los valores y principios en juego. En mi opinión, la conveniencia abre un cierto espacio de discrecionalidad para los jueces, pero restringida. Esa discrecionalidad debe estar centralmente entregada en casos límite o en los que existan dudas acerca de la necesidad y no simplemente cuando se perciba que el peritaje es útil, aun cuando no sea necesario. Por lo mismo, en el caso de dudas, la cláusula de conveniencia puede jugar a favor de la admisibilidad, pero no en casos claros. Por decirlo así, la *conveniencia* es un complemento y no un sustituto del criterio básico de necesidad. Me parece que otra interpretación de la misma es completamente inconsistente con la lógica básica detrás de la regulación de la prueba pericial.

En un segundo nivel de análisis, la necesidad de la opinión experta tiene que ver con que

el conducto apropiado para introducir la información sea el perito y no otro medio de prueba. Así, como destaca Gold, desde este segundo punto de vista, la necesidad es “...necesidad de que el juzgador expresamente reciba la información por vía del perito y no simplemente necesidad de que reciba esa información. Si el juzgador puede recibir información requerida de alguna otra forma que por medio del peritaje, éste es innecesario”.⁵² Ejemplifica esto luego con varios casos de la jurisprudencia de la Corte Suprema canadiense en donde el testimonio experto acerca de las razones de una denuncia tardía de la víctima en delitos sexuales ha sido declarado innecesario cuando la misma víctima está en condiciones de explicarlo con claridad en juicio.⁵³ En la lógica de dichos ejemplos, la idea es que si la información que introduce el perito puede ser incorporada por otro medio de prueba que le permitirá al juzgador tener los mismos elementos para tomar una decisión, siempre deben preferirse esos otros medios antes que el peritaje.

Una aplicación rigurosa de este segundo requisito de admisibilidad de la prueba pericial, en los dos niveles de análisis que he revisado, debiera tener un impacto significativo en las prácticas que se han desarrollado en nuestro país. En efecto, varias de las cuestiones que actualmente se presentan como peritajes en los juicios orales de la reforma debieran, en virtud de su falta de necesidad, no ser admitidas a juicio oral. Esto no sólo debiera simplificar tales audiencias, sino también decomprimir de manera importante el trabajo de los organismos auxiliares que producen estos peritajes.⁵⁴ Además, debiera tener un impacto relevante en eliminar información del juicio potencialmente riesgosa para una decisión final de calidad. Veamos algunos casos problemáticos de común ocurrencia que permiten tener una imagen más clara de las dimensiones de lo que estoy señalando.

Una primera situación problemática se presenta como una práctica muy habitual de la Fiscalía de presentar como experto en juicio a peritos fotográficos (normalmente funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile) con el objetivo de introducir a juicio imágenes del sitio del suceso o de las reconstituciones de escena practicadas por el Ministerio Público.⁵⁵ Se trata de un conocimiento experto que en mi opinión debiera ser inadmisibile desde el punto de vista de los dos niveles de necesidad analizados. Desde el primer punto de vista, la pregunta que debiera formularse un juez para decidir su admisibilidad a juicio es ¿qué información es necesaria que aporte un perito de esa naturaleza?. En general, la única razón por la cual estos peritos debieran comparecer a juicio es para producir las proposiciones fácticas exigidas para acreditar que la fotografía contiene una representación fiel del objeto o lugar respectivo con el propósito de poder introducir las en la audiencia y permitir que sean valoradas por el tribunal (proposiciones de este tipo son, por ejemplo, “la casa que sale en la fotografía es la que la víctima identificó como propia”, “esa esquina es aquella en donde fue encontrado el cadáver de la víctima”). Las fotografías constituyen medios de prueba autónomos que requieren para su valoración en juicio ser acreditadas por alguien que, óptimamente, debe ser un testigo idóneo capaz de hacer el proceso de identificación y validación de lo que la foto representa (el dueño de la casa, el funcionario policial que condujo la investigación, etc.). Normalmente, quien sacó la fotografía *per se* no es idóneo y, en caso de que lo fuera, la importancia de su comparecencia a juicio no es aportar conocimiento experto (actuar como perito) sino entregar información que podría entregar cualquier testigo. Lo que ocurre en realidad en estos casos es que no se está en presencia de un peritaje en estricto rigor, ni menos de una hipótesis en donde exista necesidad de conocimiento experto. Esto por sí solo sería una buena razón para

no admitir la comparecencia de esas personas en calidad de peritos.

Por otro lado, la capacidad de percepción del tribunal de las fotografías tampoco requiere de un conocimiento experto que la apoye. Una cosa es que el Ministerio Público o la policía tengan especializadas ciertas actividades de investigación y entregadas a técnicos o especialistas su ejecución y otra muy distinta es que un tribunal para resolver un caso necesite a un experto para entender dicha información. Se trata de dos niveles distintos que suelen confundirse en nuestro país.⁵⁶ Por lo mismo, también se trata de casos que caerían por falta del segundo nivel de necesidad: siendo las fotografías información necesaria para resolver el caso, el experto no es el medio adecuado para su introducción a juicio.

En la lógica descrita, una práctica razonable de los tribunales debiera ser admitir las fotografías a juicio, pero no al perito que las tomó en calidad de tal. Distinto sería, por ejemplo, un caso en donde el hecho a discutir sea la alteración técnica de algunas fotografías que se intentan introducir a juicio, ello debiera ser normalmente discutido por medio de un perito fotográfico cuyo aporte sería el análisis técnico y conclusiones acerca de la existencia o no de una alteración. Esta lógica parece estar entrando de a poco en nuestra jurisprudencia. En un caso relativamente reciente, la Corte Suprema, con fecha 2 de julio de 2007 (causa rol 1647-07) no dio lugar a un recurso de nulidad presentado por la Defensa en un caso en que, entre otras causales, se invocó violación de garantías debido a la exclusión de un peritaje fotográfico de la Defensa por un juez de garantías en la etapa de preparación de juicio oral. En su considerando sexto la Corte señala: “En tanto, que en lo que atañe al informe pericial y set fotográfico, aparece de modo evidente de lo ya analizado precedentemente, que no se persigue por el mismo el desarrollo de un trabajo relativo a un conocimiento determinado del que los jueces no poseen, ya que como la propia defensa lo sostiene, se

pretende demostrar que el testigo presencial no pudo observar lo que asegura haber visto, punto que claramente puede ser percibido y resuelto por los sentenciadores, tarea que en ningún caso requiere de una pericia, e igualmente puede ser manifestado a través de los medios legales en la audiencia del juicio oral, razones suficientes para desestimar el primer recurso de nulidad⁵⁷. No obstante el razonamiento aparece en la línea correcta, la causal invocada originalmente para la exclusión fue la impertinencia, ratificándose así la idea del escaso manejo que existe todavía de otras categorías de admisibilidad especiales y propias de la prueba pericial.

Una situación muy similar a la de los peritos fotográficos en las hipótesis ya descritas se produce en casos en los que la Defensa presenta detectives privados a juicio como expertos. Ha existido una cierta práctica de parte de los defensores de llevar a juicio en calidad de experto a detectives privados que han realizado actividades de investigación a favor de la defensa con el objetivo de introducir informaciones y opiniones a juicio recopilados en su investigación “técnica”. El carácter técnico o especializado de su investigación ha llevado a que sus declaraciones más de una vez hayan sido admitidas como peritajes. Nuevamente se confunde el carácter técnico o especialización de quien realiza la actividad de investigación con el hecho de que exista necesidad de conocimiento experto en juicio para que el juzgador pueda resolver. El detective privado no es un perito en la lógica de la prueba pericial en juicio oral. Además, al igual que en el caso anterior, también sería posible señalar que si bien es cierta la información que pueda introducir el detective privado pueda eventualmente ser relevante y necesaria para resolver el caso, él no es el conducto adecuado para ello y no debiera ser admitido a juicio en calidad de experto. Así, no debiera ser admitido un informe pericial de un detective privado, lo que no quiere decir que la información recopilada por él no pueda ingresar

a juicio por otras vías (testigos, documentos u objetos recabados o incluso su propia declaración en calidad de testigo).

Vale la pena aclarar en este punto que admitir a un detective privado a juicio oral como testigo y no como perito, como asimismo a otro tipo de técnicos o expertos, no es una cuestión puramente conceptual. Por ejemplo, una diferencia central tiene que ver con el alcance de las declaraciones que puede prestar en juicio. Allí donde por regla general a los testigos no les es permitido formular opiniones o conclusiones en juicio, de los peritos se espera precisamente que aporten la información a juicio en ese tipo de formato, según hemos visto. Así, una pregunta por opinión o conclusión a un testigo da pie para una objeción correctamente fundada, tratándose de peritos ella normalmente no debiera prosperar. Por lo mismo, no admitir a este tipo de técnicos comparecer en calidad de peritos limita el foco de su declaración y resguarda que puedan introducir opiniones que no debieran ser formuladas en juicio.⁵⁸

En una situación muy similar a la descrita se encuentran los asistentes sociales y los diversos informes que elaboran en el contexto del nuevo sistema. Es así como es común la comparencia de estos profesionales en calidad de peritos para declarar sobre las condiciones sociales en las que se encuentra el imputado, para efectos de determinación de pena u otros. Estamos frente al mismo escenario descrito. Una cosa es la necesidad de contar con profesionales especializados que desarrollen metodologías técnicas para la captura de información relevante para las partes y otra muy distinta es que para la presentación de dicha información y su valoración de parte del tribunal se requiera un peritaje. Para lo primero basta llevar la información directamente. Para lo segundo, el tribunal no necesita de una opinión experta para verificar el cumplimiento de los estándares normativos asociados a la determinación de pena, cuestión que

típicamente el sistema legal entrega en forma exclusiva a los juzgadores. Así, este tipo de peritajes normalmente no debieran ser admitidos a juicio oral, sin perjuicio de permitir ingresar la información relevante aplicando las reglas generales de admisibilidad de prueba a juicio. Con todo, debe tenerse cuidado que esta afirmación se limita al juicio de responsabilidad que se hace en el juicio oral “principal” en nuestro sistema. Me parece que la situación cambia tratándose de la audiencia de determinación de pena establecida en el artículo 343 del Código Procesal Penal, caso al que no me referiré en este momento y que es posible flexibilizar varios de estos requisitos de admisibilidad que existen para el juicio.

Los ejemplos anteriores presentan una situación límite de casos en que se podría declarar inadmisibles pruebas por falta de necesidad tanto en el primer como en el segundo nivel. Un caso problemático centrado en el segundo nivel se producía hasta hace poco tratándose de los peritajes químicos destinados a determinar la pureza de las drogas incautadas, que constituye un medio de prueba utilizado en todos los juicios por delitos de la Ley de Drogas, las alcoholemias, destinadas a acreditar el nivel de alcohol en la sangre de una persona, utilizadas en los juicios por el delito de conducción en estado de ebriedad contenido en la Ley de Alcoholes y los análisis de ADN. En estos casos, la aplicación de las reglas generales producía situaciones complejas ya que se trata de peritajes muy sensibles para el funcionamiento del sistema debido a su importancia en los juicios en esos delitos. Ello derivó en diversos problemas como consecuencia de la falta de capacidad instalada en nuestro país para responder a las demandas de la Fiscalía para su producción y luego para la comparecencia de los peritos a juicio oral.⁵⁹

Una correcta interpretación de la exigencia de necesidad de conocimiento experto podría haber resuelto este problema sin necesidad de realizar una modificación legal, si se hubiera

interpretado la no admisibilidad en la gran mayoría de casos en los que se intentaba que los especialistas encargados de la elaboración de tales informes técnicos comparecieran a juicio oral en calidad de peritos. En mi opinión, en los casos en los que no existía cuestionamiento de parte de la Defensa a los procedimientos, metodología o resultados de los análisis químicos de la droga, ADN y de las alcoholemias, la declaración en juicio de estos peritos era innecesaria. Esto no quiere decir que la información no lo fuera. Pero en ese tipo de hipótesis el conducto apropiado para ingresar el resultado de los exámenes técnicos practicados por los peritos debiera haber sido el respectivo informe de análisis de droga, ADN o la boleta que contenía el resultado de la alcoholemia. Por lo mismo, el juez de garantía al realizar el examen de admisibilidad de estos peritajes, debiera haber constatado si había debate sobre los puntos indicados o si el perito era presentado para algo más que simplemente dar cuenta del resultado del examen. Si no había debate, en principio, debiera declarar innecesaria la comparecencia del perito a juicio y admitir sólo la introducción del documento con los resultados de los exámenes técnicos practicados.

Esta solución no es aplicable a todo tipo de peritajes. Lo que la justifica en estos casos es que en ambos la conclusión técnica del perito es producto de un examen mecanizado y estandarizado en donde no existe espacio real para que el experto formule una opinión, sino simplemente para mostrar un resultado generado como consecuencia de la aplicación de un procedimiento con poca o nula intervención humana. Así, por ejemplo, en la alcoholemia la muestra de sangre se pone en la máquina respectiva la que arroja un resultado. El perito lo único que hace es manipular la máquina y registrar el resultado. Por lo mismo, si no hay discrepancia acerca de cómo se realizó el peritaje de sangre, el aporte del perito al juicio es nulo y su comparecencia

es innecesaria. No ocurre lo mismo, por ejemplo, en un examen psiquiátrico, en donde la conclusión del perito se construye fuertemente a partir de su opinión profesional, la que siempre debe ser explicada y puede ser controvertida en el juicio. Ello no puede ser reemplazado por el informe escrito del perito. En ese caso su comparecencia a juicio es necesaria en los dos niveles que he analizado. Dicho de otra manera, en estricto rigor no hay opinión experta en este tipo de exámenes mecanizados que justifique la comparecencia de un perito a juicio, a menos que efectivamente exista controversia acerca de los resultados o procedimientos empleados en el caso respectivo.

Esta solución no es desconocida en el derecho comparado. Así, pareciera ser la respuesta a la que han llegado sistemas adversariales con más desarrollo que el chileno. Este es el caso de Canadá. Allí se ha resuelto legislativamente este punto. Por ejemplo la ley de drogas de dicho país (*Controlled Drugs and Substances Act*) establece en sus artículos 45 y 51 que el inspector u oficial de paz en materia de drogas puede realizar el examen de cualquier tipo de sustancias o muestras de drogas para determinar su naturaleza elaborando un certificado o reporte con los resultados. Dicho documento es admisible como evidencia en juicio sin necesidad de su comparecencia y en ausencia de prueba en contrario es suficiente para acreditar sus conclusiones. Para que se admita el documento a juicio debe haberse entregado copia con anterioridad a la parte contra quien se utilizará y, además, cumplir con ciertos requisitos en su elaboración. En todo caso, la parte contra quien se utilizará puede requerir la comparecencia del técnico a juicio a efectos de practicar un contraexamen, pero para ello debe esgrimir razones específicas y no simplemente el deseo general de realizar el contraexamen. Una regulación similar se puede encontrar en la sección 258 del Código Penal de dicho país (*Criminal Code*) referida a los dis-

tintos *tests* existentes para determinar el nivel de alcohol de una persona.⁶⁰

Como se puede observar, se trata de una solución que compatibiliza por una parte el funcionamiento práctico del sistema con las necesidades de defensa en caso de que efectivamente este procedimiento pueda afectar el derecho del acusado a contraexaminar.

En este contexto estimo que este problema pudo haberse resuelto sin necesidad de una reforma legislativa. Con todo, el hecho de que la Ley 20.074 haya introducido una regla especial sobre la materia, agregando un nuevo inciso final al artículo 315 del Código Procesal Penal,⁶¹ facilita el desarrollo de una práctica más consistente sobre este punto, aun cuando deja abiertos algunos elementos para el debate en su uso.⁶² Por lo mismo, a pesar de que en la Ley de Tribunales de Familia no existe una regla equivalente al nuevo inciso final del artículo 315, la regla general de necesidad puede permitir resolver este asunto. Alguna jurisprudencia que se generó a partir de esta reforma ha dado cuenta de diversos problemas de comprensión del alcance de la misma.⁶³

Para cerrar el análisis de este requisito, me parece claro que con los casos problemáticos revisados, si se incorporara una práctica rigurosa de análisis de necesidad de conocimiento experto en los dos niveles que he sugerido son exigidos por nuestra legislación procesal penal, ello produciría un filtro muy importante de peritajes que hoy día se presentan a juicio y podría aliviar en forma significativa el trabajo de los organismos auxiliares.

No puedo concluir esta parte del trabajo sin mencionar lo que en mi opinión constituye el caso más problemático: los denominados “peritajes psicológicos de credibilidad”. El objetivo de ellos es evaluar los niveles de credibilidad de un testimonio, ya sea prestado por una víctima o un testigo.⁶⁴ Dichos peritajes son muy requeridos en los juicios por delitos sexuales, princi-

palmente por parte de la Fiscalía como apoyo a las declaraciones de las víctimas. Como reportan Casas y Mera "...en casi la totalidad de los juicios se presenta al menos un perito a declarar sobre este punto (veracidad), y en la mayoría de ellos se presenta más de uno, en algunos casos hasta cinco".⁶⁵ La gran demanda de este tipo de peritajes ha causado preocupación en las instituciones que normalmente los realizan debido a la falta de capacidad instalada para cubrir la demanda del Ministerio Público.⁶⁶

En mi opinión, los peritajes de credibilidad caen típicamente dentro de la categoría de opiniones expertas que no son necesarias en el primer nivel de análisis ya explicado. En efecto, la evaluación de la credibilidad de relatos de víctimas y testigos en juicio es algo que por excelencia corresponde de manera exclusiva al trabajo de los jueces llamados a resolver el caso. Una de las funciones centrales de un juez de juicio es valorar la credibilidad de los relatos a partir de la información obtenida en juicio y percibida directamente. Admitir a un testigo experto para declarar sobre ello significa invadir la parcela de un trabajo que es de responsabilidad exclusiva del juzgador y en, alguna medida, sustituirlo en su función. De hecho, cuando se observa la metodología utilizada en la elaboración de estos peritajes,⁶⁷ se puede apreciar que ella consiste básicamente en el tipo de trabajo que debiera hacer un juez en juicio para valorar la prueba y resolver el asunto. Dicha metodología apunta a identificar dentro del testimonio en análisis 19 criterios agrupados en cinco categorías que permiten discriminar la veracidad de los relatos, como por ejemplo, estructura lógica, detalles de los hechos, correcciones espontáneas, entre otros. Como apuntaba, esto es precisamente lo que el sistema exige al juez realizar, no sólo en relación al testimonio mismo, sino que vinculándolo además, con el resto de las pruebas presentadas en el juicio en un formato contradictorio e inmediato que le da mejores posibilidades de

apreciar el conjunto de información del caso. Un juez podría considerar que un peritaje de este tipo es útil para resolver el caso y, por eso, admitirlo a juicio, pero como hemos visto, la simple utilidad del peritaje no es motivo suficiente para ello sino lo que se exige es la necesidad de conocimiento experto y típicamente juicios de credibilidad son el trabajo del propio juez.

No obstante los juicios de admisibilidad de prueba pericial por necesidad deben ser valorados caso a caso de acuerdo a la jurisprudencia de los Estados Unidos y Canadá, donde la no admisibilidad de los peritajes de credibilidad por falta de necesidad de conocimiento experto es una práctica asentada en ambos países. Así, Gold, refiriéndose a la jurisprudencia canadiense en la materia, señala: "Los peritajes son generalmente innecesarios y, en consecuencia, inadmisibles, cuando se refieren a la credibilidad de testigos, excepto en circunstancias muy excepcionales en los que existe un defecto oculto o latente que podría ser descubierto por el peritaje, por lo que el conocimiento experto sólo ahí podría hacerse necesario".⁶⁸ Esa jurisprudencia se ve reforzada, además, por una regla explícita de exclusión de evidencia que afecta de manera directa a este tipo de testimonio experto, se trata de "*The rule against Oath-Helping*" (regla en contra de la ayuda a los juramentos), según la cual se prohíbe la admisión a juicio de todo tipo de evidencia que se intenta utilizar con el sólo propósito de probar la veracidad de un testigo.⁶⁹ Una situación similar ocurre en la jurisprudencia de los Estados Unidos.⁷⁰ Esta jurisprudencia también se ha visto reforzada por la interpretación más tradicional de la "*ultimate issue rule*" (regla sobre la cuestión decisoria), según la cual no se admite como evidencia a juicio aquella que pueda invadir el ámbito propio de decisión del juzgador. En esa lógica, esta regla ha sido frecuentemente invocada para denegar la admisibilidad de este tipo de peritajes.⁷¹

Debo hacer notar que tanto en Canadá como

en los Estados Unidos existen algunos matices respecto de la regla general descrita, entre otras derivada de la aproximación caso a caso que ha sentado la jurisprudencia, pero ellas se refieren en general a peritajes que se hacen cargo de proposiciones fácticas distintas a las referidas exclusivamente a la veracidad de los relatos del testigo o víctima o bien presentados con un propósito diferente al de acreditar la veracidad del relato.⁷² En la contracara, formas indirectas de peritajes de credibilidad, como por ejemplo casos en que el experto no afirma nada sobre la credibilidad del relato, pero sí indirectamente lo sostiene por medio de afirmaciones orientadas exclusivamente a reforzar su credibilidad, son consideradas al menos sospechosas y generalmente declaradas inadmisibles.⁷³ Seguramente derivado del carácter menos adversarial del sistema alemán, en este país pareciera ser que la respuesta a este tema es un poco más matizada, pero igualmente en la misma dirección que he sostenido hasta el momento. Así, Roxin reporta que para apreciar la credibilidad de un testigo sólo es admisible consultar a un perito en casos de excepción, siendo discutido por la doctrina el alcance de esos casos.⁷⁴

Se trata de un tema complejo y con muchas implicancias para la práctica actual en nuestro sistema que no estoy en condiciones de abordar en este trabajo, con el que no pretendo agotar la discusión, sino simplemente plantear una visión que problematiza un tema que no ha sido objeto de debate muy profundo desde la comunidad jurídica nacional sino hasta hace muy poco.

c. Idoneidad del perito.

El tercer requisito de admisibilidad de la prueba pericial está constituido por la necesidad de acreditar que quien se presenta como experto sea tal. Se trata también de un requisito que resulta bastante obvio. Si el sistema permite a las partes presentar a sus propios expertos con la finalidad de aportar información necesaria

para construir las decisiones judiciales a través de sus conclusiones u opiniones, lo lógico resulta que exista un mínimo filtro previo que permita verificar si se trata de una persona idónea, es decir, alguien calificado en la ciencia, arte u oficio sobre la cual prestará declaración en juicio.

Este requisito de admisibilidad también encuentra reconocimiento expreso en nuestro Código Procesal Penal. Así, el artículo 314 inciso primero señala que “El Ministerio Público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos....acompañando los comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito”. Lo mismo ocurre en la Ley de Tribunales de Familia que contiene una regla idéntica en su artículo 45 inciso primero. También puede derivarse de lo dispuesto en el artículo 316 que señala: “El juez de garantía admitirá los informes y citará a los peritos cuando... considerare que los peritos ... otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo”, norma que se reproduce textualmente en el artículo 47 inciso primero de la Ley de Tribunales de Familia.

No obstante este requisito está constituido por una exigencia obvia hay algunos problemas potenciales que plantea su uso que me parece necesario esclarecer. En primer lugar, la idoneidad del perito debe ser acreditada en el área de experticia en el que se pretende que declare, es decir, debe tratarse de una idoneidad relevante para los efectos de su aporte en el caso. Así, por ejemplo, si pretendo incorporar a juicio la opinión de un experto con formación en química, el objetivo de su declaración en juicio debe permanecer centrado a esa área y no, por ejemplo, ampliarse a aspectos psicológicos del comportamiento de la persona que visitó su laboratorio para la toma de las muestras respectivas. Si lo acredito como químico sólo puede declarar en el área de su experticia. En este sentido, el hecho de acreditar a alguien como un “experto” no lo habilita para hablar de cualquier cosa.

Éste es normalmente un problema que se presenta a nivel de juicio, en donde suele preguntársele a los peritos por opiniones que van más allá de su experticia acreditada (típicamente los médicos). Ese tipo de preguntas son objetables y no pueden ser admitidas en el juicio. Pero también podrá presentarse como un problema para decidir admisibilidad. Para esos efectos el juez debe verificar que la acreditación se vincula al área en donde presentará declaración en juicio. Es decir, el juez debe verificar la consistencia de la acreditación con la declaración que va a prestar el perito de acuerdo a su informe pericial ya rendido. Si no hay consistencia entre ambos, no debe darse lugar a la admisibilidad de tal prueba.

Junto con lo anterior, un segundo tema de relevancia es que, tal como el artículo 314 enfatiza, la responsabilidad de acreditar idoneidad profesional del perito es de quien intenta que dicho experto pueda declarar en juicio oral. Esto plantea varios problemas. El primero y de fondo tiene que ver con el estándar de acreditación de idoneidad que exige la ley. La respuesta a esto pasa por entender que en un sistema acusatorio hay dos juicios de idoneidad que se realizan a un perito con propósitos distintos y en etapas diversas. El primero de ellos es un juicio de admisibilidad, cuya función es evitar el ingreso de expertos sin una mínima calificación en su área a juicio. El segundo se realiza en la misma audiencia de juicio y su objeto no es ya excluir al perito sino pesar su credibilidad. En consecuencia, el examen de idoneidad para efectos de admisibilidad es relativamente bajo o preliminar. Si se acredita que el perito es una persona que tiene un conocimiento especial o experiencia relevante en el área de su experticia debe ser admitido a juicio. En cambio, determinar cuán bueno sea ese perito, es una cuestión que queda entregada al juicio oral ya que se trata de un asunto de credibilidad y no de admisibilidad. Por lo mismo, un juez no

puede declarar inadmisibile un peritaje porque crea que el experto no es el mejor o es mediocre en el contexto de su disciplina, ello es algo que se resuelve en materia de credibilidad en juicio.

En línea descrita se pronuncia también la jurisprudencia comparada. Así, por ejemplo, en Canadá el examen de idoneidad (incluido dentro del “*Mohan Test*” de admisibilidad de la prueba pericial) establece que para estar calificado para declarar en juicio “La persona tiene que haber adquirido un conocimiento especial o peculiar a través del estudio o la experiencia respecto de los temas sobre los que va a declarar”⁷⁵. La escasa doctrina nacional que ha escrito sobre el tema también adopta esta posición.⁷⁶

Un segundo problema respecto de la acreditación de la idoneidad se vincula con el tipo de comprobantes o antecedentes que sirven para satisfacer el juicio de admisibilidad. La idoneidad dependerá centralmente del tipo de experto que se intente presentar y, por lo mismo, no debiera existir una regla rígida en la materia. Como se ha visto, nuestro Código acertadamente admite experticia no sólo tratándose de conocimiento científico duro sino que incorpora la experticia de artes y oficios. En las áreas más científicas los aspectos típicamente invocados son los títulos académicos, las capacitaciones y perfeccionamientos adicionales, las publicaciones, etc. Tratándose de áreas no científicas la experiencia práctica suele adquirir mucha relevancia. Cualesquiera que sea el tipo de experto, quien lo presenta debe argumentar y acreditarle al tribunal que hace el juicio de admisibilidad que la persona tiene esos títulos o experiencia. Muchas veces alcanzará con presentar el *currículum vitae* del experto, en otras copias de los títulos y certificaciones que posea de su pertenencia o sociedades profesionales, en fin todo aquello que en un formato sencillo y no formalista permita al tribunal decidir adecuadamente. Los niveles de formalidades en este punto normalmente estarán asociados a la

intensidad de la controversia. Cuando ésta es baja hay menos problemas acerca de los medios de acreditación de la idoneidad. Cuando la intensidad de la controversia en cambio es alta, se eleva el estándar para quien presenta al perito. Este tema es uno de los pocos aspectos especiales de la admisibilidad de la prueba pericial que ha generado jurisprudencia en nuestro país.

Un primer caso se produjo en el juzgado de garantía de Viña del Mar en donde en la audiencia de preparación del juicio la jueza de garantía a cargo acogió una solicitud de exclusión de prueba de un perito presentado por la Fiscalía por falta de acreditación de su idoneidad. Se trataba de un perito químico presentado para declarar sobre los exámenes de pureza de la droga efectuados (es un caso anterior a la reforma de ajuste de noviembre de 2005). La Fiscalía no había acompañado ningún comprobante que acreditare su calidad de tal y al plantearse el debate por la Defensa señaló que su carácter de perito era un hecho público y notorio. Al resolver sobre una petición de nulidad presentada por la Fiscalía en la misma audiencia la jueza argumentó que "...a lo menos debe acreditarse la calidad que se invoca para los peritos de una manera simple sin mayores formalidades...". Junto con exclusión del perito se admitió como prueba documental el protocolo de análisis de pureza de la droga.⁷⁷ Con posterioridad, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en un fallo bastante confuso, revocó esta decisión, pero no se pronunció sobre el aspecto destacado en este punto.⁷⁸

Hay dos casos más recientes sobre el mismo tema de la Corte de Apelaciones de San Miguel que llegan a decisiones completamente opuestas. En el primero de ellos,⁷⁹ la Corte valida, en voto dividido, la decisión de un juez de garantías en la audiencia de preparación del juicio de no admitir a juicio a dos peritos presentados por el Ministerio Público por falta de acreditación de idoneidad al sólo acompañarse para dichos efectos copia del *curriculum vitae* de ambos.

Específicamente, se señala que el Ministerio Público no había acreditado mínimamente la especialización o experiencia profesional de los peritos que pretendía llevar a juicio. Un tema interesante del fallo es que el Ministerio Público alega ante la Corte que el juez de garantías carece de facultades para excluir prueba por dicha causal, lo que es rechazado por la Corte señalándose en el considerando 5º que "Es decir, y razonando *contrario sensu*, el juez de garantía se encuentra facultado para inadmitir un informe y la citación de un perito, cuando este no le da las garantías referidas". En relación al tema de fondo, la Corte señala que para acreditar la idoneidad no basta en el presente caso, en donde había una solicitud explícita de exclusión de parte de la Defensa, con las declaraciones del propio perito contenidas en su currículo. En el segundo caso se presenta una situación muy parecida.⁸⁰ En este caso el juez de garantías también había excluido a tres peritos presentadas por el Ministerio Público por falta de acreditación de idoneidad al acompañarse para esto sólo copias de sus *curriculum vitae*. A diferencia del caso anterior, la Defensa no desconocía el título profesional y lugar de trabajo de los peritos. La Corte, también en voto dividido, revoca la decisión del juez de garantías, señalando que tratándose de peritos que se desempeñan en los organismos públicos y que auxilian al Ministerio Público señalados en el artículo 321 del Código Procesal Penal deben ser considerados idóneos por su pertenencia a dichas instituciones. Se argumenta que el artículo 321 establece para dichos funcionarios un estatuto especial que para el resto de los peritos. Más problemático aún, en mi opinión, es el razonamiento del voto de mayoría en su considerando 9º en el cual señala "Que los fundamentos de la resolución apelada, para excluir los medios de prueba señalados, no se encuentran entre las causales que detalla y establece el artículo 276 del Código Procesal Penal. Esta norma, debe ser

interpretada restrictivamente por lo extremadamente gravosa que puede significar a la víctima o al imputado su exclusión en el juicio oral”. Con dicho argumento la Corte parece desconocer la existencia de este criterio especial de admisibilidad de la prueba pericial que, por lo mismo, no se formula dentro de los criterios generales de exclusión de prueba.

Se trata de fallos de mucho interés y que plantean cuestiones en diverso nivel, pero para los efectos de este trabajo me parece dan cuenta de la falta de un desarrollo jurisprudencial mínimamente consistente en una misma Corte de Apelaciones frente a un problema relativamente sencillo de admisibilidad de la prueba pericial. Me parece que más allá del problema concreto producido en ambos casos, por lo general si las partes han realizado una adecuada selección del perito, el requisito de idoneidad no constituye un obstáculo muy serio para su admisibilidad. Es importante destacar que no basta con la selección de un experto idóneo sino también que se genere una práctica de quienes intenten introducir peritajes a juicio de acreditar tal idoneidad al momento de discutir la admisibilidad de esta prueba. El principal impacto, en consecuencia, de una exigencia más rigurosa de este requisito no debiera traducirse en un filtro muy relevante, sino más bien en un cambio de prácticas de fiscales y defensores al momento de presentar prueba pericial para su admisión a juicio que no debiera significar un desafío mayor para ambas instituciones.

d. Confiabilidad del peritaje.

Un último requisito de admisibilidad de la prueba pericial está constituido por la confiabilidad del peritaje, es decir, si el experto aporta información considerada como razonable dentro de la comunidad científica a la que pertenece o a la disciplina en la cual desarrolla su arte u oficio. Su reconocimiento normativo en el Cód-

igo Procesal Penal está contenido en dos disposiciones. El artículo 316 inciso primero, al referirse a la decisión de admisibilidad de los peritajes, indica que éstos serán precedentes cuando “...los peritos y sus informes otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo”. Esta idea se ve reforzada en otra norma, el artículo 314 inciso final, que señala que “Los informes deberán emitirse...atendiéndose a los principios de la ciencia o reglas del arte u oficio que profesara el perito”.

Como se puede apreciar, en ambas disposiciones el legislador enfatiza que para admitir esta prueba a juicio la información que aportará el perito (identificada como “informes”) debe ser seria y profesional y debe atenerse a los principios que rigen la respectiva ciencia o disciplina. Reglas similares se contienen en los artículos 47 inciso primero y 45 inciso tercero de la Ley sobre Tribunales de Familia. Por lo mismo, un experto idóneo, que pretende declarar sobre una materia relevante para el caso y en donde existe necesidad de conocimiento experto, podría no ser admitido a juicio si es que el contenido de su declaración no es confiable o, en los términos de nuestra legislación, no otorga garantías de seriedad y profesionalismo o el informe no ha sido obtenido ateniéndose a los principios de la ciencia o disciplina a la cual pertenece.

La idea central de la exigencia de confiabilidad de la opinión experta es que no todo lo que afirme un perito, incluso dentro del área de su experticia y en cuestiones relevantes para el caso, puede ser admitido a juicio. Al sistema legal sólo le interesa escuchar la opinión experta en la medida que ella tenga un nivel de validez importante dentro de la comunidad de especialistas a la que pertenece. Esta idea ha sido el núcleo central del desarrollo de la jurisprudencia de los Estados Unidos y Canadá en los últimos años. Así, se ha sostenido que la idea matriz detrás de la exigencia de confiabilidad se encuentra en que “...el sistema legal debiera

aceptar como prueba pericial sólo aquello que la buena ciencia aceptaría como tal y nada menos que eso”.⁸¹ Con ello se quiere enfatizar que los jueces no debieran tomar en consideración para resolver los casos aquello que ni siquiera en la disciplina a la que pertenece el experto se consideraría como un conocimiento asentado o incluso válido.

Nuevamente nos encontramos en presencia de un requisito de admisibilidad que resulta bastante lógico. Si lo que justifica escuchar a un experto en juicio es que éste aportará conocimientos técnicos desconocidos para el juzgador, lo mínimo que debe exigirse es que dicho experto sea fiel a la ciencia o disciplina que profesa. En caso contrario, el sistema se abre a la posibilidad de admitir información de poca validez y calidad, pero que puede determinar de manera intensa el resultado del caso. Todo ello, aumentando las posibilidades de decidir erróneamente las cuestiones en controversia.

La constatación del alto impacto que produce la admisión a juicio de conocimiento experto poco confiable es lo que ha llevado a países como Estados Unidos y Canadá a elevar de manera significativa los estándares de admisibilidad por confiabilidad de la prueba pericial. Mi intención es mostrar en grandes líneas el estado del debate en ambos países con el objeto de ilustrar los alcances y el impacto que la aplicación de este requisito de admisibilidad podría tener en nuestro país si los jueces lo comienzan a exigir tal cual como lo regula el Código Procesal Penal y la Ley sobre Tribunales de Familia. Antes de entrar en dicha exposición creo pertinente destacar que se trata del requisito más complejo de los analizados y en el que no creo sea posible hacer un traspaso automático de los desarrollos experimentados en estos países a la realidad nacional. Por lo mismo, la información que expondré tiene por objetivo nutrir un debate absolutamente indispensable en nuestro país que permita fijar

criterios o estándares razonables para la aplicación del criterio de confiabilidad.

En los Estados Unidos⁸², hasta el año 1993 el criterio de confiabilidad estaba determinado por el caso *Frye* (del año 1923) el cual establecía el denominado “*test* de aceptación general”. Según este *test*, una prueba pericial podía ser admitida a juicio en la medida que la técnica o teoría utilizada por el experto fuera de aceptación general en la comunidad a la que pertenecía. La formulación general de este *test* daba un espacio importante de discrecionalidad a los jueces para decidir qué sí y qué no admitir a juicio, incluso les permitía admitir peritajes en ciencias noveles aun cuando todavía no fueran de general aceptación. Esta situación cambia de manera radical en el año 1993, año en el que se da inicio a una serie de decisiones jurisprudenciales de la Corte Suprema (conocidas como la “trilogía”) que rediseñaron las exigencias de admisibilidad de la prueba pericial en dicho país. El caso *Daubert* constituye el punto de partida de la jurisprudencia actual.⁸³ *Daubert* restringe de manera importante la admisibilidad de la prueba pericial poniendo énfasis en la necesidad de que junto con la relevancia de la misma éste deba ser confiable. Para ello, esta decisión refuerza el rol de “portero” (*gatekeeper*) del juez del juicio para evitar el ingreso de evidencia experta que no satisfaga las exigencias de relevancia y confiabilidad. Así, se establece que el juez no sólo tiene el poder sino la obligación de constituirse en un filtro en este tipo de pruebas.⁸⁴ Además, *Daubert* exige que la metodología utilizada en el peritaje sea correcta desde un punto de vista científico. En este segundo punto *Daubert* incrementa de manera significativa el *test Frye*. Para determinar la corrección de la metodología se elabora una lista de cuatro factores que el juez debe examinar. Desde ya es importante mencionar que estos cuatro criterios no son ni exclusivos ni excluyentes de otros potenciales, pero sí

deben formar parte del análisis que realiza el juez. Estos son:

- . La falsificabilidad de la teoría o posibilidad de que esta sea testeada.
- . Que haya sido sometida a revisión de pares o publicada.
- . Conocimiento de la tasa potencial de error y la existencia de estándares que controlan la investigación sobre la cual se basa la teoría.
- . Aceptación general de la metodología que subyace a la teoría en la comunidad científica.

Como se puede apreciar, el gran esfuerzo de *Daubert* en materia de pericias científicas es introducir los criterios de validación propios de las ciencias duras en el ámbito de la admisibilidad. Por esa vía se refuerza la idea que sólo es admisible para el sistema legal lo que la ciencia estaría dispuesta a validar. Esta decisión produjo un significativo impacto en el uso y admisibilidad de la prueba científica en los Estados Unidos.⁸⁵

Con posterioridad, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha extendido la jurisprudencia de *Daubert* a todo tipo de pericias. En primer término por medio del caso *General Electric Co. Versus Joiner*⁸⁶ del año 1997 que hizo aplicable los estándares desarrollados en *Daubert* a las revisiones de apelación. Finalmente, la Corte en el caso *Kumho* de 1999,⁸⁷ completa la trilogía por medio de hacer aplicable estos mismos estándares a todo tipo de peritajes. La Corte, eso sí, aclara que los diversos criterios de *Daubert* debían adecuarse a la lógica del tipo de experticia que fuere objeto de análisis. Además, se entrega al juez especificar el tipo de análisis concreto que debía hacerse a la pericia sobre la base de considerar las características especiales del caso

en particular en cuestión, es decir, se le entrega un espacio mayor de discreción que tratándose de peritajes exclusivamente científicos. Esto mismo hace que el debate sobre admisibilidad por confiabilidad de la prueba pericial no esté cien por ciento cerrado y que todavía se puedan esperar nuevas decisiones de la Corte Suprema.⁸⁸ Con todo, como hemos visto, los avances hasta el momento han cambiado la lógica sobre la cual se estructuraba el sistema, intentándose enfatizar el carácter más bien excepcional que debiera tener la admisión de las opiniones expertas a juicio.

El desarrollo jurisprudencial descrito tuvo un impacto legislativo en los Estados Unidos. Así, en el año 2000 se realizó una reforma a la Regla Federal de Evidencia 702 que regula la procedencia de la prueba pericial en los procesos federales. El objetivo de esta modificación fue recoger los desarrollos experimentados en las decisiones de la Corte Suprema reconociendo en forma expresa la necesidad de que el testimonio experto sea producto de la aplicación de principios y métodos confiables y que ellos hayan sido los adecuados a las circunstancias específicas del caso.⁸⁹

Canadá, por su parte, ha experimentado un desarrollo muy similar al descrito tanto en el fortalecimiento del rol de *gatekeeper* de los jueces como en el desarrollo de estándares de admisibilidad por confiabilidad de la prueba pericial. Por lo mismo, no parece necesario repetir lo ya revisado. Sólo a modo de información se puede decir que la jurisprudencia canadiense tomó para sí los desarrollos de *Daubert* a través del caso *Mohan* de 1994⁹⁰ aún cuando no se lo citó de manera explícita. Con posterioridad, la Corte Suprema de dicho país ha sido mucho más explícita en una serie de decisiones, en donde se destaca la situación de la aplicación de estos criterios a los casos de evidencia experta en una ciencia novel.⁹¹

El desarrollo jurisprudencial y legislativo ex-

perimentado por ambos países da cuenta de niveles de sofisticación muy importantes para medir la admisibilidad por confiabilidad, que en el caso de las pericias científicas suponen expertos fuertemente insertados en comunidades vigorosas y altamente profesionalizadas (por ejemplo a través de la exigencia de revisión de pares y publicaciones). Por lo mismo, como adelantaba, me parece riesgoso en países como Chile aplicar sin más estos criterios sin tener previamente algún diagnóstico acerca del funcionamiento y prácticas de nuestras distintas comunidades científicas que están en condiciones de aportar conocimiento experto a juicio. Con todo, el punto que me interesa destacar es que no es posible pensar que la prueba pericial pueda ser admitida sin ningún tipo de criterio de confiabilidad. Entiendo que al menos, debemos partir por exigir que los testimonios de peritos estén basados en teorías admitidas como confiables dentro de las respectivas disciplinas y que se utilicen, además, los procedimientos y metodologías adecuados para obtener los resultados en ese caso concreto. Menos que eso supone admitir la incorporación a juicio de información potencialmente muy riesgosa como se ha tenido oportunidad de verificar el debate generado en la opinión pública acerca de los procedimientos de trabajo con que operan algunas instituciones en el país.⁹²

Un buen ejemplo para ver el impacto que en Chile podría tener este tipo de análisis de confiabilidad, aún en niveles no tan exigentes como los desarrollados en Estados Unidos y Canadá, nuevamente está constituido por los peritajes psicológicos de credibilidad. En mi opinión, este tipo de peritajes no sólo debieran ser normalmente excluidos por falta de necesidad de conocimiento experto, sino además -a todo evento- por falta de confiabilidad. Esta falta de confiabilidad se basa en el hecho de que dentro de la comunidad científica respectiva (psicología y psiquiatría) no existe consenso acerca de la posibilidad de afirmar científicamente si al-

guien miente o dice la verdad en un caso concreto. Así, por ejemplo, en nuestro país esto ha sido reconocido de manera expresa por el Servicio Médico Legal el cuál por instrucción de su director nacional en el año 2004 ha decidido no practicar evaluaciones de credibilidad de testimonio de adultos debido a su escasa confiabilidad derivada del amplio margen de error que presentan.⁹³ No obstante este reconocimiento se ha dejado abierta la puerta para la práctica de este tipo de pericias tratándose de niños.

La jurisprudencia en los Estados Unidos ha reconocido los problemas de falta de confiabilidad de este tipo de prueba de manera amplia en varios casos. En efecto, refiriéndose en términos generales sobre el estado de las disciplinas psicológicas y psiquiátricas, se ha sostenido que "Todavía no ha sido demostrado que el arte de la psiquiatría se haya desarrollado en una ciencia tan exacta que garantice una intrusión tan básica en el proceso de decisión del jurado".⁹⁴ Más específicamente, en materia de peritajes de credibilidad se ha dicho que: "No podemos olvidar que los psicólogos y psiquiatras están entrenados para reconocer, o diagnosticar condiciones o enfermedades; ellos no están capacitados, sin embargo, para determinar quien dice la verdad".⁹⁵ En buena medida esta jurisprudencia se basa en los cuestionamientos que desde el punto de vista de su confiabilidad tiene el CBCA, tema que sin embargo es debatido por diversos especialistas en nuestro país. Algunos tribunales de juicio oral han comenzado también, a nivel de valoración de la prueba producida en juicio, a manifestar su distancia frente a este tipo de peritajes derivada de sus problemas de confiabilidad.⁹⁶

Los peritajes de credibilidad también sirven para ilustrar algunos problemas del uso de metodologías adecuadas a los casos concretos, obviando por cierto el problema base de confiabilidad ya descrito. Un estudio realizado por psicólogos acerca de la manera en que dichos

peritajes son confeccionados en la práctica en nuestro país, arrojó un conjunto de dudas y cuestionamientos serios a las metodologías, procedimientos y especialización de quienes los practican, tanto en adultos como en niños⁹⁷. Otras opiniones ratifican esto, por ejemplo, al constatar que no existe estandarización de los instrumentos específicos que deben utilizarse en cada paso metodológico como tampoco ha existido un proceso de adaptación de los mismos a la realidad nacional⁹⁸. Todos estos problemas restan confiabilidad a los resultados de este tipo de pericias⁹⁹.

Como se puede apreciar, el criterio de admisibilidad de la prueba pericial, basado en la confiabilidad de la misma, aun cuando sea introducido en niveles relativamente básicos, podría cuestionar seriamente la introducción de diversos tipos de peritajes que son de común ocurrencia en el nuevo sistema procesal penal. Nuevamente, su exigencia podría corregir problemas tanto de uso racional de los recursos como de principios básicos sobre los que se estructura el nuevo sistema y que se está presentando en su desarrollo.

5. Observaciones finales.

Me parece que las cuestiones vinculadas al correcto uso de la prueba en juicio constituyen una de las áreas más conflictivas dentro de estos problemas de segunda generación que comienza a enfrentar nuestro sistema procesal penal una vez superados los problemas derivados de su proceso de instalación. Dentro de ellas, el uso que se está realizando de la prueba pericial es claramente perjudicial como hemos visto, tanto para los valores del sistema como para una adecuada racionalización de los recursos públicos destinados a su funcionamiento. Lo que llama la atención de este caso es que, a diferencia de otras materias, los problemas no derivan de una inadecuada regulación legal. De hecho, como

hemos visto a lo largo de este trabajo, el régimen legal establecido en el Código contempla todos los elementos necesarios para fundar una práctica correctamente orientada.¹⁰⁰ En consecuencia, estamos frente a un área en donde la práctica de los actores del sistema podría orientarse adecuadamente en la medida en que la jurisprudencia de nuestros tribunales comience a ser más rigurosa en la aplicación de la ley vigente. En ese contexto, este trabajo ha pretendido contribuir a esta labor de desarrollo jurisprudencial dando a conocer cómo estos criterios han sido desarrollados en el derecho comparado y, especialmente, entregando una interpretación para su aplicación a nuestro país. Tomando el título de este trabajo, me parece que el desarrollo de una práctica fuerte al control de admisibilidad de la prueba pericial es “un modelo para armar” para nuestros tribunales.

Notas

¹ En este mismo sentido Alan Gold afirma: “Conocimiento y expertizaje han crecido exponencialmente en nuestras sociedades y el incremento del consumo de los tribunales de prueba pericial refleja esa realidad en nuestro mundo moderno”. Véase Alan Gold, *Expert Evidence in Criminal Law: The Scientific Approach*, Irving Law, Canadá 2003, pág. 4 (traducción del autor). En el área de la justicia criminal Roxin señala “En el procedimiento penal moderno, en el que la aclaración científica de cuestiones que no son jurídicas juega un papel cada vez más importante, el perito ha alcanzado, con frecuencia, una posición dominante en la práctica...”. Véase Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 240. Para el caso de los Estados Unidos Clark ha afirmado que esta prueba es “el punto decisivo en todo caso que haya elementos materiales de prueba” citado por Fernando Ramírez: “Postulados del Sistema Penal de los Estados Unidos y Prueba Pericial Comparada”, en *Derecho Penal Contemporáneo* N° 16, Bogotá, Julio-Septiembre 2006, pág. 83.

² Para el caso chileno véase Sabas Chahuán: “Reflexiones sobre la Prueba Pericial en el Nuevo Proceso Penal” en *Revista Procesal Penal* N° 11, Lexis-Nexis, Santiago, julio de 2003, pág. 13.

³ Así, por ejemplo, el Fiscal Nacional en su cuenta pública del mes de abril del año 2006 incluyó dentro del capítulo IV destinado a revisar las dificultades importantes experimentadas por el Ministerio Público la tardanza del Servicio Médico Legal en la confección de peritajes psiquiátricos y psicológicos. Véase, Séptima Cuenta Pública, 28 de abril de 2006, páginas 32 y 33, en <http://www.ministeriopublico.cl/RepositorioMinpu/Archivos/minpu/CUENTA%20PUBLICA.doc> (visitada en mayo de 2006)

⁴ Una visión panorámica de estos problemas será objeto de revisión en el apartado siguiente.

⁵ En materia procesal penal la ley 20.074 del 11 de noviembre de 2005, denominada de Ajustes a la Reforma, introdujo algunas modificaciones a los artículos 314 y 315 del Código Procesal Penal que han representado un avance en la materia, pero el problema básico subsiste.

⁶ El uso del conocimiento experto en etapas preliminares al juicio está básicamente desregulado en nuestro sistema conforme con el carácter preparatorio e informal de la etapa de investigación. Con todo hay una norma que ha generado debate intenso, el artículo 320 del Código Procesal Penal, referida al acceso de los intervinientes al examen de objetos, documentos o lugares sobre los que ha recaído una pericia. El debate se ha centrado en la procedencia o no de dicha norma para permitir las entrevistas con víctimas periciadas psicológicamente, generándose diversa jurisprudencia contradictoria. Sobre este tema véase Francisco Soto, “¿Es la Víctima un “Objeto Periciable” a la Luz del Artículo 320 del Código Procesal Penal?”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público* N° 34, Santiago 2008, págs. 254 a 261. En este trabajo me preocupo del uso de este tipo de prueba cuando ella se intenta introducir en un juicio oral como información para fundamentar una sentencia definitiva en el caso. Ello, con todo, debiera tener un impacto significativo en su uso en las etapas previas en la medida que las prácticas de juicio oral moldean el comportamiento de los actores del sistema, incluso en los casos en los que no se llega a esa instancia. Sobre la capacidad del juicio oral de moldear prácticas véase con más detalle Andrés Baytelman “El Juicio Oral” en *Nuevo Proceso Penal*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago 2000, págs. 228 a 231. Tampoco me referiré al uso de la prueba pericial para los efectos de determinación de la prueba en la audiencia prevista por la reforma que se practicó al artículo 343 del Código Procesal Penal en noviembre de 2005, que presenta algunos desafíos diversos a lo que discutiré en estas páginas y que no se encuentran resueltos con claridad por nuestra legislación.

⁷ En el caso de la Ley 20.084 sobre Responsabilidad de los Adolescentes por Infracción a la Ley Penal, su artículo 27 hace aplicables las normas del Código Procesal Penal en forma supletoria a las disposiciones de dicha ley en materia de procedimientos. Al no regularse reglas expresas sobre la prueba pericial, ella queda regulada por las disposiciones del Código Procesal Penal.

⁸ Un planteamiento similar de estos problemas puede revisarse en Tania Bubela, “Expert Evidence: The Ethical Responsibility of the Legal Profession” *Alberta Law Review* N° 41, 2004, págs. 853 a 870. La autora los llama “problemas sustantivos de justicia y equidad” y “problemas procedimentales de costos y eficiencia”.

⁹ Este tipo de situaciones se da cuando, por ejemplo, un perito psiquiátrico declara sobre la inimputabilidad del acusado por problemas mentales haciendo juicios sobre lo mismo. Típicamente, el juicio de imputabilidad corresponde a la valoración de un estándar normativo entregado al juez. Para ello el perito tiene el rol de aportar antecedentes para dicho juicio, pero no le corresponde formularlo. Cuando el perito lo hace y el juez lo permite, fallando luego sobre la base de dicha formulación sin hacer un examen aparte de las exigencias del estándar normativo, se produce un problema de sustitución de rol.

¹⁰ El caso típico es de los peritajes psicológicos de credibilidad, tema al cual sólo me referiré tangencialmente en este trabajo.

¹¹ Estudios empíricos en relación al comportamiento del jurado en frente de evidencia científica han indicado que un 25% de los entrevistados que han servido como jurados han estimado que en caso de no haberse presentado ese tipo de evidencia ellos habrían cambiando su veredicto de culpable a no culpable. Véase Joseph Peterson et. al, *The Use and Effects of Forensic Science in the Adjudication of Felony Cases*, 1987, citado por Alain Gold, ob. cit., pág. 12 nota a pie 33.

¹² En este sentido véase Barry Scheck, Peter Naufeld y Jim Dwyer, *Actual Innocence*, Signet Books, New York, 2001. Este libro contiene un resumen de los resultados de las investigaciones llevadas a cabo en Estados Unidos en el seno del *Innocence Project* destinado a obtener la liberación de personas condenadas por error judicial en dicho país. Véase especialmente el capítulo 7, páginas 204 a 221 que describe varios casos de error judicial motivados por el uso de conocimiento experto poco confiable. Véase también la tabla contenida en la página 361 de apéndice 2 en donde se listan los principales factores que han llevado a condenas judiciales por error investigados por el Innocence Project en los Estados Unidos, en donde se constata que un porcentaje muy relevante está constituido por el mal uso de pruebas periciales.

¹³ Véase, *Report on the Prevention of Miscarriages of Justice*, FTP Heads of Prosecutions Committee, septiembre de 2004, 155 páginas, disponible en <http://canada.justice.gc.ca/en/dept/pub/hop/preventionofmiscarriagesofjustice.pdf>. Véase especialmente el capítulo 9, págs. 115 a 132.

¹⁴ A lo largo de este trabajo nos referiremos a este desarrollo. Con todo, como referencia general puede revisarse para el desarrollo en Canadá David Paciocco y Lee Stuesser, *The Law of Evidence, Irwin Law*, Canadá 2004, págs. 161 a 174; y, David Paciocco, "Coping with Expert Evidence about Human Behaviour" *Queen's Law Journal* N° 25, 1999, págs. 305 a 344. Un análisis del desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema en los Estados Unidos puede revisarse en Margaret Berger, "The Supreme Court Trilogy on the Admissibility of Expert Testimony", en *Reference Manual on Scientific Evidence*, Federal Judicial Center, Washington 2000, págs. 9 a 38. Un breve análisis sobre las Reglas Federales de Evidencia en este punto puede verse en Miguel Méndez, "Prueba Pericial en Estados Unidos de América", en *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Oral*, Lexis Nexis, Santiago 2003, págs. 69 a 100, especialmente págs. 87 a 91.

¹⁵ Véase Rafael Fontecilla, *Tratado de Derecho Procesal Penal* tomo II, Editorial Jurídica, Santiago 1978, pág. 286.

¹⁶ Véase Lidia Casas y Alejandra Mera, ob. cit, págs. 140 a 165.

¹⁷ Idem, pág. 150.

¹⁸ A partir de este caso se ha desatado una severa crisis institucional al interior del Servicio Médico Legal en donde ha sido posible constatar serios problemas con los procedimientos utilizados por la institución y la confiabilidad de los resultados de sus pericias que han sido puestos en conocimiento de la opinión pública por distintos medios de comunicación, por ejemplo véase Ximena Marré, "Crisis Institucional: Renunció el Director del Servicio Médico Legal", *El Mercurio*, Jueves 15 de Junio de 2006, págs. C1 y C9.

¹⁹ Quiere destacar que el punto de la preocupación no es el uso de la prueba pericial en sí, sino más bien que un uso irracional de la misma, es decir fuera de los casos en lo que se justifica, no es una cuestión neutra desde el punto de vista de los recursos, siempre limitados, con que cuenta el sistema.

²⁰ En este sentido, por ejemplo, el contexto del sistema de justicia criminal de Canadá, la

Corte Suprema de dicho país ha sostenido “The significance of the costs to the parties and the resulting strain upon judicial resources cannot be overstated. When the door to the admission of expert evidence is opened too widely, a trial has the tendency to degenerate into a ‘contest of experts’”. Citado por Alan Gold, ob. cit. pág. 13.

²¹ Así, por ejemplo, en las evaluaciones de la reforma realizadas en los años 2001 y 2002 se destaca como un factor negativo del funcionamiento de la reforma la lentitud en la evacuación de peritajes, especialmente los del Servicio Médico Legal. Véase Andrés Baytelman, *Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena*, Universidad Diego Portales y Universidad de Chile, Santiago 2002, pág. 63 y Andrés Baytelman y Mauricio Duce, *Evaluación de la Reforma Procesal Penal: Estado de una Reforma en Marcha*, Universidad Diego Portales, Santiago 2003, págs. 114 a 116. Más recientemente, el año 2004, el Fiscal Nacional manifestó públicamente su preocupación por el déficit en la evacuación de peritajes psicológicos por parte del Servicio Médico Legal y la Policía de Investigaciones. Véase *El Mercurio*, 16 de mayo de 2004, cuerpo C, citado por Lidia Casas y Alejandra Mera, *Violencia de Género y Reforma Procesal Penal Chilena*, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 2004, pág. 149. Esta misma preocupación es manifestada a propósito de la falta de especialistas para la realización de peritajes psicológicos en materia de delitos sexuales. Véase, “¿Cómo Saber Quién Miente?”, *Revista El Sábado* N° 337, *El Mercurio*, 5 de marzo de 2005, págs. 21 a 23.

²² En este sentido, la Comisión de Expertos formada por el Ministerio de Justicia a fines del año 2003 en el contexto de la postergación recomendó “Se requiere un importante fortalecimiento de las instituciones auxiliares en materia de recursos, personal, infraestructura y tecnología”. Véase *Documento de la Comisión Nombrada para Revisar y Evaluar la Marcha y Funcionamiento del Nuevo Sistema de Enjuiciamiento Criminal*, Santiago 2003, pág. 34. Una versión electrónica puede obtenerse en la página web de la Fundación Paz Ciudadana: www.pazciudadana.cl

²³ Véase, Nieves Aravena, Santiago: “La Prueba a la Capacidad Pericial”, *El Mercurio*, 16 de junio de 2005, pág. C3; “Médicos no están Preparados para ser Peritos”, *La Nación*, 27 de mayo de 2005, pág. 22.

²⁴ Así, por ejemplo, el artículo 471 del Código de Procedimiento Penal hace extensiva a los peritos las mismas tachas reguladas para los testigos, varias de las cuales giran en torno a la idea de falta de imparcialidad (por ejemplo las contempladas en los numerales 6, 7 y 8 del artículo 460).

²⁵ Esta lógica queda de manifiesto en el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal que señalaba que en los delitos de acción pública el nombramiento del perito correspondía al juez, el que incluso podía oponerse a la designación de un perito asociado de algunas de las partes si en su opinión ello perjudicaba el éxito de la investigación.

²⁶ No se trataba de un sistema de prueba tasado absoluto, pero sí estaba presente en la lógica del Código, tal como se deriva de la norma citada.

²⁷ En esta misma línea Granados sostiene para el caso de la reforma procesal penal colombiana que “...la concepción en un sistema acusatorio de que el perito es de las partes y no de la curia...”. Véase Jaime Granados, “La Prueba Pericial y la Prueba Novel en el marco del Nuevo Proceso Penal en Colombia”, en *Revista de Derecho Penal Contemporáneo* N° 11, abril-junio 2005, Bogotá 2005, pág. 78.

²⁸ Una regla idéntica se contiene en el artículo 45 inciso tercero de la Ley de Tribunales de Familia.

²⁹ En este sentido es interesante ver como los propios peritos perciben su función en el nuevo sistema. Así, se ha escrito por parte de un especialista del Servicio Médico legal que “...al perito no le corresponde ponerse del lado de ninguna de las partes litigantes, y que su única fidelidad es para con su informe pericial...” y luego agrega que “... el perito debe tender a ser lo más objetivo y neutral posible (los estándares internacionales ya no consideran posible la objetividad y neutralidad absolutas), y mantener siempre la honestidad profesional”. Véase Dr. Rodrigo Dresdner, “El Juicio Oral: Un Nuevo Escenario para el Perito en Chile. Enseñanzas y Desafíos”, en *Revista de Psiquiatría Forense y Ley*; año 2 vol.2 N° 1, Santiago, julio de 2006, pág. 41.

³⁰ La Ley de Tribunales de Familia pareciera flexibilizar este principio al establecer en su

artículo 49 inciso final la posibilidad excepcional de que el juez, con acuerdo de las partes, exima al perito de su obligación de comparecer para prestar declaración a juicio y admitir el informe escrito como prueba. Con todo, esta disposición parece ser un equivalente funcional a la posibilidad regulada en el artículo 331 b) del Código Procesal Penal. Más problemático es el cambio reciente que fue realizado al inciso primero del artículo 46 (Ley nº 20.286 del 15 de septiembre de 2008), el que a propósito de regular los contenidos que debe incluir el informe escrito de la pericia señala ambiguamente que "A petición de parte, los peritos deberán concurrir a declarar ante el juez acerca de su informe". Norma que en mi opinión sólo puede ser leída en consistencia con la regla general de comparecencia formulada en el ya mencionado artículo 49.

³¹ Desafortunadamente, parte de la lógica antigua parece haberse "colado" en la redacción del Código Procesal Penal que titula el párrafo respectivo como "Informe de Peritos."

³² Por ejemplo véase la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia causa rol Nº 263-04 de 3 de enero de 2005 en la cual la Corte no admite como medio de prueba no regulado del artículo 323 del Código Procesal Penal el informe escrito elaborado por el SIAT y la autopsia practicada por el Servicio Médico Legal, argumentado que ello infringe la regla de comparecencia básica del perito a la audiencia.

³³ La doctrina se ha uniformado acerca que la exigencia de entrega del informe escrito es para los efectos del examen de admisibilidad que debe hacer el juez de garantía y no para ser presentado ante el tribunal oral. Véase Mauricio Duce y Cristián Riego, *Proceso Penal*, Editorial Jurídica, págs. 455 a 477, María Inés Horvitz y Julián López, ob. cit., pág. 296 y Rodrigo Cerda, ob. cit., pág. 392. y 395.

³⁴ Véase José Pedro Silva y otros, "Estudio Exploratorio sobre el Funcionamiento de la Oralidad en los tribunales de Familia de la Región Metropolitana" en *Justicia Civil: perspectivas para una Reforma en América Latina*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago 2008, pág. 166.

³⁵ Como veremos algo exactamente equivalente ocurre tratándose de las regulaciones contenidas en la Ley de Tribunales de Familia.

³⁶ Vale la pena detenerse brevemente a justificar la utilización de los ejemplos canadiense y de los Estados Unidos. Ambos representan ejemplos paradigmáticos de sistemas adversariales con prácticas y reglas de admisión de evidencia muy asentadas que son consecuencia o resultado de un largo y complejo proceso de ensayo, error y aprendizaje. Por lo mismo, ofrecen un muy buen panorama de los desarrollos que naturalmente debiera experimentar nuestro nuevo sistema procesal penal, el que ha tenido expresamente la vocación de convertirse en un modelo de juicio adversarial. Una duda que suele surgir al utilizar a ambos países como ejemplo es que se trata de sistemas que cuentan con jurados, lo que marcaría una diferencia significativa en materia probatoria con sistemas que operan sobre la base del juzgamiento de parte de jueces profesionales. Esta diferencia es sólo aparente; en ambos países la regla general en la práctica del sistema es el juzgamiento por jueces profesionales y no el jurado. Las reglas que han desarrollado se aplican en ambos escenarios. De otra parte, tratándose de la prueba pericial, la línea que marca diferencia entre jueces profesionales y jurados se hace mucho más tenue, particularmente respecto de peritajes en disciplinas científicas o muy tecnificadas. De otra parte, la jurisprudencia desarrollada en ambos países abarca tanto los procesos penales como los procesos civiles y de otra naturaleza. Ello debido a que las reglas de evidencia en ambos países son generales para todo tipo de procedimiento con algunas particularidades específicas dependiendo de las materias.

³⁷ Estas mismas reglas están contenidas en los artículos 47 inciso primero y 45 inciso segundo de la Ley de Tribunales de Familia, con lo que el argumento se hace extensible a dicho procedimiento.

³⁸ Véase Jorge Bofill, "Preparación del Juicio Oral" en *Revista Chilena de Derecho* Vol. 29, Universidad Católica de Chile, Santiago 2002, pág. 274.

³⁹ Véase María Inés Horvitz y Julián López, ob. cit. pág. 45, en donde se cita a Clariá Olmedo en el punto específico.

⁴⁰ En este mismo sentido, para el sistema de los Estados Unidos véase Graham Lilly, *An Introduction to the Law of Evidence*, West Publishing, Minnesota, 1987, pág. 23 y 24. Horvitz,

citando a Taruffo, llama a esto una aplicación del principio de economía procesal en ob. cit. págs. 45 y 46.

⁴¹ Véase David Paccioco y Lee Stuesser, ob. cit. pág. 165.

⁴² Con mucho mayor detalle en este punto véase Alan Gold, ob. cit. págs. 57 a 61.

⁴³ Hasta hace poco este ejemplo era problemático debido a que no existía una regla clara en nuestro Código Procesal Penal que distinguiera la prueba a presentar para probar el hecho punible de la prueba para la determinación de la pena. La reforma introducida al inciso cuarto del artículo 343 por la Ley N° 20.074 ha hecho una clara distinción entre debate para la condena o absolución y debate para la determinación de pena, lo que hace en principio irrelevante la introducción de los antecedentes penales para el debate sobre el hecho punible.

⁴⁴ Esta situación no debe tomarse como una regla de inadmisibilidad de antecedentes previos, sino como un ejemplo en el que se deben balancear los dos valores en juego. De hecho, existen reglas específicas, como en las reglas del sistema federal de los Estados Unidos, que autorizan de manera expresa la utilización de algunos antecedentes previos, distinguiendo diversas hipótesis, entre otras si se trata de antecedentes de testigos o imputados, si se trata de condenas previas u otro tipo de actos no delictivos o si se intenta utilizar como prueba de credibilidad o sobre el fondo del juicio. Para mayor detalle véase Reglas Federales de Evidencia 404 y 609.

⁴⁵ Véase Alan Gold, ob. cit., pág. 58, citando en el punto a la Corte Suprema canadiense.

⁴⁶ La mayoría de los autores nacionales revisados, tanto respecto del sistema antiguo como el nuevo, no describen de manera explícita la necesidad de conocimiento experto como un requisito específico de admisibilidad, aún cuando implícitamente todos se hacen cargo de él al referirse a la naturaleza y función de la prueba pericial como ya señalé. Jorge Bofill, en cambio, destaca en forma expresa que "...la admisión o no de la prueba pericial siempre está sometida a una calificación previa acerca de su necesidad y pertinencia, sea por el legislador, sea por el juez". Véase Jorge Bofill, ob. cit. pág. 280.

⁴⁷ Este criterio es también reconocido en el derecho comparado continental. Así, por ejemplo, en Alemania la declaración de un perito puede ser rechazada cuando el tribunal tiene la erudición necesaria para apreciar el hecho respectivo sin necesidad de escuchar al perito, no siendo incluso necesario que todos los miembros del tribunal, en caso de ser colegiado, tengan ese nivel de erudición. Véase Claus Roxin, op. cit. pág. 390.

⁴⁸ E este sentido véase David Paccioco y Lee Stuesser, ob. cit. pág. 163.

⁴⁹ Idem (el subrayado es mío).

⁵⁰ Miguel Angel Méndez, ob. cit. pág. 71, nota a pie de página 4.

⁵¹ Véase Tania Bubela, ob. cit. pág. 858.

⁵² Véase Alan Gold, ob. cit. pág. 65.

⁵³ Idem pág. 66.

⁵⁴ Existe un voto de prevención muy interesante emanado de un fallo del sexto tribunal de juicio oral de Santiago sentencia Rit 215-2008 de 10 de junio de 2008 en el que el juez redactor se hace cargo de las consecuencias que tiene la introducción de prueba pericial innecesaria al sistema. Así, en el numeral 1 de la prevención del juez Cristián Soto se señala: "Desestimar las pruebas periciales rendidas en el juicio, por cuanto, ninguna de ellas sirvieron para apreciar un hecho o circunstancia relevante para la acusación por delito de robo con violencia que se debió resolver, bastando con la declaración de la víctima, de la testigo presencial y de los funcionarios aprehensores apoyadas por las fotografías del vehículo y especies sustraídas, por lo que no fueron necesarios ni convenientes conocimientos especiales de las ciencias que profesan los peritos presentados como prueba de cargo, licenciado en artes audiovisuales, ingeniero acústico y psiquiatra respectivamente, siguiendo así lo expresamente señalado por el artículo 314 del Código Procesal Penal, sin siquiera ahondar en el valor probatorio versus los costos en que incurrió el Estado en la

elaboración de la prueba científica referida y la demora en la investigación de un hecho cometido por un adolescente sorprendido in fraganti y en internación provisoria – preso - hace casi diez meses”. El subrayado es mío.

⁵⁵ Detrás de esta práctica en muchas ocasiones se busca un objetivo bastante discutible cual es fabricar testimonio de oídas de los funcionarios policiales a quienes no sólo se les preguntará por las fotografías sino que reproducirán informaciones adquiridas en la reconstitución de escena, tales como las declaraciones de los imputados u otras.

⁵⁶ En parte por este tipo de confusiones el Fiscal Nacional dictó un oficio el año 2001 con el objetivo de aclarar la diferencia y funciones de un informe pericial y de un informe de investigación elaborado por la policía. Véase Oficio N° 310 del Fiscal Nacional del Ministerio Público, Santiago 17 de julio de 2001.

⁵⁷ Véase Sentencia Corte Suprema causa rol N° 1647-07, 2 de julio de 2007.

⁵⁸ Más detalle sobre esta lógica puede revisarse en Andrés Baytelman y Mauricio Duce, *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago 2005, págs. 215 a 219.

⁵⁹ Sobre esta preocupación Véase Nieves Aravena, ob. cit. Cabe agregar que la falta de peritos químicos en materia de análisis de droga y la centralización del Instituto de Salud Pública en Santiago constituyeron en un momento un problema serio para asegurar la comparecencia de estos peritos a los juicios orales en las regiones del país. A partir de este problema, se desarrolló una práctica de los tribunales orales de admitir la declaración de los mismos por medio de videoconferencia. La Corte Suprema, en conocimiento de un recurso de nulidad de un juicio oral, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el punto el año 2003 y validó tal práctica. Véase Sentencia Corte Suprema de 11 de agosto de 2003, causa rol N° 2662-03. Véase también un comentario de dicha sentencia en Raúl Tavolari, “La Videoconferencia como Mecanismo de Comparecencia y la Garantía del Debido Proceso”, en *Boletín del Ministerio Público* N° 16, octubre de 2003, páginas 142 a 152. La Ley 20.074 ha terminado de zanjar este tema autorizando expresamente la declaración por videoconferencia u otros medios tecnológicos para peritos que por motivo grave y difícil de superar no pueda comparecer a juicio agregándose un nuevo inciso final al artículo 329 del Código Procesal Penal.

⁶⁰ Agradezco este punto la colaboración de Marc Rosenberg, magistrado de la Corte de Apelaciones de Ontario-Canadá, quien me facilitó las normas legales citadas y explicó su aplicación práctica en dicho país.

⁶¹ De acuerdo a dicha disposición se señala que “No obstante, de manera excepcional, las pericias consistentes en el análisis de alcoholemia, de ADN y aquellas que recaigan sobre sustancias estupefacientes o psicotrópicas podrán ser incorporadas al juicio oral en base al informe respectivo. Sin embargo, si alguna de las partes lo solicitara fundadamente, la comparecencia del perito no podrá ser substituida por la presentación del informe”

⁶² En este sentido me parece que corresponderá a la jurisprudencia esclarecer en qué tipo de hipótesis existe un fundamento relevante para obligar a la comparecencia del perito, ya que no se debe tratar simplemente de la voluntad de un interviniente de hacerlo comparecer.

⁶³ Analizar este punto me aleja del tema central de este trabajo. Con todo, recomiendo revisar a modo ejemplar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 25 de enero de 2006 en causa rol N° 47-2006 y Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 10 de abril de 2007 en causa rol N° 457-2007.

⁶⁴ Para quienes quieran conocer con más detalle este tema recomiendo, VV.AA, “Evaluación Pericial Psicológica de Credibilidad de Testimonio: Documento de Trabajo Interinstitucional”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público* N° 34, Santiago 2008, págs. 215 a 253.

⁶⁵ Véase Lidia Casas y Alejandra Mera, ob. cit. pág. 149.

⁶⁶ Estos peritajes son preferentemente realizados por el Servicio Médico Legal y el Centro de Atención de Víctimas de Atentados Sexuales (CAVAS) de la Policía de Investigaciones. Acerca de su preocupación por la gran demanda y su escasez de recursos véase “¿Cómo saber quién miente?”, ob. cit. Deben recordarse en este punto también la Cuenta Pública del

Fiscal Nacional de abril de 2006 ya citada.

⁶⁷ Ella descansa fundamentalmente en el Análisis de Contenido Básico en Criterios (CBCA) o también conocido como la pauta Seller y Koehnken. Para realizar el análisis se requiere una entrevista previa con la persona. Dicha metodología se aplica preferentemente a menores entre 4 y 14 años. Más detalles sobre la misma ver VV.AA, ob. cit y Paulina Pérez, "Hacia una Metodología de la Pericia Psicológica del Testimonio de Niños y Niñas Víctimas de Abuso Sexual", en *Psicología Jurídica*, Facultad de Ciencias Humanas y Educación Universidad Diego Portales, Santiago 2004, págs. 209 a 213. Una descripción más resumida puede verse en Karina Ávila, "Revisión Crítica de la Evaluación Psicológica en Casos de Agresión Sexual de Menores y Adolescentes en la Red Sename dentro del Marco de la Reforma Procesal Penal en la ciudad de Talca", en *Psicología Jurídica*, Facultad de Ciencias Humanas y Educación Universidad Diego Portales, Santiago 2004, págs. 171 y 172.

⁶⁸ Véase Alan Gold, ob. cit, pág. 69.

⁶⁹ Con más detalle véase David Paccioco y Lee Steusser, ob. cit. pág. 157 a 161 y Alan Gold, ob. cit. pág. 72.

⁷⁰ Véase Pamela K. Sutherland y Delia J. Henderson, *Expert Psychiatric and Comments on Witness Credibility*, 1998, págs. 2 y 3, en http://www.smith-lawfirm.com/sutherland_article.html. En el caso de estos peritajes tratándose de declaraciones de menores véase Billie Wright Dziech y Charles B. Schudson, *On Trial*, Beacon Press, Boston 1991, págs. 157 y 158.

⁷¹ Véase Jack B. Weinstein y Margaret A. Berger, *Weinstein's Evidence Manual*, Lexis Nexis, 2003, pág. 13-30.

⁷² Por ejemplo en Canadá se hace una distinción entre prueba sobre credibilidad y prueba relevante para la credibilidad. En principio la primera es inadmisibles en tanto que en la segundo eventualmente puede ser admisible. Véase con más detalle David Paccioco y Lee Steusser, ob. cit. págs. 158 a 160.

⁷³ Para el caso de Canadá véase David Paccioco, ob. cit. pág. 338. Para los Estados Unidos véase las situaciones que expone Pamela Sutherland y Delia Henderson, ob. cit, pág. 4.

⁷⁴ Roxin menciona dos ejemplos de excepción, el caso de testigos perturbados psíquicamente y los niños en casos vinculados a delitos sexuales. Respecto de este último caso cita a un sector de la doctrina que se opone a esta excepción considerando que la apreciación de la credibilidad en este tipo de hipótesis es la tarea por excelencia de los jueces. Véase Claus Roxin, op. cit. pág. 391.

⁷⁵ Véase Alan Gold, ob. cit., pág. 73.

⁷⁶ Así sostenido que "Esta acreditación, de carácter formal más no de mérito, debe ser realizada ante el juez de garantía, sin perjuicio de la posibilidad que tienen las partes de dirigir preguntas al perito de la parte contraria durante el desarrollo del juicio oral, con el objeto de desacreditar el conocimiento experto o especial que el perito dice poseer". Véase Rafael Blanco y otros, ob. cit., pág. 189.

⁷⁷ Véase Acta de Audiencia del 1 de abril de 2005 caso RUC N° 0400293281-K del Juzgado de Garantía de Viña del Mar.

⁷⁸ La Corte fundamentalmente consideró que no correspondía al juez de garantías excluir prueba pericial por este criterio, sino que ello era facultad del tribunal oral. Hay que recordar que se trata de un caso previo a la reforma de noviembre de 2005 que aclaró en mi opinión este punto. Véase resolución 20741 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso del 17 de mayo de 2005.

⁷⁹ Véase, Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 5 de junio de 2007 en causa rol n° 802-2007.

⁸⁰ Véase, Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 12 de octubre de 2007 en causa rol N° 1392-2007.

⁸¹ Véase Alan Gold, ob. cit., pág. 25.

⁸² Junto con los trabajos ya citados recomiendo revisar como complemento de esta sección Ernesto Chiesa, *Tratado de Derecho Probatorio* tomo I, Publicaciones JTS, Puerto Rico 1998, págs. 541 a 613 y Federal Judicial Center, *Manual for Complex Litigation*, Washington 2004, 798 páginas, especialmente capítulo 23, págs. 469 a 484.

⁸³ La identificación correcta del caso es *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.* 509 U.S. 579 (1993). El caso se refería a una acción de daños (tort) y no a un caso penal. El foco del caso estuvo en la determinación de estándares de confiabilidad de la prueba pericial de carácter científico.

⁸⁴ Así, se ha generado en los Estados Unidos la audiencia Daubert, destinada a con anterioridad al juicio se pueda realizar un examen estricto de la admisibilidad del peritaje.

⁸⁵ Miguel Méndez cita un estudio de la Corporación Rand del año 2002 que da cuenta que la aceptación a las impugnaciones a la admisibilidad de prueba científica en la era post-Daubert es superior al de la época anterior. Con más detalle véase Miguel Méndez, ob. cit. pág. 91.

⁸⁶ La identificación completa del caso es *General Electric Co. V. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997).

⁸⁷ La identificación completa del caso es *Kumho Tire Co. V. Carmichel*, 526 U.S. 137 (1999).

⁸⁸ En este sentido véase Margaret Berger, ob. cit., pág. 38.

⁸⁹ La regla 702 podría traducirse de la siguiente forma: “Si conocimiento científico, técnico u otro especializado ayuda al juzgador a entender la evidencia o determinar un hecho en cuestión, un perito calificado por conocimiento, destrezas, experiencia, entrenamiento o educación puede declarar como experto si (1) el testimonio está suficientemente basado en hechos o información confiable, (2) el testimonio es producto de principios y métodos confiables, y (3) el experto ha ocupado principios y métodos adecuados a las circunstancias del caso”.

⁹⁰ La identificación completa del caso es *R. V. Mohan* (1994) 2 S.C.R. 9.

⁹¹ El caso paradigmático es *R. V. J-L, J* (2000) 2 S.C.R. 600.

⁹² De hecho, una parte importante a los cuestionamientos generados al trabajo del Servicio Médico Legal se vinculan con serios problemas de confiabilidad de los resultados de algunos de los testimonios expertos que generan por serias deficiencias en los procedimientos utilizados. Véase Ximena Marré, ob. cit.

⁹³ Véase Oficio N° 26.380 del Servicio Médico Legal materia “Remite Documento `Test de Veracidad` o `Credibilidad de Testimonio`” del 7 de diciembre de 2004. En dicho documento se adjunta el Memorando N° 273-04 de 25 de noviembre de 2004.

⁹⁴ *State v. Milbradt*, 756 P.2d 620, 624 n.3 (Or. 1988), citado por Pamela Sutherland y Delia Henderson, ob. cit. pág. 3.

⁹⁵ *Pueblo v. Canino Ortiz*, 93 J.T.S. 157, pág. 11316. Se trata de una sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Puerto Rico, que a la vez cita otros casos de la jurisprudencia de los Estados Unidos. Este caso y su referencia aparecen en Ernesto Chiesa, ob. cit., pág. 556.

⁹⁶ Véase por ejemplo Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua del 17 de octubre de 2005 en causa rit 107-2005, especialmente considerando séptimo.

⁹⁷ Patricia Condemarín Bustos y Greter Macurán Nodarse, *Peritajes Psicológicos sobre los Delitos Sexuales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2005, págs. 70 a 74.

⁹⁸ Véase Paulina Pérez, ob. cit.

⁹⁹ Me parece oportuno señalar que detrás de esta práctica también se esconde un prejuicio muy habitual en contra de las víctimas de delitos sexuales, particularmente cuando son niños o mujeres. De acuerdo a ese prejuicio se exigen elementos de verificación de veracidad especiales y distintos que tratándose de cualquier otro tipo de delitos. Impedir el ingreso de los mismos, lejos de desproteger a dichas víctimas, debiera corregir esta situación.

¹⁰⁰ Marco normativo que como se ha revisado incluso ha sido potenciado en esta materia por las reformas introducidas por la Ley 20.074.

Dr. Arístides Corti

Profesor Titular Consulto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Acerca de la inválida y fallida pretensión del Poder Ejecutivo de la Ciudad de modificar el Código Contravencional.

(A propósito del DNU 2/11)

El 13 de abril del presente año los porteños tomamos conocimiento de que el jefe de gobierno de la Ciudad, en acuerdo de ministros, dictó un decreto de necesidad y urgencia -DNU 2/11- pretendiendo modificar el Código Contravencional con el objeto de reprimir la protesta de los trabajadores de prensa que reclamaban por la vulneración de sus derechos colectivos e individuales de trabajo por parte de las empresas periodísticas. El referido DNU intentó crear nuevas figuras contravencionales, reprimidas con multas de hasta \$50.000 y penas de arresto de hasta 10 días. Dichos ilícitos y sanciones revisten naturaleza penal, teniendo en cuenta que no existen diferencias cualitativas entre delitos e infracciones no delictuales (Fallos 293:50, sentencia del 07/08/75, autos “Alemann y Cía. SAGIF”¹), ambos integrativos del derecho penal (Fallos 303:1548, 15/10/81, autos “Usandizaga, Perrone y Juliarena”, en especial pág. 1152, considerando 5º; Fallos 271:338²) y que revisten sanciones de igual índole. Las multas, en tanto tienen por finalidad herir al infractor en su patrimonio (Fallos 267:457; 270:29 y 141; 271:338; 282:345 y 288:356), mientras que en el caso del arresto se trata de una pena privativa de la libertad. Son nociones y conceptos primarios del derecho que más allá de que el jefe de gobierno y algunos de sus ministros no revistan el carácter de letrados abogados, deberían tener por conocidos como ciudadanos argentinos. Se enseñan en los últimos grados de la escuela primaria (nociones de ciencias sociales) y se insiste

sobre ellas en los colegios secundarios a través de asignaturas como Instrucción o Educación Cívica, Cultura Ciudadana o denominaciones equivalentes según las épocas. Atendiendo a dicha falta de conocimiento³ parece conveniente repasar algunas nociones básicas en la materia:

1) La Constitución Nacional consagra en su Art. 18: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en LEY anterior al hecho del proceso(...)”; en el 19: “(...) Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la LEY, ni privado de lo que ELLA no prohíba”; el 99, inc. 3: “(...)El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, Y NO SE TRATE DE NORMAS QUE REGULEN MATERIA PENAL(...) podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia(...)”; y el 75, inc. 22, en cuanto asigna jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos. Y siendo que éstos establecen que: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional”⁴ (Art. 11, inc. 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos). Ídem. Arts. 15, inc. 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, cabe recordar que el Art. 1 de la Constitución Nacional, adopta la forma “representativa, republicana federal” y el Art. 5, prescribe que: “Cada provincia dictará para sí una constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure(...) la educación primaria. Bajo estas condiciones el Gobierno federal, ga-

rante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”. Esta última norma alcanza al Gobierno de la Ciudad habida cuenta de su estatus virtualmente provincial⁵.

2) Como bien señala Sebastián Soler⁶: “La enunciación moderna del dogma *nullum crimen nulla poena, sine lege*, si bien toma contacto con las fuentes romanas (...) a nosotros nos llega a través de la Constitución Americana y de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, después de la elaboración que alcanzó aquel principio en el siglo XVIII. Este principio, entendido en su forma abstracta, es decir, dando a la palabra ley el sentido de norma preestablecida a la acción que se juzga delictiva, es algo más que un mero accidente histórico o una garantía que puede o no acordarse. Asume el carácter de un verdadero principio formalmente necesario para la construcción de toda actividad punitiva que puede ser calificada como jurídica”.

En sentido análogo Héctor B. Villegas⁷ señala: “El principio de legalidad en materia penal tiene su raíz en el sistema representativo de gobierno basado en la soberanía popular, en la separación, correlación y armonía de los poderes del Estado(...)”, con cita de Beccaría, quien en su “Tratado de los delitos y de las penas”, proclamó que “(...) sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos” por lo que, sigue diciendo Villegas: “(...) esta autoridad debe residir en el legislador, enunciando así el principio de la legalidad de los delitos y de sus penas... Esta concepción del derecho penal se caracteriza sustancialmente como liberal, pero no por poder defender una posición jurídica particular del individuo en la sociedad con arreglo a determinada concepción económica (por ejemplo, un liberalismo económico frente a un socialismo), sino por tener como finalidad esencial la protección del individuo y la estructuración liberal o socialista de sus derechos. El principio de lega-

lidad, en consecuencia, es compatible con todo sistema político que conciba a la individualidad siempre como fin y nunca como medio para la totalidad. El poder represivo debe estar limitado en su fuente (*Nullum crimen, nulla poena sine lege*) y en su aplicación (prohibición de extensión por analogía) mediante el control de seguridad que significa entregar la facultad de establecer las acciones punibles y sus penas a un poder legislativo distinto del ejecutivo y del judicial". Para evitar alguna opinión insidiosa, dirigida a sostener que el referido principio constitucional se aplica únicamente a delitos y no a infracciones no delictuales, Villegas nos recuerda que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) tiene expresado que "la infracción común, la de hacienda y la de policía, a pesar de sus diferencias, presentan la característica común de estar sometidas al principio de legalidad", con cita de Fallos 40:449 y 158:88.

3) La Constitución de la Ciudad establece: "Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Éstos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos" (Art.10); "La Ciudad garantiza la libertad de sus habitantes como parte de la inviolable dignidad de las personas. Los funcionarios se atienen estrictamente a las siguientes reglas (...) 3. Rigen los principios de legalidad..." (Art. 13); "La Legislatura de la Ciudad: 1. Dicta leyes, resoluciones y declaraciones para hacer efectivo el ejercicio de los derechos, deberes y garantías establecidos en la Constitución Nacional y en la presente y toma todas las decisiones previstas en esta Constitución para poner en ejercicio los poderes y autoridades." (Art. 80) y "Con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miem-

bros: ...2. Sanciona los Códigos Contravencional y de Faltas" (Art. 81). A su vez, el Art. 103 que integra el capítulo de atribuciones y deberes del Poder Ejecutivo, dispone: "El Poder Ejecutivo no puede bajo pena de nulidad, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos en esta Constitución para la sanción de las leyes y no se trate de normas que regulen las materias procesal penal, tributaria, electoral, o el régimen de los partidos políticos, el gobernador puede dictar decretos por razones de necesidad y urgencia. Estos decretos son decididos en acuerdo general de ministros, quienes deben refrendarlos. Son remitidos a la Legislatura para su ratificación dentro de los 10 días corridos de su dictado, bajo pena de nulidad".

4) El Art. 3 del Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires, prescribe que: "En la aplicación de este Código se observan todos los principios, derechos y garantías consagrados en la Constitución de la Nación, en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los tratados de Derechos Humanos, que forman parte de la Constitución Nacional en virtud de lo establecido por ella en su artículo 75, inciso 22, y en los demás tratados ratificados por la Nación". Por otra parte, el Art. 4, en su segundo párrafo, reza: "Ningún proceso contravencional puede ser iniciado sin imputación de acciones u omisiones tipificadas por ley dictada con anterioridad al hecho(...)".

5) La doctrina cuando anota el Art. 13, inc. 3, de la Constitución de la Ciudad, precisa que "El principio de legalidad es el establecido en los Arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional" y que el Art. 81, inc. 2, consagra una "competencia inequívoca de la legislatura local"⁸. También Raúl Gustavo Ferreyra señala ⁹: "El sistema garantista organizado por el Art. 13 de la CCABA es el

más moderno e integral consagrado en un texto constitucional en el derecho argentino. Todas las garantías han sido previstas en un catálogo, donde además de los principios clásicos contenidos en la Constitución nacional -v.gr., de legalidad (...). A su vez, Sergio A. Militello¹⁰ anotando el Art. 3 de dicho Código señala: “La disposición (que debió utilizar el verbo ‘observar’ en futuro) es un poco perogrullesca; parece más una afirmación apodíctica que una norma. En todo caso, el contenido sería jurídicamente verdadero aunque el artículo no lo dijera. Los principios básicos del derecho represivo que gozan de rango constitucional son el de tipicidad (Art. 18, Constitución Nacional), y la zona de reserva (Art. 19 id.). Del primero surge que no hay pena ni delito sin ley previa (...) De acuerdo con la Constitución de la Ciudad (Art. 13), rigen los principios de legalidad (...)”.

Así las cosas, no quedan desplazadas las cláusulas contenidas en el bloque de constitucionalidad federal (Constitución Nacional e instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos) y en el derecho de la Ciudad ante la defectuosa redacción del Art. 103 de la Constitución de la Ciudad al prohibir de manera absoluta el dictado de decretos de necesidad y urgencia en materia, literalmente, “procesal penal”. Las normas jurídicas no pueden interpretarse de manera literal o aislada sino jurídicamente y de manera sistemática (Fallos 287:79, sentencia del 18/10/73, autos “Mellor Goodwin”, en especial, págs. 90/91 y sus citas de Fallos 249:37; 258:75; 263:63 y 453; 265:256 y 271:7), resultando así evidente que entre ambos términos (“procesal penal”) se ha omitido indeliberadamente una coma por error de tipeo o similar. Por lo demás, si está prohibido absolutamente dictar normas en materia procesal penal con más razón en materia penal, habida cuenta el carácter instrumental de las primeras respecto de las segundas. A lo que cabe añadir que suponer que la materia penal se encuentra excluida de la

prohibición del Art. 103 pondría en pugna dicho artículo con el 99, inc. 3, de la Constitución Nacional y también con su Art. 5 en cuanto las jurisdicciones locales dictarán su Constitución “de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional”, suposición inviable en una interpretación constructiva, no destructiva, de las normas fundamentales (que también incluyen los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos).

En tales condiciones, se exhibe evidente la nulidad absoluta del DNU 2/2011. Ahora bien, la cuestión tendiente a dicho reconocimiento constitucional se desplegó a través de dos vías paralelas: la judicial y la legislativa. En punto a la primera se promovió una acción de amparo (Expte N° 8009, caratulado “Corti, Arístides Horacio María y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”) articulada por los Dres. Eduardo Tavani (entonces presidente de la Asociación de Abogados de Buenos Aires), Javier Churin, Lisandro M. Teszkiewicz, Ana María Geirola y el suscripto, solicitando se declarara la nulidad absoluta por inconstitucionalidad del DNU 2/2011 y requiriendo, de inicio, una medida cautelar suspensiva de dicho DNU. El juzgado de radicación de la causa, a cargo del juez Roberto Andrés Gallardo, por resolución del 21/04/11, hizo lugar a la medida cautelar sosteniendo que:

a) “La competencia contravencional local legislativa tiene como valladar lo establecido en los artículos 75, inciso 12, y 121 de la Constitución Nacional...(y que) De dichas normas constitucionales se desprende que la materia penal fue delegada al Congreso de la Nación, la cual comprende las contravenciones que afectan a todos los habitantes de la Nación, tales como las que sancionan conductas que restrinjan la libertad de prensa. *A contrario sensu*, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a través de los mecanismos establecidos en su Constitución solamente

podría legislar contravenciones en tanto afecten el poder no delegado al gobierno federal” y b) en subsidio de lo anterior “resulta plausible dejar sentado que no hay diferencias ontológicas entre las contravenciones y los delitos, en tanto ambos habilitan el ejercicio del poder punitivo y son normas de derecho penal”, con cita de los precedentes de la CSJN Fallos 18:350; 196:179; 288:356 y 293:50 y doctrina: “(...) el derecho contravencional es derecho penal y debe respetar todas las garantías constitucionales referidas a éste” entendiendo que las contravenciones “(...) configuran un derecho penal especial, legislado predominantemente por las provincias, la Ciudad de Buenos Aires y los municipios (...) pero que en modo alguno se trata de derecho administrativo -y ni siquiera del confuso derecho penal administrativo-”¹¹.

Sobre estas bases, el juez Gallardo argumentó que “Cuando la Constitución nacional menciona el derecho penal, no efectúa distinción alguna respecto de si se trata de derecho penal delictual y/o derecho penal contravencional (...) por lo que corresponde interpretar que todos estos tipos se encuentran incluidos en aquél”, de suerte que “Desde dicha inteligencia (...) ha sido un error en el que ha incurrido el constituyente local, al incluir el vocablo ‘procesal’ en el artículo 103 de la Constitución de la Ciudad, máxime si se considera, como lo manifiestan los actores, que si la prohibición versa sobre la materia procesal penal, más aún debería serlo en materia penal, toda vez que la primera es accesoria de la segunda”; c) y a mayor abundamiento, con cita de los Arts. 99, inc. 3, y 5 de la Carta Magna, dichas normas constitucionales federales imponen interpretar el Art. 103 de la Constitución de la Ciudad en consonancia con las mismas y sostener que el dictado del DNU 2/2011 “en tanto (...) se refiere a cuestiones de materia penal (o contravencional penal) sería también palmariamente inconstitucional”; y d) también en subsidio, que el Art. 103 precitado,

colisionaría “con lo prescripto en el artículo 81, inciso 2, de la Constitución local [toda vez que] el precitado artículo establece el principio de legalidad calificada de la materia penal contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires [de tal modo que] deviene a todas luces ilógico que el mismo [por el Código Contravencional y de Faltas] pueda ser modificado o ampliado mediante el dictado de un mero decreto de necesidad y urgencia, cuando el procedimiento para su ratificación requiere de una mayoría menor a la indicada en el artículo 81, inciso 2, de la precitada Constitución”. Por la misma resolución el juez de la causa recondujo la acción de amparo recalificándola como acción declarativa de inconstitucionalidad en los términos del Art. 113, inc. 2, de la Constitución local, ordenando su remisión al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad (TSJ).

Al tomar conocimiento de la resolución el ministro de Trabajo Carlos Tomada destacó que “el juez Gallardo concedió el amparo (por la medida cautelar) que pedía la nulidad del decreto de Mauricio Macri que penaliza la protesta gremial en empresas periodísticas...La justicia nos dio la razón” (www.diariopolitica.com, 22/04/11) Por su parte, el legislador Aníbal Ibarra (www.genteba.com.ar, 22/04/11) señaló: “Un jefe de gobierno, un gobernador o un presidente no pueden establecer sanciones penales que impongan penas de prisión a ciudadanos. En nuestro sistema constitucional eso deben hacerlo los parlamentos. Es peligroso que Macri piense lo contrario y está muy bien que un juez le ponga límite a un claro exceso de poder (...) Los delitos y contravenciones que conllevan castigos o penas privativas de libertad deben ser establecidos por ley en los Congresos y Legislaturas y no hay otra opción (...) Una sociedad en donde el Poder Ejecutivo puede establecer figuras penales y contravencionales y además tiene la policía para ejecutarlas es una sociedad autoritaria. Eso está expresamente prohibido tanto por la Constitución Nacional como

por las constituciones provinciales y nuestra Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Además fue dicho infinidad de veces por la Corte Suprema de Justicia”. Asimismo, el legislador Francisco Miguel Nenna por el Encuentro Popular para la Victoria y referente de la Central de Trabajadores de la Argentina (CTA) consideró: “Macri quiso perseguir con el Código Contravencional a los trabajadores que se organizan gremialmente en las empresas periodísticas pero le salió mal (...) la democracia no se defiende complaciendo a las corporaciones mediáticas sino honrando y respetando los derechos constitucionales de todos los ciudadanos” (Diario Jornada, 21/04/11, www.terra.com, www.elargentino.com, 22/04/11). En igual sentido se expresó el legislador Gonzalo Rua Nova.

Se presentaron como *amicus curiae* (amigos del tribunal) el Centro de Estudios Legales y Sociales, el decano de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, la Federación Argentina de Trabajadores de Prensa, la Confederación Sindical de Trabajadores de los Medios de Comunicación Social de la República Argentina, el Sindicato Argentino de Televisión, Servicios Audiovisuales, Interactivos y de Datos, la Asociación Argentina de Trabajadores de las Comunicaciones, el Sindicato de la Publicidad, la Asociación Argentina de Actores, el Sindicato de la Industria Cinematográfica Argentina, el Sindicato Único de Trabajadores del Espectáculo Público y Afines, la Sociedad Argentina de Locutores, el Sindicato Argentino de Músicos, el Sindicato de Vendedores de Diarios y Revistas de la CABA y la Provincia de Buenos Aires y la Federación Argentina de Trabajadores de Imprentas, Diarios y Afines, patrocinados por los Dres. Damián M. Loreti, Andrea Pochak, Analía Eliades y Diego Morales. En dicha pieza invocan los Arts. 13.2 y 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto garantizan la libertad de expresión y el derecho de reunión, así como el

Art. 30 que prevé las condiciones para la regulación del ejercicio de los derechos y sus eventuales limitaciones, y las Opiniones Consultivas 5/85 y 6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vinculantes para los distintos niveles de gobierno de la República Argentina, con cita de los precedentes de la CSJN, casos “Bramajo” (12/09/96), “Acosta”(22/12/98), “Giroldi” (07/04/95), “Arancibia Clavel” (08/03/05), “Espósito” (23/12/04) y “Simón” (14/06/05).

Posteriormente también se presentó como *amicus curiae* la CTA representada por su secretario general Hugo Yasky y el vocal titular Francisco Miguel Nenna, con el patrocinio del Dr. Hernán Domingo Del Gaizo.

El TSJ por Resolución del 26/04/11 emplazó por 3 días a los actores a fin de que manifestasen si optaban por la vía del amparo o por la acción declarativa de inconstitucionalidad del Art. 113, inc. 2, de la Constitución local. Dicho emplazamiento fue votado por mayoría por los jueces Casás, Lozano y Conde, con disidencia de la jueza Alicia Ruiz, que votó por la devolución de los autos al juzgado de origen para su substanciación por la primera de dichas vías. El 16/05/11, a requerimiento del TSJ, el Fiscal General Germán Garavano produjo dictamen postulando la nulidad de la resolución del juez Gallardo y la devolución de las actuaciones a primera instancia para que otro de los jueces del fuero substanciara la acción de amparo. Así las cosas, el TSJ ordenó oficiar a la Legislatura de la Ciudad a fin de que informara acerca de la fecha de recepción del DNU y si había adoptado alguna decisión en los términos del Art. 1 de la ley N° 15. El oficio fue respondido por la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Legislatura, informando que el DNU en trato ingresó el 12/04/11, que la Comisión de Asuntos Constitucionales emitió despachos de mayoría y minoría, publicados el 28/04/11, y fueron incorporados al plan de labor el 12/05/11, sin que tuvieran tratamiento de acuerdo a la información

proporcionada por la Secretaría Parlamentaria.

En tales condiciones, y habiendo transcurrido desde su remisión a la Legislatura el plazo de 30 días establecido en el Art. 91 de la Constitución de la Ciudad, sin que dicho cuerpo se hubiera pronunciado por su ratificación, el TSJ por voto del juez Casás, con adhesión de los jueces Lozano y Conde, puso punto final a la demanda declarando la cuestión abstracta por pérdida de vigencia del DNU cuestionado. Es de señalar que el invocado Art. 91 dispone que la Legislatura “debe ratificar o rechazar los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Poder Ejecutivo, dentro de los 30 días de su remisión (...) Pierden vigencia los decretos no ratificados...”.

En cuanto al trámite legislativo y más allá del silencio guardado por la Legislatura dentro del referido plazo constitucional (con valor de rechazo tácito del DNU), resulta útil destacar que con fecha 25/04/11 (es decir 4 días después de dictada la cautelar), los legisladores Helio Rebot y Alejandro García, con la adhesión de Cristian Ritondo, presentaron un proyecto de ley (Expte. 825-D-2011), reproduciendo el contenido del DNU 2/2011, habida cuenta el cuestionamiento efectuado por la oposición “ (...) por entender que no existía la necesidad y urgencia en el caso, principalmente con el argumento de que la Legislatura se encuentra en período de sesiones ordinarias” y que “Si bien no coincidimos con ese cuestionamiento por la gravedad de los hechos y la urgencia en dar una respuesta, es claro que no podemos permitir que planteos formales ocupen el lugar del verdadero y urgente debate sobre la protección de la libertad de expresión y la libertad de prensa que debe producirse. Propiciamos desde esta Legislatura la inmediata adopción de las medidas necesarias par proteger los derechos lesionados”.

En cuanto a los dos dictámenes producidos por los bloques que formaron mayoría adversa al DNU, debe señalarse que, en uno de ellos, los legisladores Julio Raffo, Sergio Abrevaya y

Fernando Sánchez fijaron así su posición: a) en los sucesos que precedieron al DNU “la Ministra de Seguridad de la Nación, Dra. Nilda Garré, actuó en contraposición a lo dispuesto por el Poder Judicial, ordenando a las fuerzas de seguridad a su cargo no intervenir en un conflicto en donde se encontraban en oposición el derecho de prensa y los derechos a tener una comisión interna de trabajadores y de los derechos laborales”, pero que “en estos casos las autoridades deben procurar la compatibilización de dichos derechos, y no imponer uno en desmedro del otro, máxime si los motivos que generaron el conflicto no se encuentran debidamente aclarados y no se descartan segundas intenciones”; b) el Art. 103 de la Constitución de la Ciudad requiere una interpretación restrictiva de los requisitos sustantivos concurrentes para el dictado de un DNU, consistentes en la existencia de circunstancias excepcionales, suficiente motivación, razonabilidad y que no se trate de materias prohibidas, sosteniendo que en el caso 1) no se verifican circunstancias excepcionales ya que la Legislatura se encuentra en pleno funcionamiento, 2) el jefe de gobierno no expone o acredita las causales que justifiquen acabadamente la utilización de este recurso extremo que permita al Poder Judicial controlar la causa del acto, es decir que exista una auténtica urgencia que tornara imposible superar la situación evitando el trámite legislativo ordinario, 3) el DNU no indicó cuál era la duración de la medida y finalmente 4) la materia legislada por vía de dicho reglamento estaría violando el principio de legalidad o de reserva de la ley penal, con cita de los Arts. 9 y 25 de Convención Americana de los Derechos Humanos, el 13, inc. 3 de la Constitución de la Ciudad y el 4 del Código Contravencional.

Al respecto cabe señalar que:

a) no necesariamente los derechos constitucionales requieren compatibilización, ya que

existen problemas jurídicos concretos que reclaman su jerarquización (primacía de los Derechos Humanos por sobre los económicos) y

b) que opinar acerca de si, al dictarse el DNU 2/2011 se verificaban (tesis Rebot/García/Ritondo) o no (tesis Raffo/Abrevaya/Sánchez) razones de necesidad y urgencia, remite a un debate claramente impropio desde la perspectiva constitucional, ya que en materia penal su regulación mediante DNUs, medien o no dichas razones, se encuentra excluida de manera rotunda con la sanción constitucional de nulidad absoluta, sin excepciones.

Por su parte, los legisladores Gabriela Cerruti, Aníbal Ibarra, María José Lubertino Beltrán, Martín Hourest y Diego Kravetz dictaminaron correctamente que: “el decreto es claramente inconstitucional, porque ningún Poder Ejecutivo, sea nacional o local, puede emitir decretos que establezcan delitos o contravenciones con penas de arresto o prisión. Los delitos y contravenciones que conllevan castigos de penas privativas de libertad deben ser establecidos por Ley en los Congresos y Legislaturas, y tal criterio ha sido claramente establecido en la Constitución de la Ciudad, tanto en su artículo 103 como en la cláusula transitoria primera” y que “una sociedad en donde el Poder Ejecutivo puede establecer figuras penales y contravencionales y además tiene la policía para ejecutarlas es una sociedad autoritaria. Eso está expresamente prohibido por la Constitución Nacional, como por las constituciones provinciales y nuestra Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y así ha sido recogido en la infinidad de oportunidades en la Corte Suprema de Justicia”.

En conclusión, el DNU de marras fue rechazado tácitamente por la Legislatura, quedando demostrado que el jefe de gobierno de la CABA no puede dictar DNU en materia penal, ya que su fallida emisión entraña un vicio originario e irreversible de nulidad absoluta. Así lo exige

el derecho penal liberal (garantista) y democrático (requisito de representatividad, sustancia de la legalidad penal). La tesis contraria (por su matriz autoritaria, totalitaria) resulta incompatible con las instituciones fundamentales de la República. Bien entonces se ha dicho que “El estado de derecho es concebido como el que somete a todos los habitantes a la ley, y se opone al estado de policía, en que todos los habitantes están subordinados al poder del que manda”¹². El estado policía intentó salir de su encierro dictando el DNU 2/2011. El estado de derecho lo puso en caja.

Notas

¹ Sebastián Soler señala que “La contravención reproduce o puede reproducir, en pequeño, todas las cualidades o características que se atribuyen a los delitos... No puede, pues, afirmarse una distinción cualitativa prejuzgada entre delito y contravención” en *Derecho Penal Argentino*, TEA, Buenos Aires, 1951, Tomo I, pág. 254. La tesis que pretende encontrar diferencias cualitativas entre delitos y contravenciones resulta jurídicamente inviable desde la perspectiva del Estado Constitucional del Derecho. Al respecto resulta aleccionador lo dicho por Eugenio Raúl Zaffaroni en “Abogados”, *Revista del CPACF*, N° 60, octubre 2002, pág. 12: “...Se han inventado explicaciones insólitas como la del derecho penal administrativo, tomada de James Goldschmidt, ilustre catedrático alemán perseguido por judío y que murió en tierras rioplatenses, pero que sospecho que nunca se enteró del uso perverso de su teoría, por otra parte elaborada con base en la legislación del imperio del Kaiser Guillermo II que, salvo que alguien me demuestre lo contrario, no parece tener mucho en común con nuestra Constitución Nacional”. Adoptando también una posición fuertemente crítica de la concepción administrativista J.J. Zornoza Pérez: *El sistema de infracciones y sanciones tributarias (los principios constitucionales del derecho sancionador)*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 29 y ss.: “Por ello en nuestra doctrina no se reclama una segregación del Derecho Penal administrativo del cuerpo del Derecho Penal criminal, sino una desadministrativización de las potestades sancionadoras de la Administración o, al menos la sujeción de las mismas a los principios fundamentales del Derecho Penal”. Aun para quienes aceptan el llamado derecho administrativo sancionatorio el principio de legalidad, como así también el de culpabilidad, irretroactividad de la ley penal más gravosa, retroactividad de la más benigna, razonabilidad, *ne bis in idem*, resultan exigencias constitucionales insoslayables (cfr. por todos Juan Martín Queralt, Marcelo Lozano Serrano, Francisco Poveda Blanco: *Derecho Tributario*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 181 y ss..

² Cfr. también, el exhaustivo inventario de pronunciamientos contenido en el prólogo de José Osvaldo Casás a la muy documentada obra de S.P. Espeche: *Código Fiscal comentado- conculado y anotado con jurisprudencia*, Ediciones Noroeste Argentino, Provincia de Salta 2008, Tomo I, págs. 25/27.

³ Similar a la incurrida por el entonces presidente Menem al dictar, en acuerdo de ministros, el DNU 606/1999, estableciendo la pena de publicidad (cfr. Aristides Corti y Rubén Calvo.: “Acerca de la pena de publicidad que aplica la DGI sin derecho”, *Revista de Derecho Penal Tributario*, Centro Argentino de Estudios en lo Penal Tributario, año XI, N° 9, marzo 2003, págs. 15/18).

⁴ De allí la recepción de los delitos de lesa humanidad tipificados por el derecho de gentes, cfr. Art. 118 (ex 102) de la Constitución Nacional.

⁵ Corti, Aristides: “El encuadre constitucional del derecho tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, acápite “I. Del status constitucional de la CABA”, *Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, N° 2, págs. 73/95 y en especial, págs. 73/75.

⁶ Soler, Sebastián: Op. cit: págs. 118/121

⁷ Villegas, Héctor B.: *Régimen Penal Tributario Argentino*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 85

⁸ Ver Colautti Carlos E.: *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Comentada*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1996, págs. 37 y 118.

⁹ Ver Ferreyra, Raúl: *La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Estudio de la ley fundamental porteña*, Depalma, 1997, pág. 83

¹⁰ Militello, Sergio: “Código Contravencional. Código de Convivencia. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Teoría de la entidad de conducta”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, págs. 23/24.

¹¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar: *Derecho Penal Parte General*, 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 2003, pág. 179 y págs. 180/181,

¹² Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar: *ibidem*, pág. 6.

Dr. Federico Stolte

Defensor Oficial. Defensoría en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 12. MPD. CABA*

Reportaje a Pedro Palomar.

Hace ya cinco años de aquel mediodía de verano, de casi cuarenta grados, cuando vi llegar el camión celeste gastado del Servicio Penitenciario bonaerense que trasladaba a un detenido por portación de armas, a quien no conocía, con destino a mi despacho y a una Fiscalía. En la entrevista preliminar, hablamos de su intento de suicidio, de sus novelas escritas y el refugio en la literatura. Me contó que, entre entradas y salidas, llevaba más de treinta años en prisión sin ningún atisbo de resentimiento y reconocía en el Servicio Penitenciario, un lugar en el mundo.

En aquel momento, no supe darme cuenta de que se trataba del comienzo de una relación profesional y de amistad que provocaría un cambio sustancial en la vida de ese sujeto y la mía propia, la de mis colaboradores y compañeros de trabajo.

Le propuse hacer un juicio abreviado, rápido, para así, trasladarlo desde Olmos a la cárcel que la Ciudad de Buenos Aires tenía para los Contraventores, la vieja Unidad 22, y darle un alojamiento distinto con una computadora para que pudiese escribir con tranquilidad. Llorando, me dijo que era lo más lindo que le habían ofrecido. Hablé con la jueza, le expliqué la situación y estuvo de acuerdo. Dos días más tarde, me llamó para decirme que la causa estaba prescripta. Vanos fueron mis intentos de convencerla de mantener el plan original. Viví, entonces, la contradicción de ir a la cárcel de Olmos a decirle a Pedro Palomar, así se llamaba el detenido, que su causa y el vínculo con nosotros había terminado.

En la visita, que realizamos con el Dr. Federico Tropea, Secretario de la Defensoría, sentimos que éramos el último eslabón, el último vínculo posible para aquel hombre. Sin proponérselo, empezamos a visitarlo, a veces una vez por semana o cada quince días, hasta que Pedro salió en libertad, en forma definitiva. Habían pasado casi dos años.

*Federico Enrique Stolte, es además Psicólogo Social (Esc. Pichón Riviere) y Psicólogo de la UBA.

A continuación, en el reportaje a Pedro Palomar, seguramente aparecerán hechos y circunstancias vinculados a lo que empezó siendo una relación de defensor a asistido, continuó en una relación de amistad y, hoy, en la integración de Pedro en la estructura de la Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires, mediante un contrato de trabajo de casi tres años con nosotros.

Pedro, empezaría este reportaje por el final, por preguntarle ¿cómo se siente hoy trabajando con nosotros en la Defensoría hace casi dos años?

Por supuesto, honrado. Contento conmigo mismo. Es una forma distinta de vida a la que siempre he tenido. Figúrese usted que es mi primer trabajo honesto, en casi sesenta años de vida. Estoy conforme por lo que estoy pasando y asimilando una forma distinta de encarar cada día; porque la vida es muy distinta, sinceramente es eso. Es todo distinto. Aprendí y sigo aprendiendo día a día a estar sujeto a responsabilidades, a hacerme cargo de mi libertad, a respetar un orden, una disciplina, a ser parte de un equipo, darme cuenta de que mi aporte, desde el rol que me toca, es importante para el funcionamiento de la tarea diaria.

En conversaciones que tuviéramos, usted me contó del férreo lazo que existía en el mundo que vivió, necesario para poder sobrevivir. ¿Cómo es hoy la relación y el vínculo que tiene con sus compañeros de trabajo, desde este nuevo lugar?

Bueno. Por supuesto, todo es como cuando uno va a ver una película anunciada y se encuentra con la realidad, que lo que uno espera se realiza, se formaliza en mi espíritu. Tenga en cuenta que, desde que llegué a la Ciudad de Buenos Aires cuando era chico, la sociedad se me presentó sórdida y cruel, me llevó a vivir en catacumbas, tratar con seres malos y hoy, trato con seres que también pertenecen a esa misma sociedad pero con una mentalidad absolutamente distinta a la que yo estaba acostumbrado. Veo que hay apariciones oportunas de intenciones en todas las personas que me rodean en el trabajo, que me llevan a entender cuán equivocada puede vivir una persona y qué triste puede resultar para otros seres no saber que existen personas buenas.

Pedro, ha ocurrido, como usted sabe, que llegaban a la Defensoría jóvenes detenidos por portación de armas y que usted los reconocía por haberlos visto en alguna cárcel. La pregunta es ¿qué siente en ese momento?

Tristeza y asombro. Tristeza por saber el camino que van a recorrer estos jóvenes y asombro por ser espectador, casi pasivo, de la exposición de errores en los que uno incurre cuando está en la marginalidad.

Estos jóvenes, ¿son parecidos a usted cuando tenía la edad de ellos?

Me atrevo a decir que solamente en lo físico, porque eso sí que no varió. Los cuerpos son los mismos, lo que ha variado es la cabeza de estos jóvenes. He conocido a muchos de estos chicos en la cárcel porque hace tres años que salí. Para citar un ejemplo, antes un muchacho de estos llegaba a un pabellón de cualquier unidad penal y se lo recibía con una toalla, jabón y ojotas, para que se higienizara.

¿Quién les proveía esos elementos?

Los propios presos. Así se higienizaban y después se los llevaba a una mesa, se les servía para comer o tomar mate, si así lo preferían. Luego comenzaban dos interrogatorios bien diferentes. Uno, orientado a saber si esa persona estaba vinculada a delitos sexuales. Era impensado, en aquella época, tener en el pabellón un violador, sin saberlo. El otro, era para saber la categoría, quién era el que ingresaba y de qué se trataba el tema que lo había traído hasta allí. El encierro potencia la agudeza de observación y diagnóstico de los presos hacia los que llegan. Yo le aseguro que era casi infalible la opinión que a las veinticuatro horas se tenía en el pabellón sobre el recién ingresado.

Una cárcel es un mundo, un pabellón es un mundo dentro del mundo. A mí, por ejemplo, tuve el honor de que en un pabellón de Caseros me recibiera Jorge Villarino, posiblemente el ladrón más legendario de Argentina. Yo tendría diecisiete años y él, alrededor de cuarenta años. Jorge era un caballero, en todo el sentido de la palabra. Respetado, inclusive, por el Comisario Evaristo Meneses, que también fue una leyenda de la época. Villarino mandaba en todos los penales donde estuvo alojado, apenas

entraba, todos sabían que él era el líder. Él me cuidó en aquella época en la que yo no tenía documentos para demostrar mi edad, no tenía ni siquiera nombre. Villarino y sus amigos fueron quienes me enseñaron a leer y a escribir, a los coscorrónes. Eran tiempos en que todos los presos leían, se hacían turnos de lectura por la escasez de libros y de revistas. Recuerdo de esa época que era muy común leer caminando. Me ha quedado esa costumbre y hoy me sorprende cuando leo el diario por la calle, caminando.

Ahora, los chicos son recibidos a los palazos, primero por una guardia pretoriana del Servicio Penitenciario, después los tiran dentro de un pabellón para que los quiebren los propios presos. Es decir, el trabajo que antes hacía la fuerza del Servicio, hoy lo hacen otros presos; quebrar a un hombre o a un chico que ha caído en desgracia, lo cual es terrorífico. Este mero ejemplo es lo que grafica, a mi entender, cómo se han desvalorizado los tratos y las costumbres, no sólo en el ámbito del submundo sino en la sociedad misma.

Pedro, así como usted dice que hay ladrones buenos y malos, ¿piensa lo mismo de la policía?

Absolutamente. Le voy a contar dos anécdotas: una posiblemente haya marcado, en forma definitiva mi vida, me refiero a la de un mal policía y, la otra, fue como un abrazo, que en el tiempo entendí que necesitaba y no podía darme cuenta.

Yo llego a Buenos Aires a los seis años, de la mano de mi madre. Llegamos a Retiro, en la más absoluta de las miserias, habíamos perdido todo en una inundación en Barranqueras, en el Chaco. Se había roto el dique del Río Negro y se inundó todo el pueblo y nuestra chacra. Llego a Buenos Aires en un tren “entero” de gente como nosotros. Hacía mucho calor, yo estaba con un pantalón corto desteñido, descalzo. En un descuido, me suelto de la mano de mi madre y la pierdo en el tumulto; con varios chicos nos fuimos a la salida de la estación del Ferrocarril General Belgrano. Desemboqué en la puerta del túnel del subte de Retiro y del gentío y la marea de gente, a los empujones, fui a parar al fondo del andén del subte. En ese momento, se acercó un policía grandote, gordo, que me agarra de las orejas y del brazo y, de muy mala manera, me quiere llevar a un rincón de la estación. Forcejeos, coscorrónes, patadas, alcanzo a zafarme y corro hacia el final del andén y luego

a la boca oscura del túnel. Corro desesperadamente hasta lo que sería la estación San Martín, salgo y, a partir de ese momento me convierto en un chico de la calle. Vivo años en el subsuelo del mercado del Abasto y me reencuentro con mi madre, recién ocho años más tarde.

Doctor, yo tuve mucho tiempo para pensar en la cárcel. ¿Sabe cuál es la pregunta que más me hice en el encierro? ¿Qué hubiese sido de mi vida si aquel policía me hubiese tratado como yo me merecía y se hubiese preocupado por encontrar a mi madre?

Como crecí y me crié en los Esteros del Iberá, con crías de yacaré, yaguaretés y cachorros de aguará guazú como mascotas, siempre sentí la necesidad de estar en plazas y parques como un lugar de refugio. Hoy, si tuviese que decirle algo lindo a una mujer, elegiría una plaza. Cuando hago el recorrido llevando expedientes, siempre pienso en caminar por una plaza.

A los nueve años, estaba sentado, solo, a la noche, en un banco de madera de Plaza Once. Se me acerca un policía y me pregunta qué hago ahí. Nada, le contesté. Pero, ¿no tenés parientes, amigos, alguien para pasar esta noche?, me preguntó. Yo levanté los hombros y le dije que no. Me preguntó si quería ir a pasar la noche con ellos a la comisaría. También le dije que no. “Entonces, ¿qué te gustaría?”, volvió a preguntarme. Yo me paré, me di vuelta, le señalé la vidriera de un negocio sobre la Avenida Rivadavia, y le dije, “Una radio de aquella vidriera”. Se quedó en silencio, pensativo y, luego de una prolongada pausa, me dijo: “Yo estoy haciendo la ronda, ahora me voy para allá, y vos sabés lo que tenés que hacer”. Me quedé aturdido, pero eso no impidió que concretase la acción. Años más tarde, entendí que aquella noche era Nochebuena y aquella radio había sido mi primer regalo de Navidad en la ciudad.

Ambas actitudes, en cierto modo, marcaron mi vida, cada una desde un lugar diferente de lo que intenté responderle, fueron para mí, un mal y un buen policía.

La infancia que usted vivió ¿tiene algo en común con la situación de calle de los niños de hoy?

Es una pregunta muy amplia. Le puedo decir lo que conozco, lo que puedo observar, por ejemplo, en un lugar donde concurro a enseñarles manualidades a niños y adolescentes. Es un lugar donde, para mí, Dios no pasó. Es

una lonja de ranchos amontonados sobre un paredón, al que le cuelgan maderas, chapas, telas y plásticos, que hacen de techo. Nunca he visto tanta pobreza como en ese lugar y, mire que yo he visto pobreza. Es inevitable que de lugares como esos, con tanta marginalidad y exclusión, salgan potenciales delincuentes.

Yo siento gran placer en mi trabajo diario, pero también siento que tengo que hacer algo más. Sé, por ejemplo, que en este momento, hay casi un centenar de menores presos que, por las características de los delitos que se les imputan, nunca saldrán en libertad y jamás volverán a ver la calle. A mi entender, esos chicos están muertos. Sé que esos menores hablan un idioma especial, lo conozco, es un idioma de refugio, de defensa. Sé por lo que pasaron esos jóvenes de niños para llegar a la situación en la que están. De algún modo, debería aprovecharse mi experiencia para trabajar en esos casos.

Me pregunto si, a pesar del drama de su infancia, aquella calle, aquella sociedad, no era un poco más amable con esos chicos de lo que es ahora.

Yo creo que sí. Pero hay una cosa que no se tiene en cuenta, es el don de gente del porteño que se vio invadido por distintas inmigraciones que obligaron a los habitantes de esta ciudad a ser un poco más reacios, en su amabilidad cotidiana. Se cuidan más, tienen miedo, y es comprensible, puesto que los maltratan desde diversos ángulos, haciendo que la solidaridad natural de aquellos habitantes de la ciudad, hoy se vea retraída hacia el cuidado y la atención de los valores materiales que deben defender. Eso hizo que creciera la indiferencia hacia los niños postergados, hacia las clases postergadas y hace parecer que la sociedad es más dura. Sin embargo, creo que no es así. Simplemente lo que hay es más miedo.

Antes, los niños de la calle eran muchísimos menos, entonces, recibían atención de la comunidad. De alguna manera, alguien ayudaba. Esos “alguien”, en mi caso, fueron un grupo de monjas de la Recoleta que me enseñaron valores esenciales como por ejemplo, el respeto a la vida, a la integridad física, el respeto a la mujer, no maltratarla, ni siquiera de pensamiento.

Fue esa educación y la de algunos hogares que me alojaron en Barrio Norte, Olivos y San Isidro, la que permitió que yo fuese la clase de ladrón que fui. A mí me pasaba que

a pesar del buen trato, yo me escapaba porque en esas casas me sentía encerrado. Tuve la suerte de jamás participar en hechos violentos, ni en ningún hecho de sangre. Por mi formación y mi modalidad, ya de grande decidí operar solo para no correr riesgos inútiles contra mí y los demás.

Quiero decirle algo que me dejó pensando en la charla que usted diera hace poco en la Defensoría General de la Nación, cuando se preguntaba qué roba el ladrón. Yo estuve reflexionando bastante sobre esa pregunta que en mi vida fue esencial. Desde ya le digo que coincidido con usted, lejos está el botín de ser el interés del ladrón. Ahí debemos dividir la cuestión. Hay una especie de ladrón, que lo he visto en otros lados, netamente materialista. Eran profesionales. Acá no existe el ladrón profesional. Existe el ladrón *amateur*, aficionado, aventurero. Ese hombre sí, no está detrás del botín, sino del afecto que se logra o que se intenta lograr a través del delito. En cambio, he conocido ladrones profesionales que sí estaban detrás del botín, pero que carecían de alma, de espíritu, de romanticismo. Eran máquinas de hacer dinero. Por esa razón, en las cárceles argentinas mandan los ladrones y no los narcotraficantes.

El ladrón argentino cree, en lo más profundo de su ser, que robar está bien, que es correcto. Quiere ser el muchachito de la película.

¿Así lo pensaba usted?

Es que no se puede vivir creyendo que la actividad a la que uno se dedica está mal. Uno tiene que convencerse que lo que hace es correcto, sino no lo podría hacer. El ladrón argentino está muy emparentado con el francés y con el inglés. Tanto es así que el ladrón argentino va a desaparecer como lo hicieron el francés y el inglés. Me estoy refiriendo a esa posición romántica. No quiero que suene antipático lo que voy a decir pero, en un momento, un barrio de la Provincia de Buenos Aires, comía y vivía de lo que yo producía.

Pedro, ¿hay algo que haya aprendido en la cárcel que le significara trascendente en su vida?

En la cárcel se aprenden muchísimas cosas, buenas y malas; por ejemplo, he aprendido a abrir una caja fuer-

te, a leer y escribir de manera convincente, todo lo relacionado con el automotor, desde su fabricación hasta su falsificación. Aprendí a relacionarme con personas de cualquier clase social y cultural. En una oportunidad, durante casi una semana, cené con Arturo Frondizi y Monseñor Alemán.

No puede ser... ¿Cómo fue eso?

Yo estaba detenido en la Unidad N° 15 de Río Gallegos. Necesitaban un mozo en el Obispado y el Director de la Unidad me propuso cubrir ese puesto. Frondizi era correntino como yo, hablaba el *aba ñee*, que es el idioma guaraní. Lo serví durante esa semana y, en varias oportunidades, me senté a la mesa con él y el obispo. Pude hablar de todo con él, ya era un hombre grande, fue un poco tiempo antes de su muerte. Me acuerdo que me contó que se había arrepentido de no haber recibido con toda la pompa al Che Guevara.

Usted me contó que estuvo vinculado a un movimiento religioso, en Olmos...

Sí, yo era guía espiritual del movimiento católico en la cárcel de Olmos, ayudaba en la catequesis, formando grupos para llevar alivio a otros detenidos. La religión es un refugio del encierro, por mi edad y experiencia, no me resultó difícil ese lugar, del que me siento orgulloso de haber ocupado, porque, a la hora del padecimiento, todos los paliativos posibles son una ayuda para el preso. Poco es mucho, cuando no hay nada. Algo similar ocurrió en el principio de la década de los 90, en la cárcel N° 1 de Caseros. A los extranjeros, la población carcelaria los verdugueaba y maltrataba, casi todos estaban por tráfico de estupefacientes. Con un grupo de internos, creamos un pabellón para esa gente, en el piso 4, pabellón B; siempre estuvo lleno, con 80 personas, la mayoría bolivianos.

Me considero un tipo de suerte por haber podido realizar esas actividades.

¿Realmente se considera un tipo de suerte?

Por supuesto que sí. ¿Cómo no voy a ser un tipo de suerte, si a mi edad, empecé una vida nueva y tengo proyectos? Si como le dije, pude ser un ladrón de código, sin hechos violentos; si tengo el raro privilegio de no ser resentido, a pesar de lo vivido y el esfuerzo que me llevó llegar a este lugar. Le voy a contar algo que usted no sabe. Usted no me eligió a mí, yo los elegí a ustedes. Antes de la primer entrevista, yo lo vi desde el camión de traslado a usted y a Federico, su secretario, que miraban el camión, aquel día de calor insoportable y se preguntaban cómo pueden trasladar a gente de esa forma. Sentí algo. Por eso, no me costó en aquella entrevista hablar del suicidio y de la literatura como refugio. ¿Cómo no me voy a considerar un tipo de suerte, si ambos pudimos conectarnos con el periodista de *La Nación* que, a través de su nota, me permitió que la Editorial Planeta publicase mi libro? Hasta la casualidad, que yo llamo suerte, hizo que un día, en la planta baja del edificio, usted me presentase al Defensor General de la Ciudad que después se animó a apostar por mí. Claro que he sido y soy un tipo de suerte, soy un tipo de suerte y agradecido. Yo me equivoqué y los que trataron de enmendar esa equivocación se equivocaron más que yo; por eso el cataclismo que resultó mi vida, sin que esto deba justificar absolutamente nada.

Este reportaje fue realizado a Pedro Palomar, en las oficinas de la Defensoría Penal Contravencional y de Faltas N° 12 de la Ciudad de Buenos Aires, donde trabaja desde hace ya casi tres años. Pedro es el primero en llegar todas las mañanas y recibe a sus compañeros con el mate listo y facturas. Su aporte es indispensable en la contención de familiares de personas privadas de su libertad así como en el asesoramiento a nuestros asistidos para evitar conflictos y optimizar sus posibilidades en los penales.

Dr. Guillermo García Fabués

Secretario General de Modernización y Ordenamiento de la Gestión. Defensoría General. CABA

La paridad de armas en el Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

*(Una mirada desde la Defensa) **

I. En el diseño institucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Ministerio Público (MP) tiene autonomía funcional y autarquía. Ambos atributos otorgados en el marco del Poder Judicial local (Art. 124 CCABA) y no como órgano extra-poder, tal cual lo prevé en cambio la Constitución Nacional para la Defensoría General de la Nación (Cf. Art. 120 CN).

Dijo al respecto el Diario de Sesiones de la Convención Constituyente porteña: “Hemos tenido cierta desconfianza en cuanto a la introducción en la Constitución de órganos extra-poderes. Sabemos bien que en esta trilogía que arranca desde Aristóteles, sigue con Montesquieu y se continúa hasta nuestros tiempos, un poder que quede “descolgado”, por así llamarlo, dentro de la arquitectura constitucional, es susceptible de ser absorbido por cualquiera de los otros y no queremos que pueda existir esa tentación en el Poder Ejecutivo o en cualquier otro poder”.

El debate acerca del emplazamiento más adecuado a fin de asegurar la autonomía que se propicia para un organismo de la índole del MP, no puede llevarnos sin embargo a perder de vista la importancia de que la Defensa Pública de la Ciudad haya sido incluida como uno de los operadores de ese estándar autonómico.

Esta observación viene a cuento porque, todavía y en buena medida, cualquier discusión acerca de las facultades y prerrogativas del MP en su conjunto desdibuja los aspectos legales, económicos y funcionales vinculados a la consagrada paridad de las tres ramas que lo integran.

(*) El presente artículo recoge información suministrada por el Coordinador Técnico y por la División de Estadísticas de esta Secretaría General y ha contado con la colaboración de la Dra. Macarena Pepe, integrante de la misma.

Como señalara al respecto el Defensor General, Dr. Mario Kestelboim en su intervención en la jornada de medio tiempo de su administración¹, la decisión legislativa que -entre otras cosas- dispuso materializar la autonomía del Ministerio Público de la Defensa (MPD) implicó un avance en sí mismo. Ello así porque cuando se analizaba la independencia del MP en abstracto, por lo general se la vinculaba con la intangibilidad de las facultades investigativas de los fiscales, mientras que a partir de la consagración legislativa el constituyente porteño incorporó -además- el derecho de (y a) la Defensa Pública, no como una hipótesis teórica sino como una posibilidad orgánica del sistema.

Vale decir, se ha instituido un órgano de igual jerarquía que la Fiscalía para ejercer el derecho de la defensa en juicio, para proteger a los ciudadanos ante los posibles excesos de la Administración de Justicia y para asistirlos frente a eventuales violaciones de las garantías individuales por parte del Estado.

La republicana intención del contrapeso y el equilibrio de poderes resulta evidente en esta construcción de la Ley Suprema de la Ciudad. Tanto hacia adentro como hacia afuera del Ministerio. Aunque alcanzar y conservar ambos equilibrios lleva implícitos otros desafíos, que tienen que ver con las formas mediante las cuales se mantiene vigente la garantía orgánica de la Defensa Pública a lo largo del tiempo. Vale decir, cuáles son las necesidades, los procedimientos y las modalidades que aseguran su participación efectiva en un escenario de poderes contrapuestos.

Para avanzar en pos de ese cabal protagonismo suele apelarse a una combinación de principios y derivados jurídicos, también de raigambre constitucional, como el de la Igualdad ante la Ley y la Garantía del Debido Proceso², extrapolando del entramado axiomático así formado criterios procedimentales alrededor de los cuales se erige el ideario de “la Paridad de Armas”³.

Ya en la exposición del presupuesto 2009

ante la Legislatura de la Ciudad, el Defensor General hizo alusión al tema, señalando que el artículo 13, inciso 3, de la Constitución de la Ciudad consagra como principio procesal el sistema acusatorio⁴, que conlleva implícito el de igualdad de armas. Y recordó que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha definido la igualdad de armas en el siguiente sentido: “para que exista debido proceso legal es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables...”.

Para concluir aquella intervención, el Dr. Mario J. Kestelboim dijo: “hace a la obligación y a la potestad de todo Estado democráticamente organizado el dotar a quien en su nombre defiende, de recursos simétricos a los de quien en su nombre acusa.”

II. Este hiato de un Estado que materialmente se desdobra a fin de ejercitar funciones presunta o parcialmente antagónicas, pone de resalto no ya la organicidad defensiva como consagración formativa dentro del sistema judicial, sino la cuestión nada menor de su difusión y su operatividad luego de la recepción legal.

Como gráficamente lo señalara el Profesor Sergio García Ramírez, estamos ante el supuesto del “Estado que litiga contra sí mismo”. Ello por cuanto: “Tanto el defensor público como el ombudsman han recibido, de sus propios órdenes constitucionales, en una decisión soberana, el encargo de velar por los derechos de las personas a las que brindan asistencia, precisamente frente o contra órganos y agentes del Estado que afectan esos derechos”⁵.

Quizás debiéramos abundar acerca de las múltiples implicancias y peculiaridades que dicho rol “confrontativo” imprime al desempeño del MPD. Y tal vez debiéramos abrir un inciso aparte con la luminosa idea de que el Estado disponga de una ingeniería jurídica

capaz de cuestionar o atacar sus propios actos. En cualquier caso, el MPD no es un organismo contrasistémico. Antes bien, trabaja con la lógica del segundo riel, en el sentido de dar equitativo sustento, de nivelar los vaivenes que la sociedad produce en su andar.

En otra oportunidad nos explayaremos sobre las bondades y debilidades de esa lógica. En cambio queremos resaltar ahora que, en función de su singularidad, por tratarse del ejercicio de derechos que muchas veces los habitantes ni siquiera saben que poseen, a nuestro entender la primera obligación de la Defensa Pública -no ya en un pie de igualdad con la Fiscalía sino situándose incluso por delante de la misma- consiste en procurar y garantizar el Acceso Irrestringido y General a la Justicia como una prerrogativa inherente y esencial de sus "clientes"⁶.

En un trabajo titulado precisamente "La Defensoría Pública y el Acceso a la Justicia"⁷, la Dra. Mariana Grasso, Defensora Pública ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal N° 1 de Rosario, ensaya una explicación que alude tanto al desconocimiento y las dificultades para hacer explícito y masivo el rol de la defensa oficial, cuanto a la ya aludida especificidad de ese papel en el juego institucional ("El Defensor no es un auxiliar de la justicia ni debe prestar 'colaboración' con el Poder Judicial para garantizar obligaciones que le son propias a ese otro poder del Estado", dice la magistrada, poniendo énfasis en una libertad de acción que también proclaman para sí, desde su propio ámbito, los defensores públicos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

La Dra. Grasso apunta, además, una de las razones del déficit en el desarrollo teórico y en el conocimiento práctico del rol de la Defensa Pública en un país organizado. Déficit que a su entender estriba en la posibilidad: "...de que la función defensiva pueda ser cumplida (aunque más no sea en abstracto) por abogados provenientes de la profesión libre, en cuyo

marco no se ven comprometidos los principios políticos y burocráticos que sí subyacen en la configuración del Ministerio Público de la Defensa...".

Esta parte del diagnóstico nos lleva, nuevamente, al delicado andarivel en el que se desenvuelve el *modus operandi* y las competencias de la Defensa, cuya impronta está significada por la naturaleza del ente jurídico que integra. En tal aspecto resulta cierto que la ubicación del MPD como rama de MP de la Ciudad, implica la conformación de una burocracia en el sentido weberiano de la palabra; vale decir: la afectación de una serie de recursos humanos y materiales en pos de un objetivo público⁸. Y también parece claro que la consolidación de formatos institucionales de esta clase contiene o conlleva ciertos principios organizativos. Principios que ni siquiera tienen por qué constituir requisitos para el ejercicio autónomo del derecho.

Sin embargo, no estamos ante otro poder distinto al propio Poder Judicial que el MPD integra, sino ante la aludida figura del doble riel que soporta los vaivenes del mismo tren. De modo que es en torno a la dialéctica que origina aquella articulación a la Justicia bajo un formato institucional autónomo pero colegiado, que la Defensa Pública debe construir su identidad y sus diferencias.

Ahora bien, el riel que se encuentra al otro lado del tirante, el Ministerio Público Fiscal (MPF), resulta desde varios puntos de vista más conocido. En primer lugar porque tiene a su cargo instar la acción pública del Estado. En segundo término porque para eso ha sido dotado de recursos y de un tamaño mayor que el del MPD. Y en tercer término, porque ante la opinión pública en general suele aparecer como el actor principal, aquel que "garantiza" de manera prominente la realización de la Justicia.

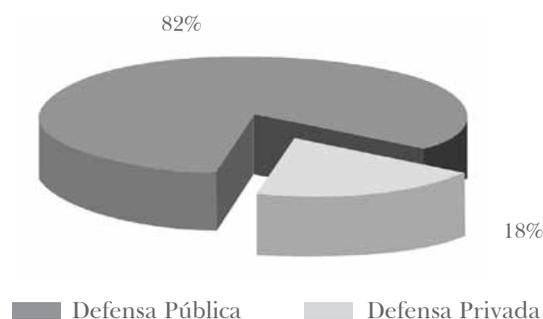
No obstante, a pesar de su protagonismo, del rol procesal con que ha sido investido y de su preeminencia en el imaginario social, la

Fiscalía también tiene importantes dificultades para darse a conocer. Al punto que una encuesta citada en su Plan Estratégico 2011-2014⁹ hace hincapié en que un alto porcentaje de los encuestados desconoce la existencia de las Fiscalías del Poder Judicial de la Ciudad y/o ignora cuales son las competencias y servicios que prestan.

Por lo demás, respecto de la diferencia entre el desempeño de la Fiscalía y el desempeño de la Defensa, en tanto el primero sólo es concebible como parte de la burocracia pública (en sentido weberiano), el rol defensorista también puede ser ejercido por un abogado privado, que no necesariamente adscribe o practica los principios organizativo-institucionales del Estado. Cabe observar que en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la posibilidad de optar (apelando a los servicios de un defensor particular, mal llamado “abogado de confianza” dado que la confianza es una empatía se verifica en el transcurso de la causa y no depende de si el abogado es público o privado) se lleva a la práctica en una medida poco significativa cuando ya ha intervenido el Defensor Público del Estado.

Según datos relevados por la División de Estadísticas, dependiente del Departamento de Calidad de Gestión del MPD, la participación de la Defensa Pública respecto de la Defensa Privada durante el 4º trimestre de 2010, puede graficarse de la siguiente manera:

Gráfico N° 1: Causas concluidas con asistencia de la Defensa Pública y de la Defensa Privada.



Para componer la muestra se tomaron las causas ingresadas al MPD en etapa previa al vencimiento de la instrucción preparatoria, a cuyo fin se contabilizaron aquellas que en el sistema informático vigente en la Justicia de la CABA (JusCABA), registraron los siguientes pasos: “Declaración del imputado: recepción” e “Intimación del hecho al imputado”, firmados ambos en el período mencionado.

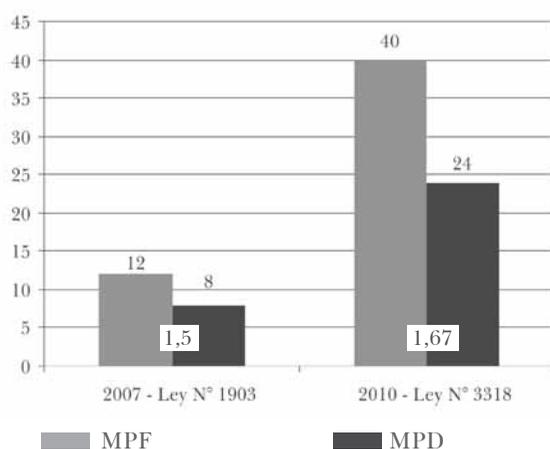
En conclusión: del total de causas así ingresadas, sólo el **18%** concluyó con la participación de un defensor particular. Y aunque se trate de un período elegido al azar (apenas el último trimestre del año pasado) la contundente distancia entre un porcentual y otro, permite inferir tendencia en la voluntad de los asistidos: indica que la función pública aplicada a sostener la presunción de inocencia en la Ciudad de Buenos Aires (ya que de eso se tratan las causas en la etapa en que han sido examinadas), es el que predominantemente eligen los habitantes cuando la existencia de este servicio público es conocida. He ahí una nueva razón para difundir el Acceso Irrestringido a la Justicia como un derecho autónomo en el marco del acceso a la información, otro derecho que asiste a los ciudadanos de la CABA.

III. Llegados a este punto podríamos preguntarnos si la igualdad de armas a la que se aspira es apenas reflejo de una comparación con la Fiscalía, una determina proporcionalidad en las partidas, o si -además de eso- la igualdad de armas involucra la responsabilidad legislativa de dotar con recursos institucionales equivalentes a cada ámbito del MP, a la vez que exige la continua labor de diferentes operadores, tanto de la Administración de Justicia cuanto del propio MP, tendiente a que se asegure y se efectivice la natural contradicción entre los intereses que cada rama representa.

El interrogante, como se verá, no resulta ocioso. Daremos por cierto lo manifiesto: que el MPD está parcialmente “traccionado” por el MPF en tanto este insta la acción pública en materia penal, contravencional y de faltas. Empero, dicha circunstancia no agota la ecuanimidad que debe presidir la iniciativa parlamentaria en punto a la asignación de recursos jurisdiccionales, constituyendo antes bien un fenómeno donde la política no resulta ajena.

Si observamos de qué modo ha venido creciendo la atribución de unidades para una y otra rama, advertiremos que en vez de afianzarse la tendencia a la paridad entre ellas, lo que se vino consagrando por vía legislativa -sobre todo a partir de la sanción de la ley 3318 que modificó la composición de los organismos judiciales previstos por la ley 7- es el formato jurídico de un desequilibrio creciente. (Ver Gráfico N° 2)

Gráfico N° 2: Cantidad de fiscales y defensores del fuero Penal, Contravencional y de Faltas (Primera Instancia).



El dato a tomar en cuenta es que la reforma de la Ley 7 producida por la Ley 3318 operó un

quiebre en la anterior proporción de magistrados de 1ª instancia para el Fuero Penal, Contravencional y de Faltas. Antes de la reforma, la relación era de **1,5 fiscales** por cada **1 defensor** mientras que ahora es de **1,67 fiscales** por cada **1 defensor**.

Ello implica una expansión del MPF del 233% en relación a su estructura previa, frente a un crecimiento del 200% para el MPD. O sea: **40 unidades** de la Fiscalía contra **24 unidades** de la Defensa.

Pero si seguimos examinando la norma en cuestión¹⁰, se advierte que las Fiscalías de Cámara Penales, Contravencionales y de Faltas se elevaron al número de cinco en relación a las Defensorías de igual materia e instancia (una), y que ante los Juzgados Contencioso Administrativo y Tributario se equiparó el número de fiscales de primera instancia (cuatro) con el número de defensores ante ese mismo fuero (cuatro), mientras que para la alzada se elevó a dos la cantidad de fiscales en materia contencioso administrativa y tributaria, frente a un único defensor de segunda instancia.

Resulta particularmente curiosa esta “igualación de armas” en favor de la Fiscalía para el fuero Contencioso Administrativo y Tributario, ya que como es de público conocimiento ante ese fuero se produce una inversión de roles, siendo el MPD quien detenta -si bien no en forma exclusiva, pero sí preponderante- el ejercicio de la acción en contra de los actos u omisiones legales del Estado.

Tenemos entonces que, desde el punto de vista de la creación parlamentaria, vale decir de los recursos institucionales otorgados a cada ámbito del Ministerio Público, la paridad de armas viene desgranándose en una proporcionalidad asimétrica y en detrimento de la Defensa, rama respecto de la cual -adicionalmente- todavía se debate su legitimidad para actuar en algunos casos y el alcance de sus competencias laborales¹¹.

IV. Ahora bien, en cuanto a los recursos económicos, como se verá en el siguiente cuadro, la proporción en las asignaciones también exhibe disparidad, siendo del caso advertir que las sumas solicitadas por cada ámbito para cubrir sus necesidades operativas están expresando de antemano la diferencia de volumen entre las distintas ramas del MP.

Cuadro N°1: Presupuesto Ministerio Público

Presupuesto Año	Fiscalía General	Defensoría General	Ley N°/ Fecha de Sanción
2008	52.513.498	31.717.289	2571 / 05-12-2007
2009	89.604.066	56.794.525	2999 / 23-12-2008
2010	115.243.572	71.869.395	3395/ 07-12-2009
2011	180.367.130	97.854.971	3753 / 03-03-2011

En este cuadro hemos volcado las partidas presupuestarias concedidas a la Fiscalía General y a la Defensoría General para los ejercicios 2008 a 2010, inclusive, y para el presupuesto vigente (2011), así como también la fecha y número de ley que en cada caso las aprobó. Vale decir: se trata de los presupuestos asignados por la Ciudad en el lapso que llevan de desempeño las actuales autoridades del MP. Por una razón meramente expositiva dejamos fuera de examen las sumas otorgadas a la Asesoría General Tutelar (AGT), tercera rama del MP -respecto de la cual se verifican las mismas asimetrías- y los montos correspondientes a la Partida 40, esto es: aquellos recursos adjudicados para gastos comunes de todo el Ministerio y las partidas adicionales o complementarias que en cada ejercicio pudieron ser concedidas con posterioridad a la aprobación del presupuesto a fin de cubrir necesidades no previstas al inicio.

Así, de la compulsa de las columnas se advierte sin hesitación que la FG obtuvo en promedio un porcentaje algo mayor al **60%** de recursos económicos que la DG en cada uno de los tres primeros ejercicios. Esto insinuaba una tendencia por encima de la proporción entre unidades fiscales y defensorías aún antes de la reforma de Ley 7 (1,5 Fiscalías por cada 1 Defensoría). Pero si nos detenemos en el ejercicio presupuestario vigente (2011), se aprecia que este desequilibrio entre los recursos asignados a la FG y los asignados a la DG, trepa hasta el **84%**.

O sea, se ha acentuado la desproporción en más de veinte puntos por sobre el promedio de los años anteriores. La magnitud del salto se evidencia en un simple detalle: sólo el plus otorgado en el corriente año a la Fiscalía por encima de las partidas que le fueran concedidas el año pasado, supera el presupuesto total concedido a la Defensa en ese mismo año (2010). Para ponerlo en números concretos, durante el año 2011 se han destinado al MPF \$82.512.160 más que al MPD.

No es necesario abundar, ya que de paridad de armas se trata, acerca del diferente poder de fuego que implica esta demasía de dinero. En los sucesivos ejercicios que venimos examinando, el debate parlamentario siempre terminó consagrando -como fuera expuesto- una disparidad en favor del MPF por tratarse de la rama que interviene en el mayor número de “casos”. No se exterioriza, en rigor, debate alguno acerca de a quién hay que darle tal *quantum* de dinero en función de su desarrollo o de sus proyectos, sino la verificación de cuan grande será la brecha entre la Fiscalía y las otras ramas del Ministerio en el próximo presupuesto.

No obstante, la preeminencia de análisis meramente cuantitativos por sobre cualquiera de los desagregados que podrían hacerse del universo “casos” que la Fiscalía inicia (por ejemplo: cuántos se archivan, cuántos terminan en “causas” ante los estrados, cuáles van a media-

ción, cuáles son delitos, cuáles contravenciones, cuántos concluyen en una *probation*, cuáles llegan a sentencia y cuál es la sentencia, etc.), a nuestro entender está marcando un déficit en el criterio de atribución de las partidas hacia el interior de este organismo público de la Ciudad.

Dicho de otro modo, bajo la prepotencia del número en abstracto y del resultado rápido, cualesquiera que fueran ambos, no se discrimina el trabajo defensorista realmente involucrado en cada “caso”, ni se refleja el enorme costo operativo y logístico que para el MPD implica su accionar en el fuero contencioso administrativo y tributario.

Así las cosas, el legislador desdibuja en sus asignaciones presupuestarias el equilibrio de poder que intentó erigir con las leyes que él mismo estableció.

Por lo demás, la asimetría de unidades institucionales a la que nos referíamos un párrafo antes, mal puede replicarse de manera lineal en la cantidad de dinero atribuida a cada ámbito. Ello así porque aun en la disparidad es necesario preservar cierta proporción que asegure posibilidades de funcionamiento y desarrollo equivalentes para todo el Ministerio. Máxime si advertimos que la demasía económica concedida de modo tan significativo al MPF se aplica a la consolidación de nuevas estructuras operativas y nuevas oficinas de apoyo técnico e investigativo, que obligan a una correlativa expansión de la Defensoría y de la Asesoría Tutelar, ramas que cuentan -de manera sistemática- con menos recursos para enfrentar ese desafío.

La combinación a la que venimos haciendo referencia: recursos institucionales asimétricos + recursos económicos desproporcionados entre los distintos estamentos del MP, se completa con el espejismo que produce el aprovechamiento de los fondos en común, la referida Partida 40, que se emplea entre otros destinos para solventar las áreas de personal compartido (Unidad de Auditoría Interna, Tesorería, etc.) y

la infraestructura mobiliaria e inmobiliaria conjunta (básicamente la antigua sede institucional de Combate de Los Pozos 155 y el futuro edificio en común de Paseo Colón 1333).

Es evidente que, por simple imperio de la preeminencia que le ha sido otorgada, la Fiscalía puede maximizar el aprovechamiento de tales recursos institucionales y, en tal sentido, proyectar, dotar de insumos, hacer instalaciones y poner en marcha dentro de los lugares compartidos con las otras ramas, unidades operativas cada vez más grandes y diferenciadas, todo lo cual no hace más que incrementar la disparidad de armas¹².

Un organismo previsto como tripartito, que tiene el deber legal de ejecutar su autonomía y no pender de ningún otro poder, necesita hacia el interior de sí mismo que la autarquía sobre la cual sustenta esa autonomía, se adjudique y administre de manera más equitativa.

V. El núcleo de estas disparidades intra-institucionales, no debe sin embargo focalizarse tan solo en el ámbito legislativo o en razones políticas de momento. Es posible que en el abastecimiento de insumos económicos y jurisdiccionales para la materia penal y contravencional, subsista cierta proclividad a apoyar la labor de quien acusa frente a la labor de quien defiende de la acusación, con independencia de que fuerzas políticas estén representadas o actúen en la coyuntura.

Se trata de resabios del antiguo proceso inquisitorial que acompañó la expansión colonial en América. Cuando las jurisdicciones eran inmensas y los magistrados no tenían mayor control de legalidad sobre sus actos, resultaba más sencillo y rentable ejecutar una Justicia punitiva que afianzar desdibujadas garantías de ciudadanos que apenas existían como tales.

Pero ese precedente no convierte hoy por hoy al defensor en un servidor público menos útil que el fiscal. La enorme cantidad de cir-

cunstancias que participan en la atribución de responsabilidad jurídica, como así también en la graduación de las condenas y en las formas alternativas para dar por concluidos los “casos” dentro y fuera de los juzgados, hacen que la intervención del defensor resulte imprescindible.

Además, el propio sistema adversarial, mediante el cual se desenvuelve el Poder Judicial en modernas ciudades como Buenos Aires, que ya no son medievales ni coloniales, impone la necesidad de la Defensa tanto para equilibrar el actuar de la Fiscalía -que de lo contrario tornaría unilateral- como para que los resguardos constitucionales se vuelvan tangibles y el juez pueda resolver con la certeza de que lo que se somete a su consideración cuenta con aporte técnico y argumentativo suficiente.

Hay que desterrar, asimismo, otra vieja idea que tergiversa la importancia de la labor defensiva. Para el pensamiento más difundido desde el Iluminismo en adelante, a pesar de la creciente dificultad que origina el número de litigantes y la demora en los trámites, el Poder Judicial constituiría el ámbito natural donde reclamar los derechos vinculados a la vida, a la libertad, a la propiedad y las prerrogativas cívicas del ciudadano (vale decir: los derechos de primera generación), mientras que para la realización de los DESC¹³, o sea, aquellos derechos como la vivienda, la educación o la salud, donde aparecen comprometidas obligaciones de dar o de hacer que muchas veces superan la aptitud interpersonal de los litigantes e involucran el accionar (positivo o negativo) de organismos públicos o al propio Estado como parte, el Poder Judicial no estaría “preparado”.

Si la premisa es que el Poder Judicial local no estaría en condiciones de asegurar su cumplimiento, tales derechos pasarían a constituirse en la expresión de valores más o menos generales, que aluden a un orden cuya realización práctica correspondería finalmente a otros poderes¹⁴.

La *capitis diminutio* de la labor defensiva en

relación al trabajo de la Fiscalía sería entonces producto, no ya de un desuso normativo o de una discriminación funcional, sino de la dificultad intrínseca para satisfacer por vía judicial tales reclamos, lo cual se reflejaría en la proporción decreciente de recursos que se conceden a quienes tienen a su cargo efectuarlos (a los reclamos), frente a quienes -por así decirlo- expresan la voz de aquellas áreas que terminarán ejecutando los actos obligatorios que resulten posibles y necesarios¹⁵.

En un reciente libro sobre el costo de ejecutar y defender derechos, Stephen Holmes y Cass Sunstein, dos académicos y funcionarios públicos estadounidenses, hacen patente el conflicto de la consecución de los derechos en el sistema democrático, donde sólo una ingente cantidad de recursos públicos pueden asegurar la realización de los derechos privados y un consenso intergeneracional resultaría la llave que abriría la puerta a lo que ellos denominan “derechos al bienestar social”, incluyendo entre otros la educación de los niños y el cuidado de los ancianos¹⁶.

Como damos por sentado que bajo formas de gobierno no democráticas y republicanas, la realización del denominado “constitucionalismo social” ni siquiera estaría entre los temas en debate, se trata de que ese debate -que sí existe en nuestra democracia- no se convierta en un galimatías, en formas abstractas o falsamente especializadas de abordar problemas cuya solución no admite esperas. Y para eso también resulta necesaria la intervención del Ministerio Público de la Defensa.

Pero como tal intervención por sí sola no bastaría para dar cumplimiento a las garantías constitucionales y satisfacer los derechos sociales, igualmente importante es la respuesta del conjunto de los operadores del sistema judicial, extendiendo la valoración y exigibilidad de los informes del artículo 20 de la ley 1903; la práctica del doble expediente, uno de la Fiscalía y

otro de la Defensa; propiciando la consideración de pericias e informes técnicos accesibles y equiparados en su valor probatorio para ambas ramas y el acceso equitativo al contenido de las causas. En fin, avanzando de manera sostenida hacia la ejecución de la igualdad de armas en los procedimientos que hacen al accionar de ambos fueros.

Notas

¹Jornada sobre *Balance y proyección del Ministerio Público de la Defensa*, Hotel Castelar, C.A.B.A., 27 de Setiembre de 2010.

²Artículo 16 CN: La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento. Todos sus habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

Artículo 18: Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos.

³También denominada, en forma sinonímica, como "Igualdad de Armas" o "Proporcionalidad de las Armas".

⁴El inciso 3 del Art. 13, de la CCABA dice: "Rigen los principios de legalidad, determinación, inviolabilidad de la defensa en juicio, juez designado por la ley antes del hecho de la causa, proporcionalidad, sistema acusatorio, doble instancia, inmediatez, publicidad e imparcialidad. Son nulos los actos que vulneren garantías procesales y todas las pruebas que se hubieren obtenido como resultado de los mismos".

⁵Voto del ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso De la Cruz Flores vs. Perú, sentencia del 18 de noviembre de 2004, Serie C Nº 115, apartado 97.

⁶Véase al respecto la Resolución Nº 2656 (XLI-O/11) de la Asamblea General de la O.E.A. celebrada entre el 5 y el 7 de junio de 2011 en la República de El Salvador, titulada "Garantías para el Acceso a la Justicia. El Rol de los Defensores Públicos Oficiales", que recepta el moderno criterio del Acceso a la Justicia como derecho autónomo, facilitador del ejercicio de otros derechos, y la importancia de la Defensa Pública para el fortalecimiento de dicho acceso y para la consolidación de la democracia en los Estados del Hemisferio.

⁷Trabajo presentado en el Primer Seminario sobre "Jurisdicción y Estado Constitucional y Democrático de Derecho", que tuvo lugar en las ciudades de Quito, Cuenca y Latacunga (Ecuador) entre el 16 y el 20 de febrero de 2009.

⁸En su ensayo "Economía y Sociedad. Esbozo de Sociología Comprensiva", FCE, México, 1964, el sociólogo alemán Max Weber alude a la racionalización como categoría constitutiva de la administración de los modernos Estados, describiéndola como el cambio de una organización y un accionar orientado por valores, hacia una organización y un accionar orientado a objetivos (autoridad racional-legal).

⁹Ver Anexo I de la Res. FG Nº 7/11 del 13 de enero del corriente año.

¹⁰LEY 3318: Artículo 30. Modifícase el Anexo 1 de la ley Nº 1.903, que queda redactado de la siguiente manera: "**ANEXO 1:** A. Integración del Ministerio Público Fiscal ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad: Dos (2) fiscales de Cámara. Integración del Ministerio Público Fiscal ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas: Cinco (5) fiscales de Cámara. B. Integración del Ministerio Público Fiscal ante los Juzgados de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas: Cuarenta (40) fiscales distribuidos según la carga de trabajo y a criterio del fiscal general. Integración del Ministerio Público Fiscal ante los Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario: Cuatro (4) fiscales. C. Integración del Ministerio Público de la Defensa ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario: Un (1) defensor o defensora. Integración del Ministerio Público de la Defensa ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas: Dos (2) defensores de Cámara. Integración del Ministerio Público de la Defensa ante el fuero Penal; Contravencional y de Faltas: Veinticuatro (24) defensores o defensoras distribuidos según la carga de trabajo y a criterio del Defensor General. D. Integración del Ministerio Público de la Defensa ante los Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario: Cuatro (4) defensores o defensoras. E. Integración del Ministerio Público Tutelar de la Ciudad: Cámara de apelaciones: tres (3) asesores o asesoras tutelares. Juzgados de Primera Instancia: seis (6) asesores o asesoras tutelares".

¹¹ Piénsese que el MPF ha iniciado el abordaje de problemáticas *sui generis* en las que el MPD todavía no cuenta con criterios de intervención directa. Tal el caso de un escogido número de faltas que deriva a procedimiento para-judicial ante la Dirección de Faltas Especiales del Gobierno de la Ciudad, el caso de la graduación de riesgo y eventual judicialización de los conflictos de violencia doméstica, o el caso de la denominada investigación compleja en materia ambiental.

¹² Véase en punto 5.2 del Anexo I de la Resolución DG N° 194/11, titulado “Políticas de la Jurisdicción para el año 2012”.

¹³ Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de los habitantes.

¹⁴ Es muy interesante el enfoque de la Dra. Graciela Christe acerca de la paradoja de incorporar en las normas supremas estatales derechos fundamentales cuya eficacia a la par se escamotea con el argumento de la operatividad (Ver: “Los derechos sociales y su control judicial en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, LL, 2004- A).

¹⁵ Resulta atinente aludir aquí a otro comentario de la Dra. Graciela Christe, Defensora General Adjunta del MPD, esta vez en el marco de la jornada realizada el 16-9-11 en la Legislatura porteña, que se tituló “Prácticas de la Defensa Pública en la Ciudad de Buenos Aires”. Señaló allí la magistrada que una cosa era la dificultad para la realización de los DESC en medio de la crisis económico-institucional del año 2001/2 y otra muy distinta es que el Estado de la Ciudad siga invocando las mismas restricciones para satisfacer tales derechos después del crecimiento ininterrumpido de los últimos años.

¹⁶ “El Costo de los Derechos”, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, marzo de 2011. Es representativo de lo que venimos exponiendo el prólogo de Roberto Gargarella y Paola Bergallo a la edición precitada, donde en prieta síntesis se advierte que para una idea errónea pero muy difundida, los derechos de segunda generación son los que tiene verdadero impacto presupuestario y, por ende, deben estar a cargo de los poderes políticos del Estado.

Lic. María Laura Barral y Dr. Diego Fidel Doat

Secretaría General de Planificación Estratégica y Acceso a la Justicia. Defensoría General. CABA

Cuenca Matanza - Riachuelo

*Análisis de los inconsistentes planes de relocalización presentados por el GCBA**

El 8 julio del año 2008, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) dictó sentencia en la causa “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza- Riachuelo)”. En ella estableció tres objetivos simultáneos: **1)** la mejora de la calidad de vida de los habitantes de la cuenca; **2)** la recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelos); y **3)** la prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción.

La ejecución de esta sentencia fue delegada al Juzgado Federal de Quilmes, que lleva adelante una compleja serie de medidas tendientes a cumplimentar la manda del máximo tribunal.

En la resolución del 07/06/2009, el Juez interpretó que *la transformación de la ribera en un área parquizada* (considerando 17, objetivo V.2 de la mencionada sentencia de la CSJN del 08/07/2008) debía realizarse luego de remover todos los “obstáculos” del “camino de sirga”¹ (considerando 29, auto del 07/07/09 del juzgado de ejecución). Los “obstáculos” a los que refiere el juez son los pobladores que habitan el camino de sirga y las empresas que se encuentran allí instaladas, muchas de ellas demandadas justamente por contaminar la cuenca. Sin embargo, reciben un trato notoriamente diferenciado.

La medida ejecutada generalmente para desalojar a las **empresas** es un **embargo preventivo**, garantizándoles el derecho a defensa, mientras que las medidas adoptadas con las personas, grupos familiares o asentamientos precarios que habitan a la vera del Riachuelo es el **desalojo**, sin derecho a defensa y en algunos

*La información presentada en este artículo corresponde al mes de octubre de 2011

casos sin otorgarles vivienda alguna, en cuyo caso las familias despojadas quedan en situación de calle².

El 22/02/11 el Juez Federal de Quilmes dictó una resolución en la que estableció un plan “de características excepcionales” para “la **erradicación y relocalización** de los asentamientos informales del denominado ‘camino de sirga’”, y fijó un cronograma para esta relocalización. Para la elaboración de este cronograma, intimó en varias oportunidades al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) a presentar planes relativos a la relocalización de las poblaciones que se encuentran allí asentadas.

De la información a la que se accedió a partir del seguimiento de la causa en el Juzgado Federal de Quilmes (que puede no ser exhaustiva) surge que el GCBA realizó en los últimos meses al menos cinco presentaciones de planes de vivienda para la relocalización de los pobladores del camino de sirga en su área de competencia a saber: el 23 de noviembre y 10 de diciembre de 2010 y el 28 de enero, 17 de febrero y 9 de mayo de 2011. Adicionalmente, el Juez de Quilmes emitió una nueva resolución el 14 de julio de 2011, actualizando los planes de relocalización.

Esas cinco presentaciones y la resolución mencionada, dan cuenta de la ausencia de programación, tanto en lo que se refiere la construcción de viviendas para cubrir las necesidades de las más de 2500 familias que habitan en la ribera del Riachuelo (según los censos efectuados, algunos provisorios), como respecto de los procesos sociales y técnicos que el GCBA debe poner en marcha para cumplir con la relocalización, garantizando los derechos de los habitantes.

Los cinco planes presentados sucesivamente, así como el que contiene la resolución del mes de julio, son notoriamente inconsistentes, modificando cada vez los asentamientos a relocalizar, el número de familias afectadas, los destinos posibles para esas familias y los plazos para

la entrega de las nuevas viviendas. Estos sucesivos planes, que las familias conocen en la mayoría de los casos a través de fuentes no oficiales, no sólo generan incertidumbre y angustia en las familias afectadas, sino que constituyen un marco en el que la participación y opinión de los afectados que imponen las normas internacionales aplicables deviene despreciada, imposible o inconducente.

Las carencias gravísimas en la programación que se mostrarán más adelante, ponen de manifiesto, lo que a nuestro juicio no es necesariamente la ausencia de capacidades, sino la **falta de voluntad política** y la **despreocupación por los derechos** de los habitantes más pobres de la ciudad.

A continuación se presenta la información sistematizada de los sucesivos planes presentados, con el detalle de las familias afectadas, los lugares para la relocalización y los plazos previstos para cada una de las villas y asentamientos en cuestión.

Asentamiento Luján.

Las familias del asentamiento Luján recibieron propuestas de relocalización en cinco destinos diferentes. Durante el año en curso, las familias de ese asentamiento que habitaban el camino de sirga -que en principio se estimaron en 44 y luego en 25- recibieron propuestas dispares: desde la urbanización y construcción de un predio vecino, con plazo incierto, a la inminencia del traslado de las familias, en plazos brevísimos, a Castañares 3120, Gral. Paz y Castañares y el Barrio Los Piletones.

Cuadro Nº 1: Planes de Relocalización del Asentamiento **LUJÁN.**

FECHA		GCBA - IVC				
Mes / Año	Día	Nº Familias (Censos e Informes)		Relocalización		Plazo estimado
		Total	Sirga	Nº Familias	Lugar	
Dic -10	10	78	44	16	Veracruz 3459/ Valparaiso 3480	Jul-12
				62	A definir	
Ene -11	28	78	44	44	Luján y Vieytes (en el mismo predio)	Convenio c/ Com. Nac Tierras previsto Feb. 2011
Feb -11	17		44	44	Castañares 3120 esq. Portela	01/07/2012
					Gral. Paz y Castañares	
					Barrio Los Piletones	
May -11	9	78	25	25	Gral. Paz y Castañares - Madres	01/07/2012
Jul -11	14	Relocalización "cumplida" de 32 familias a las viviendas de Avda. Cruz y Lacarra				

10 dic. 2010: Legajo 191- Fs. 241 - Expte. IVC Fs. 2
28 de enero 2011: Legajo 191 -Fs. 254 - Expte. IVC Fs. 4 - Expte. ACUMAR Fs. 6
17 de febrero 2011: Cuerpo I - Expte. 25/09 - Fs. 176
9 de mayo 2011: Propuesta IVC
14 de julio 2011: Resolución Juez Federal de Quilmes

Finalmente, las familias fueron relocalizadas el 6 de julio de 2011 al conjunto habitacional sito en la calle Cruz 3600, distante aproximadamente a unas 30 cuadras de su vivienda anterior. El Juez Armella acreditó la relocali-

zación realizada, en base a informes de ACUMAR (fs. 866/873 Exp. N° 25/09, “ACUMAR s/ URBANIZACIÓN DE VILLAS Y ASENTAMIENTOS PRECARIOS), y consideró que el camino de sirga había sido “liberado”. En total fueron relocalizadas 32 familias (25 que habitaban en el camino de sirga y 7 que estaban asentadas en “zona de riesgo”, como lo son las alledañas a las vías del ferrocarril).

A fin de evaluar la situación, teniendo en cuenta que se trata de la primera relocalización en el marco de la causa Riachuelo realizada en la CABA³ y para responder a solicitudes de intervención realizadas por algunos de los vecinos trasladados, personal de la Defensoría General (DG) realizó un relevamiento entrevistando a 23 de las familias relocalizadas⁴.

De dicho relevamiento surge que 13 familias fueron informadas acerca de la relocalización con menos de 15 días de anticipación de la mudanza (algunas familias el mismo día), 9 con una antelación de uno a tres meses y sólo una dice haber estado informada con un año de antelación. Todas las familias firmaron el consentimiento ante el Instituto de Vivienda de la Ciudad (IVC), aunque 3 familias sostienen que el consentimiento fue compulsivo, es decir que no se les ofrecía ninguna alternativa al traslado.

La mayoría de las familias (17) recibieron asistencia para realizar la mudanza. Respecto de las viviendas entregadas 12 familias manifestaron **no estar conformes** (problemas por el tamaño de las unidades, sobre todo para las familias numerosas, problemas con el vecindario, reclamos por la calidad de las viviendas). Once familias afirmaron estar mejor que en las viviendas del asentamiento.

Prácticamente todas las familias eran “propietarias” de sus viviendas (21). Dos familias eran inquilinos o allegados. En un caso, el inquilino fue mudado junto con la familia “propietaria”, razón por la cual viven dos familias en una misma unidad de 2 dormitorios.

En todos los casos las familias refieren a problemas en las viviendas adjudicadas: cortes de luz diarios, falta de gas natural, pisos de los dormitorios sin cerámicos, instalación eléctrica precaria y filtraciones de agua entre departamentos.

Un problema particularmente grave es el de la escolaridad de los niños. Habiéndose realizado la relocalización a mitad de año, los menores continúan asistiendo a las escuelas en Barracas, lo que representa un viaje extremadamente costoso -en tiempo y dinero- para las familias. Todas ellas manifiestan no recibir la asistencia comprometida por el GCBA para el transporte⁵.

Por otra parte, en lo que se refiere a la inserción escolar para el próximo año, 16 familias dicen no tener matrícula garantizada para sus hijos en escuelas alledañas, ni haber recibido orientación por parte de las autoridades en ese sentido. Sólo una familia resolvió el tema por propia cuenta y hay un caso de abandono de la escolaridad por motivo de la mudanza.

Del total de 23 familias, 19 manifiestan que la situación económica familiar se deterioró -en la mayoría de los casos- por el aumento del presupuesto para transporte.

Si esta primera relocalización marca un “estándar” de la actuación del GCBA cabe señalar que en los otros casos de la ribera del Riachuelo, se está muy lejos de alcanzar lo que se consideran condiciones mínimas, tanto en lo que respecta a la legislación local como a los instrumentos internacionales.

Asentamiento Magaldi.

Las familias que habitan en el asentamiento Magaldi han recibido siete propuestas de localización diferentes. En este asentamiento, 116 familias habitan en la ribera del Riachuelo y deberían ser relocalizadas en breves plazos. Estos planes fueron presentados en el marco de la causa, pero nunca informados fehacientemente a la población y menos aún requerida su

opinión. La última propuesta presentada por la ACUMAR a instancias del IVC ante el Juez Armella y aceptada por éste a través de la resolución del 14 de julio, prevé la mudanza de las familias en diciembre del año en curso, adelantando el plazo de relocalización en 6 meses.

Cuadro Nº 2: Planes de Relocalización de MAGALDI.

FECHA		GCBA - IVC				
Mes / Año	Día	Nº Familias (Censos e Informes)		Relocalización		Plazo estimado
		Total	Sirga	Nº Familias	Lugar	
Dic -10	10	158		158	A definir	7 meses para obtención de tierras
Ene -11	28	158	116	158	Magaldi 2102/20	Proyecto en elaboración
Feb - 11	17	158	116	48	Valparaiso 3570/ Veracruz 3543	15/03/2012
				16	Veracruz 3459/ Valparaiso 3480	Jun-12
				29	Hubac 4728/36/44 Echandía 4443/45	Ago-12
				28	Lacarra 2049	Jun-12
May - 11	9	Sin novedades				
Jul - 11	14		116	41	Castañares y Portela	15/12/2011
				60	Gral. Paz y Castañares	
				15	Crédito Ley 341 o Programa Habitacional	

10 dic. 2010: Legajo 191- Fs. 241 - Expte. IVC Fs. 3
28 de enero 2011: Legajo 191 - Fs. 254 - Expte. IVC Fs. 4 - Expte ACUMAR Fs. 6
17 de febrero 2011: Cuerpo I - Expte. 25/09 - Fs. 177
9 de mayo 2011: Propuesta IVC
14 de julio: Resolución Juez Federal de Quilmes

Cabe señalar que reviste particular gravedad la situación de 15 familias (no identificadas) para las cuales no se prevé la relocalización a una vivienda digna sino que “se les otorgará crédito con garantía hipotecaria en los términos de la Ley 341 o mediante programas habitacionales actualmente vigentes en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires”⁶.

En el mes de agosto del corriente año, el Defensor General patrocinó la presentación de un Recurso Extraordinario por parte de más de un centenar de vecinos del asentamiento, recurriendo la mencionada resolución, ya que “...el Gobierno de la Ciudad ha realizado cuatro propuestas de relocalización diferentes para la totalidad de las familias del Magaldi, y en especial para las que habitamos el camino de sirga”. Por otro lado, incorpora por primera vez para los vecinos, la posibilidad de recibir una solución precaria, incierta y transitoria, en vez de una definitiva. Esta última propuesta reviste especial gravedad por su carácter regresivo y por ser contraria a los principios constitucionales en la materia. El plan prevé soluciones habitacionales definitivas para 101 familias del barrio, mientras que para las restantes 15 familias, que para mayor gravedad aún no han sido identificadas, establece otras soluciones, que abarcan desde los programas habitacionales de emergencia de la Ciudad como los demorados programas de la ley 341, decisiones claramente inferiores a la de la recepción de una vivienda definitiva”. La distinción -argumentan- entre las 15 familias y las restantes “resulta arbitraria, regresiva y violatoria de los principios establecidos en materia

de relocalización. Al mismo tiempo, sin lugar a dudas, es contradictoria con el principio de igualdad receptado en el Art. 16 de la CN.”

Se está tramitando el Beneficio de Litigar sin Gastos colectivo del REX presentado por los vecinos.

Los habitantes sostienen asimismo que hasta la fecha la totalidad de las familias del barrio no han sido debidamente identificadas por las autoridades, ya que existen algunas imprecisiones en el censo realizado, “que deben ser modificadas, a los fines de consolidar el número definitivo de familias a ser relocalizadas”.

Se ha realizado un “censo de control” entre los meses de septiembre y octubre, cuyos resultados difieren del relevamiento original, lo que arroja mayores dudas acerca del número de familias involucradas y por lo tanto del número de viviendas necesarias.

Hasta el momento quedan vigentes los plazos fijados por la resolución del 14/07/11, aun cuando el contrato con la empresa constructora de las viviendas fija una fecha posterior (30 de diciembre de 2011) por lo que quedan dudas respecto de las condiciones en las que serán trasladadas las familias, sobre todo teniendo en cuenta la experiencia del asentamiento Luján.

Entretanto, se conformó una Mesa de Negociaciones -de la que participan representantes de la DG- en cuyo marco el IVC firmó un acta en la que se compromete a que la solución prevista para las 15 familias a las que se refiere la resolución del 14/07 sea la “entrega de vivienda digna” aunque sin hacer mención a una propuesta concreta. Al cabo de tres meses de

reuniones, de continuos reclamos en relación con esas viviendas por parte del resto de los integrantes de la mesa, ante la ausencia de definiciones acerca del número suficiente de viviendas destinadas a esta relocalización, y con el temor de que se cumplan los plazos y no lleguen las soluciones prometidas; los integrantes de la mesa (menos el IVC) decidieron en octubre de 2011 suspender las negociaciones hasta que los representantes del GCBA brinden respuestas adecuadas.

Villa 21-24.

En esta villa se han presentado básicamente dos propuestas de reasentamiento, una de las cuales -Mundo Grúa - debió ser redefinida por problemas de viabilidad técnica y a la fecha de cierre de este artículo, es aún incierto el destino de las familias a relocalizar.

Cuadro Nº 3: Planes de Relocalización de la VILLA 21-24

FECHA		GCBA - IVC				
Mes / Año	Día	Nº Familias (Censos e Informes)		Relocalización		Plazo estimado
		Total	Sirga	Nº Familias	Lugar	
Dic -10	10		aprox. 1000	220	Gral. Paz y Castañares	
				resto	Proyecto a definir	
Ene -11	28		892	220	Gral. Paz y Castañares	
			Censo en proceso	672	Iguazú 1835 - Mundo Grúa	
Feb -11	17		892 (estimado)	220	Gral. Paz y Castañares	Mar-12
				840	Iguazú 1835 - Mundo Grúa	15/12/2012

May -11	9			220	Gral. Paz y Castañares	
				662	Iguazú 1835 - Mundo Grúa	
Jul -11	14		892	220	Gral. Paz y Castañares	01/04/2012
				672	Iguazú 1835 - Mundo Grúa	15/01/2013

10 Dic. 2010: Legajo 191- Fs. 241 - Expte. IVC Fs. 4
28 de enero 2011: Legajo 191 - Fs. 254 - Expte. IVC Fs. 4 - Expte. ACUMAR Fs. 6
17 de febrero 2011: Cuerpo I - Expte. 25/09 - Fs. 177
9 de mayo 2011: Propuesta IVC
14 de julio: Resolución Juez Federal de Quilmes

Para el caso de la Villa 21-24, el tema más grave es que el IVC programó la entrega de viviendas sobre la base de una estimación de población muy por debajo de lo real (892 familias frente a más de 1300 identificadas por el censo) en momentos en que el censo estaba en proceso (al mismo tiempo de la presentación de los primeros planes) y faltando aún los resultados definitivos (en los meses de mayo y julio de 2011). Esto sin mencionar los cuestionamientos existentes respecto de la pertinencia técnica de la demarcación de los 35 m del camino de sirga realizada por el IVC.

Por otra parte, la resolución del Juez Armella del 14 de julio de 2011, aún vigente y que confirma el universo de 892 familias y establece como destino de la relocalización los conjuntos habitacionales de Castañares y Gral. Paz y “Mundo Grúa”, se emite cuando está en pleno funcionamiento la “Mesa de Negociación”.

En efecto, el 30 de junio de 2011, se conformó una “Mesa de trabajo para la planificación y ejecución de criterios y parámetros de relocalización de los vecinos afectados por el Camino de Sirga de la Villa 21-24”, de la que participan además de representantes de los vecinos y el IVC, la Defensoría General de la

CABA, la Asesoría General Tutelar, la Defensoría del Pueblo de la Ciudad, el letrado patrocinante de los vecinos y representantes de ONG’s.

En el curso de la primera reunión, el IVC reconoció que las familias censadas son 1334. Esa mesa fue suspendida por el IVC el 8 de septiembre, y las reuniones se retomaron un mes más tarde, en octubre de 2011. De estas reuniones, que han tenido un alto nivel de conflicto, surge que el conjunto habitacional a construir en “Mundo Grúa” no puede constar de más de 320 viviendas y que hasta ahora no existen previsiones firmes para las más de 1000 familias restantes.

En los últimos encuentros, las autoridades del IVC manifestaron la voluntad de entregar las especificaciones técnicas de las viviendas a construir -lo que constituye uno de los núcleos de preocupación de los vecinos- y también confirmaron que el GCBA tiene la tenencia del terreno sito entre las calles Magaldi, Horma, Luna y el Riachuelo y que está en trámite de tasación en el Banco Ciudad otro terreno en la calle Australia N° 3050 y 3070. En ambos sitios se construirían las viviendas faltantes, aunque sin ninguna especificación adicional.

El compromiso asumido por el IVC es el de

presentar el 31 de octubre la totalidad de las viviendas para la localización definitiva de las familias del camino de sirga de la Villa 21-24.

Asentamiento “El Pueblito”.

Para este asentamiento se consideraron siete localizaciones posibles, con plazos que variaron entre julio de 2011 y septiembre de 2012. En la última presentación se fijó como fecha octubre de 2011. El Cuadro N° 4 detalla esta situación:

Cuadro N° 4: Planes de Relocalización del Asentamiento **EL PUEBLITO**

FECHA		GCBA - IVC				
Mes / Año	Día	N° Familias (Censos e Informes)		Relocalización		Plazo estimado
		Total	Sirga	N° Familias	Lugar	
Nov -10	23	210		171	Castañares 3120 esq. Portela	
Dic -10	10	210		125	Luzuriaga 837 esq. Olavarría 2825/41	Septiembre 2012
				85	Proyecto a definir	7 meses para obtener terrenos
Ene -11	28	210	71 / 72	28	Lacarra 2049	
				16	Veracruz 3459	
				118	Iguazú 1835 - Mundo Grúa	
Feb -11	17		128	128	Castañares 3120 esq. Portela	01/07/2011
					Gral. Paz y Castañares	
					Barrio Los Piletos	

May -11	9			128	Iguazú 1835 - Mundo Grúa	3 meses de construcción
Jul -11	14			128	Castañares 3120 esq. Portela	27/10/2011

10 dic. 2010: Legajo 191 -Fs. 241 - Expte. IVC Fs. 3
28 de enero 2011: Legajo 191- Fs. 254 - Expte. IVC Fs. 4 - Expte. ACUMAR Fs. 6
17 de febrero 2011: Cuerpo I - Expte. 25/09 - Fs. 175
9 de mayo 2011: Propuesta IVC
14 de julio: Resolución Juez Federal de Quilmes

Por otra parte, el número de familias afectadas pasó de 72, el 28 de enero, a 128 el 17 de febrero de 2011. La explicación brindada por el IVC, pareciera una confesión de parte: “Si bien en presentaciones anteriores se consignó la existencia de 72 familias (44 casas) sobre el camino de sirga, el ancho de dicho camino estaba fijado entre los 16 y 18 metros desde la costa. Se trabajó sobre esta hipótesis a los efectos de solicitar a V.S. la reducción del camino a tales medidas, **ya que por ese entonces sólo se contaba con 72 viviendas para asignar a su liberación.** Es decir que se planeaba solicitar la reducción del camino de sirga a fin de poder liberar todo el asentamiento, aunque con un camino de sirga reducido. **Habiéndose desechado tal hipótesis** de reducción del camino, se aclara que sobre la sirga hay viviendo 128 familias” (énfasis propio)⁸.

Aun cuando la DG no está participando de la “Mesa de trabajo para la relocalización de la villa *El Pueblito*”, se tiene conocimiento de un alto nivel de conflicto en su funcionamiento. A la fecha del cierre de este artículo, la relocalización había sido fijada para el 27 de octubre. No obstante, el Asesor Tutelar de Cámara advirtió que “las obras de reacondicionamiento no estarán finalizadas, sino que de la documentación

aportada por el IVC, surge que recién con fecha 20 de diciembre y 30 de diciembre del año en curso...”⁹.

Villa 26.

En este caso los planes presentados por el IVC tienen una mayor consistencia que los de los demás asentamientos, aunque se produjeron cambios en una de las localizaciones que ya había sido acordada con los vecinos.

Cuadro Nº 5: Planes de Relocalización de la VILLA 26

FECHA		GCBA - IVC				
Mes / Año	Día	Nº Familias (Censos e Informes)		Relocalización		Plazo estimado
		Total	Sirga	Nº Fa- milias	Lugar	
Dic -10	10	215	215	64	San Antonio 721	Mar-12
				48	Valparaiso 3570/ Veracruz 3543	Mar-12
				54	Lacarra 2049	Mar-12
				49	A definir	
Ene -11	28	215	215	125	Luzuriaga 837	
				64	San Antonio 721	
				26	Lacarra 2049	
Feb -11	215	215	215		Luzuriaga 837	Jun-12
					San Antonio 721	
					Lacarra 2049 (26 viviendas)	
May - 11	9	Sin novedad				
Jul - 11	14		215	64	San Antonio 721	15/07/2012
				125	Luzuriaga 837	15/07/2012
				26	Lacarra 2049	01/07/2012

10 dic. 2010: Legajo 191 - Fs. 241 - Expte. IVC Fs. 2
28 de enero 2011: Legajo 191- Fs. 254 - Expte. IVC Fs. 4 - Expte ACUMAR Fs. 6
17 de febrero 2011: Cuerpo I - Expte. 25/09 - Fs. 177
9 de mayo 2011: Propuesta IVC
14 de julio: Resolución Juez Federal de Quilmes

Para la Villa 26 el GCBA adquirió 3 terrenos (sitos sobre las calles Pedro Chutro, Gonçalvez Díaz, San Antonio y Luzuriaga) y realizó las licitaciones y adjudicaciones correspondientes. Los habitantes de la villa conocen dichos terrenos, los planos de las viviendas y el proceso en marcha. Sin embargo, por decisión unilateral del GCBA no hubo relocalización a la calle Pedro Chutro, de lo cual los habitantes tomaron conocimiento por los medios de comunicación. Las últimas localizaciones previstas son: Luzuriaga 837, San Antonio 721 y Lacarra 2049.

Los habitantes de la Villa 26 cuentan con un abogado patrocinante y realizan un seguimiento del expediente. Sin embargo, no se ha constituido todavía un ámbito de participación a los fines de establecer los criterios de adjudicación de las unidades.

Otros casos.

Por otra parte, los asentamientos Rodrigo Bueno y Lamadrid, han sido incluidos solamente en los planes de los meses de diciembre 2010 y enero 2011. En el caso de Lamadrid también es mencionado en una comunicación del IVC a ACUMAR del 31 de mayo de 2011, aunque señala que dicho asentamiento se encuentra fuera del camino de sirga:

Cuadro Nº 6: Planes de Relocalización del Asentamiento **RODRIGO BUENO**

FECHA		GCBA - IVC				
Mes / Año	Día	Nº Familias (Censos e Informes)		Relocalización		Plazo estimado
		Total	Sirga	Nº Familias	Lugar	
Dic -11	10	Abordaje Territorial y censo abril 2011	-----	-----	-----	-----
Ene - 11	28	774	Censo en proceso	774	Sin definir	

10 Dic. 2010: Legajo 191- Fs. 241 - Expte. IVC Fs. 4
28 de Enero 2011: Legajo 191- Fs. 254 - Expte. IVC Fs. 4 - Expte ACUMAR Fs. 6

Cuadro Nº 7: Planes de Relocalización del Asentamiento **LA MADRID**

FECHA		GCBA - IVC				
Mes / Año	Día	Nº Familias (Censos e Informes)		Relocalización		Plazo estimado
		Total	Sirga	Nº Fa- milias	Lugar	
Dic -11	10	Abordaje Territorial y censo abril 2011	-----	-----	-----	-----
Ene - 11	28	200	Censo a realizar	150	Sin definir	-----
				50	Iguazú 1835 - Mundo Grúa	-----
Mayo - 11	31	-----	Censo a realizar	18	Larrazabal 4143/ 51	-----
				18	Lafuente 2617/51	-----

10 dic. 2010: Legajo 191- Fs. 241 - Expte. IVC Fs. 4
28 de enero 2011: Legajo 191- Fs. 254 - Expte. IVC Fs. 4 - Expte. ACUMAR Fs. 6
31 de mayo 2011: Nota del IVC a ACUMAR

Insuficiencia de unidades habitacionales.

Una de las constataciones que surgen de la anterior descripción, es que el GCBA no cuenta con las unidades habitacionales suficientes para cumplir con la relocalización ordenada de las más de 2500 familias, en los plazos exigidos por el juez federal de Quilmes. Ante las sucesivas intimaciones, el recurso utilizado fue sobreofertar las viviendas programadas, asignando sucesivamente los mismos planes a distintos

asentamientos o villas. Esta situación está en el origen de numerosos conflictos entre vecinos, que “compiten” por las escasas viviendas disponibles.

Cabe destacar que estas 2500 familias son sólo una pequeña porción de los habitantes de la Ciudad con problemas de vivienda. Sin extendernos más allá de los límites de los asentamientos en cuestión, vale recordar que sólo se hace referencia a las familias que habitan el camino de sirga, sin que haya ninguna precisión sobre la manera en que el GCBA estima resolver el problema de las familias que habitan sobre la ribera -a poco más de 35 metros de la costa-.

El propio IVC, en su comunicación del día 7/12/2010, propone la relocalización completa de las Villas de Luján, Magaldi y Villa 26 (inc. 25, leg. 191, folio 31 IVC), ya que “conforme a sus dimensiones entendemos procedente instar a la localización completa de los mismos a los fines de liberar completamente la ribera para una mejor resolución urbanística, evitando de ese modo dejar pequeños sectores sin resolver, con el riesgo inminente de una nueva ocupación”.

En el **Cuadro Nº 8**, se presentan los distintos conjuntos habitacionales ofrecidos sucesivamente a los distintos asentamientos sin lógica alguna -o al menos expresada por el GCBA- para la relocalización.

Cuadro Nº 8: Análisis de los planes presentados por el CGBA según los conjuntos habitacionales previstos

	FECHA	Villa / Asentamiento	Nº Viviendas “asignadas”	Nº Viviendas total (*)	Fecha Prevista Relocalización
Castañares 3120 esq. Portela	23/11/2010	El Pueblito	171	204 171 (Reales)	s/f
	17/02/2011	El Pueblito	s/d		01/07/2011
	17/02/2011	Luján	?		01/07/2011
	14/07/2011	El Pueblito	128		27/10/2011
	14/07/2011	Magaldi	41		15/12/2011

ARTÍCULOS

Gral. Paz y Castaños	10/12/2010	Villa 21/24	220	780	s/f	
	28/01/2010	Villa 21/24	220		s/f	
	17/02/2010	El Pueblito	s/d		01/07/2011	
	17/02/2010	El Pueblito	220		01/03/2012	
	17/02/2010	Luján	s/d		01/07/2011	
	09/05/2011	Luján	25		01/07/2011	
	09/05/2011	Villa 21/24	220		15/12/2012	
	14/07/2011	Villa 21/24	220		15/01/2013	
	14/07/2011	Magaldi	60		15/12/2011	
Luzuriaga 837 esq. Olavarría 2825/41	14/07/2011	El Pueblito	125	122/125	Sep-12	
	14/07/2011	Villa 26	125		s/f	
	14/07/2011	Villa 26	125		Jun-12	
	14/07/2011	Villa 26	125		15/07/2012	
Av. Fernández de la Cruz 3600	14/07/2011	Luján	32		Relocalizado junio 2011	
Lacarra 2049	10/12/2010	Villa 26	54	54	Mar-12	
	28/01/2011	El Pueblito	28		s/f	
	28/01/2011	Villa 26	26		s/f	
	17/02/2011	Magaldi	28		Jun-12	
	17/02/2011	Villa 26	26		Jun-12	
	14/07/2011	Villa 26	26		01/07/2012	
Veracruz 3459	28/01/2011	El Pueblito	16	16	s/f	
Iguazú 1835 - Mundo Grúa	28/01/2011	El Pueblito	118	840	s/f	
	28/01/2011	Villa 21/24	672		s/f	
	28/01/2011	Lamadrid	50		s/f	
	17/02/2011	Villa 21/24	840		15/12/2012	
	09/05/2011	Villa 21/24	620		620	15/12/2012
	09/05/2011	El Pueblito	128			Agosto 2011
	14/07/2011	Luján	620		620	15/01/2013
Los Piletos	17/02/2011	El Pueblito	s/d		01/07/2011	
	17/02/2011	Luján	s/d		01/07/2011	
Magaldi 2102/20	28/01/2011	Magaldi	158	160	s/f	
Valparaiso 3570/ Veracruz 3543	10/12/2011	Villa 26	48	48	01/03/2012	
	17/02/2011	Magaldi	48		15/03/2012	

Hubac 4728/36/44 Echandía 4443/45	17/02/2011	Magaldi	29		01/08/2012
San Antonio 721	10/12/2010	Villa 26	64	64	01/03/2012
	28/01/2011	Villa 26	64		01/03/2012
	17/02/2011	Villa 26	64		01/06/2012
	14/07/2011	Villa 26	64		15/07/2012
Luján y Vieytes	28/01/2011	Luján	44		s/f

Algunas conclusiones.

Con este recorrido queda claro que la resolución de los problemas de vivienda de los habitantes de la ribera del Riachuelo no ha sido un tema de planificación seria por parte del GCBA y que a requerimiento del Juzgado de Quilmes sólo ha atinado a cumplir formalidades sin que ello signifique una planificación real que resuelva los graves problemas ambientales y de derecho a la vivienda de los habitantes de la cuenca.

No puede sostenerse que la Ciudad no cuenta con los recursos necesarios para hacerlo. El GCBA ha disminuido el presupuesto de vivienda tanto en términos relativos (pasando de un 3,4% a un 2.46% del presupuesto total entre 2007 y 2010) como en términos absolutos (en 2010 ha ejecutado \$ 2.208.871 menos que en 2009: \$ 301.636.627 en 2009 contra \$ 299.427.396 en 2010). La subejecución presupuestaria ha sido, por otra parte, una conducta sistemática que se confirma en 2011, con sólo 19% del presupuesto del IVC ejecutado al primer semestre del año.

En el marco de esta causa, tal como lo ha señalado el Defensor General en la presentación ante la CSJN del 11/05/2011, el GCBA ha incumplido de manera flagrante el deber de velar por los derechos de los habitantes de la Ciudad, desalojando compulsivamente a varias familias que habitaban en la ribera del

Riachuelo, sin ofrecer ninguna alternativa de vivienda digna. Estas familias, “quizás las más vulnerables, quedaron en situación de calle sin ninguna alternativa habitacional adecuada (...) si bien su situación habitacional ya era crítica y precaria, luego de las órdenes de allanamiento dictadas por el Juez Federal de Quilmes, el resultado es que estas personas están en una peor situación, ya sin el techo que los cubría ni ninguna otra solución adecuada”¹⁰.

A la luz del expediente judicial se observa una notoria desigualdad en el trato procesal otorgado a quienes deben liberar el camino de sirga. Las empresas, que en muchos casos son demandadas justamente por contaminar la Cuenca Matanza-Riachuelo, tienen garantizado el derecho a defensa en juicio (contando con abogados de prestigiosos estudios jurídicos) y la medida judicial adoptada en la mayoría de los casos es el embargo preventivo¹¹. En cambio a los habitantes de las márgenes del río, que en lugar de producir la contaminación son quienes la sufren cotidianamente, se les niega sistemáticamente el derecho a participar en la causa judicial, se ordena el desalojo, incluso sin garantizarles la relocalización y dejando en algunos casos a los afectados en situación de calle.

La sucesión de planes inconsistentes, las dificultades en el funcionamiento de las respectivas

mesas de negociación, así como la relocalización de las familias del asentamiento Luján, encienden luces de alarma acerca de los procesos que han de desarrollarse en los próximos meses. En particular, es necesario advertir que las relocalizaciones deberán contar con el consentimiento informado de los habitantes afectados. Ellos deben conocer los planes, las alternativas y prestar su acuerdo con el reasentamiento.

Tal como lo señalara el Defensor General en varias oportunidades, todo proceso de relocalización - en especial uno de esta envergadura - requiere no sólo de grandes esfuerzos presupuestarios, técnicos, de coordinación sino también, de un tiempo prudencial que permita llevar adelante los pasos indispensables para lograr que esa relocalización sea razonable y respetuosa de todas las personas y logre acomodar las distintas necesidades que el proceso de saneamiento exige.

Número Total de Viviendas de cada conjunto Habitacional según la documentación existente en el Expediente
San Antonio 726
64 viviendas (Legajo 191- Fs. Ministerio de hacienda Fs. 21 Secretaría de Obras Públicas - enero 2011)
Luzuriaga 837
122 viviendas (Fs. Ministerio de Hacienda Fs. 21 Secretaría de Obras Públicas) - enero 2011
125 viviendas (Fs. 2 Ministerio de Hacienda Fs. 23 Secretaría de Obras Públicas) - enero 2011
125 viviendas (Fs. 30 - Secretaría de Obras Públicas) - Ministerio Planificación Federal
Lacarra 2049 (ex Pedro Chutro)
54 viviendas Fs. 30 (Secretaría de Obras Públicas) - Ministerio Planificación Federal
Valparaíso 3570
48 viviendas Fs. 30 (Secretaría de Obras Públicas) - Ministerio Planificación Federal

Veracruz 3459
16 viviendas Fs. 30 (Secretaría Obras Públicas) - Ministerio Planificación Federal
Castañares y Gral. Paz
780 viviendas (Secretaría Obras Públicas - Ministerio Planificación Federal - Fs. Ilegible, 26 de enero 2011)
Castañares 3120
204 viviendas (171 reales) (IVC- 23/11/2010 Fs. 34)
Mundo Grúa (Iguazú 1835 y Riachuelo)
840 viviendas (Legajo 191 - Fs. 3 ACUMAR 28/01/2011)
320 viviendas (Espte nº 25/09, Nota IVC, 24 de mayo 2011, Fs. 13 ACUMAR)
Magaldi 2102-20
160 viviendas (Legajo 191 - Fs. 4 ACUMAR 28/01/2011)

Notas

¹ El Art. 2639 Código Civil, ubicado dentro del Título 6. "De las Restricciones y límites del dominio", establece que: "Los propietarios limítrofes con los ríos o con canales que sirven a la comunicación por agua, están obligados a dejar una calle o camino público de treinta y cinco metros hasta la orilla del río, o del canal, sin ninguna indemnización. Los propietarios ribereños no pueden hacer en ese espacio ninguna construcción, ni reparar las antiguas que existen, ni deteriorar el terreno en manera alguna."

² Se trata de alrededor de 10 familias que vivían fuera de los asentamientos o villas. Algunos de estos casos fueron publicados por la Revista "Viva" y el diario "Tiempo Argentino", ambos el 3/7/11 y "Página 12" el 17/6/11.

³ Como se señalara, anteriormente se habían realizado desalojos de familias que habitaban en el camino de sirga, fuera de las villas y asentamientos, las que fueron dejadas en situación de calle.

⁴ El relevamiento fue realizado por el equipo profesional de la Oficina de Asistencia Técnica de la Secretaría General de Relaciones Institucionales, Defensa y Patrocinio.

⁵ En el acuerdo firmado por cada uno de los vecinos con el IVC, relativo al otorgamiento de la nueva vivienda, el punto 8 establece: "A fin de garantizar la continuidad de la escolaridad sin problemas, se ofrece poner a disposición de los niños, un colectivo escolar que los traslade de la escuela a sus casas"

⁶ Resolución del Juez Federal de Quilmes, 14 de Julio de 2011, considerando 11º.

⁷ Nota IVC 17/02/2011 Cuerpo I, Expte. 25/09 -Fs. 175

⁸ Nota del Dr. Gustavo Moreno, Asesor Titular de Cámara, al Defensor del Pueblo de la Nación, del 30 de Septiembre de 2011.

⁹ Ver <http://www.defensoria.jusbaires.gob.ar/attachments/article/2931/Estudio%20sobre%20ejecución%20presupuestaria.pdf>

¹⁰ <http://www.defensoria.jusbaires.gob.ar/attachments/article/2852/Presentacion%20del%20DG%20frente%20a%20la%20Corte%20Suprema%20de%20Justicia%20de%20la%20Nación.pdf>

¹¹ Solo a título de ejemplo, en el Legajo de Actuaciones N° 30/17, el auto del día 23/06/11 dispone: “RESUELVO: 1) Decretar embargo preventivo por la suma de pesos trescientos mil (\$300.000) (..) sobre los fondos y valores de cualquier naturaleza sobre la empresa PRADYN S.A. ...”, en tanto en el legajo de actuaciones 20/17, el auto del 07/04/2011 establece respecto a algunos pobladores del camino de sirga: “RESUELVO: 1- Librar ORDEN DE ALLANAMIENTO, para el día 13 de abril (...) Y DESALOJO de las construcciones precarias e irregulares que se encuentran sobre el talud que separa el Riachuelo de la Avda. Don Pedro de Mendoza...”

Nuevas experiencias para la Defensa Pública Oficial. Mediación.

I. Introducción.

En consonancia con el propósito expresado por el Defensor General, Mario J. Kestelboim, en el primer número de la *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, de reflejar las problemáticas de la tarea defensorista en la Ciudad quienes asistimos a los vecinos que son citados -en calidad de imputados- a las mediaciones contravencionales nos vemos en la necesidad de difundir nuestras experiencias a la comunidad en su conjunto. Ello en la inteligencia de que de este equipo de trabajo integrado por abogados y psicólogos permite un abordaje interdisciplinario del conflicto que se plantea en la instancia de mediación.

Es así que la difusión pretendida busca dar a conocer algunos casos¹ que han enriquecido la labor diaria del equipo de mediación.

Antes de abordar la temática señalada es imposible soslayar una realidad incuestionable que se materializa en el avance, que en materia de defensa de Derechos y Garantías, la Defensoría General viene realizando. En efecto, por un lado a través de la incorporación de la Oficina de Asistencia Técnica² se ha dotado a los defensores de primera instancia con un sólido andamiaje que les permite avanzar en la obtención de prueba y, por otro, en las mediaciones referidas se ha dispuesto la intervención de la Secretaría Jurisdiccional de esta Defensoría, a través de un equipo de abogados, en las mediaciones referidas. En este punto hay que recalcar que ambas experiencias son únicas en

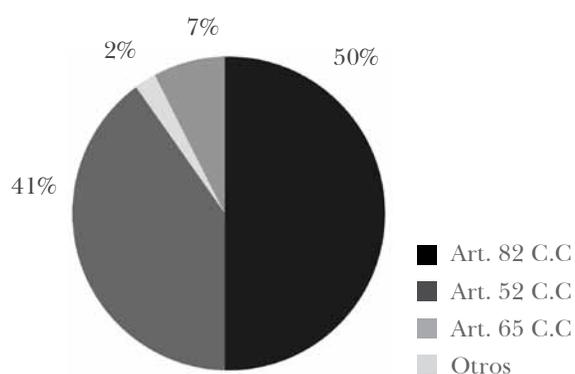
*Equipo de Mediación

Dra. Lorena Abad.
Dra. Mariana Agnese.
Dr. Gabriel Degiovanni.
Lic. Dolores Dominguez Hoffmann
Lic. Carolina Donna.
Lic. Liliana Fandiño.
Dra. Silvina Puri.
Dra. Patricia Ríos.
Dra. Mónica Ruiz Díaz.
Dr. Carlos Sosa.
Dra. María Fernanda Strático.
Secretario Judicial: Dr. Esteban Rodríguez Eggers.

el país: no se materializan en ningún otro polo judicial. En lo que hace a la materia de mediación -la asistencia a un vecino imputado- la Defensa Pública registra avances sin precedente como por ejemplo al intervenir a través del equipo interdisciplinario en causas que aún, no se han judicializado.

El escenario.

Desde el inicio de las actividades del equipo de mediación (EM) en abril del año 2010³ hasta la fecha de redacción del presente⁴ artículo, se ha asistido a 1480 mediaciones contravencionales. Este universo de controversias permite vislumbrar las principales figuras contravencionales en las que se expresa la conflictividad vecinal y los bienes jurídicos que se ven afectados en estas situaciones de enfrentamiento a saber: la figura prevista en el Art. 52 (Hostigamiento) que protege la *Integridad Física*, la descripta en el Art. 82 (Ruidos molestos) tuteladora del *Espacio público y privado* y por último, la tipificada en el Art. 65 (Discriminación) que salvaguarda a los *Derechos Personalísimos*, todos estos artículos del Código Contravencional de la CABA.



A partir de estas consideraciones se desarrolla el presente trabajo cuyo objeto es transmitir situa-

ciones frecuentes en el trabajo interdisciplinario que el EM lleva adelante; y permite demostrar cabalmente el impacto que el instituto de la mediación ha producido en el ámbito de la justicia local. Para ello, como se anticipó, se deberá ahondar en el análisis empírico de la actividad de esta dependencia, lo que indefectiblemente nos llevará a la descripción del quehacer diario del EM.

Para la resolución de los conflictos cada integrante del EM, en su especial versación, brinda asesoramiento a los vecinos que concurriendo en calidad de requeridos a las mediaciones contravencionales, optan por la Defensa Pública.

II. Abordaje.

A los efectos de alcanzar los objetivos perseguidos hemos tomado como referencia tres figuras que conforman el marco teórico-práctico del presente desarrollo que, a nuestro criterio, resultan adecuadas para ilustrar la heterogeneidad de casos en los que cotidianamente esta área interviene a fin de asistir a las personas denunciadas por la presunta comisión de una contravención. Estas figuras contravencionales son: hostigamiento⁵, ruidos molestos⁶ y discriminación⁷.

III. Hostigamiento.

En primer término y antes de la audiencia de mediación, el equipo toma contacto personal con el denunciado. En la entrevista, y habitualmente tras haber estudiado el expediente judicial en cuestión, se asesora legalmente al denunciado respecto de las opciones con las que cuenta al participar de la audiencia de mediación a la que fue citado.

De la experiencia receptada se pudo constatar que a diario se presentan casos donde el hostigamiento no se agota en la figura contravencional propiamente dicha, sino que suele ser parte de un fenómeno social más amplio y complejo, en el que pueden convivir otras variables

que deben necesariamente tenerse en cuenta y que habitualmente no son abordadas por los profesionales del derecho. Cabe destacar que la figura del hostigamiento no es un fenómeno social general sino una situación de conflicto llevada adelante entre un pequeño grupo de personas que cotidianamente tienen contacto entre sí.

En este sentido, la intervención de psicólogos pertenecientes al EM de la Secretaría Jurisdiccional, permite desarrollar la génesis del problema sometido a la jurisdicción. La faz interdisciplinaria aportada por estos profesionales permiten avizorar que en muchos de estos casos conflictuales vecinales los resquemores personales entre las partes datan de años atrás (por ejemplo, parejas en porceso de separación o divorcio, casos de violencia doméstica, etc.). Tanto es ello así, que en ocasiones quien hoy en una audiencia de mediación reviste el carácter de denunciado, mañana podrá revestir el carácter de denunciante en una nueva reunión.

Estas entrevistas de índole interdisciplinaria permiten brindarle al asistido un adecuado asesoramiento, lo que nos conduce a plasmar la primera conclusión del trabajo. Así, a partir de la labor efectuada tanto por los abogados como por los psicólogos del equipo se define una estrategia aconsejable al denunciado, la cual puede versar sobre distintas alternativas orientadas a lograr a un acuerdo, o bien sobre la negativa de establecer un convenio o pacto con la contraparte, en virtud de la atipicidad de la conducta o de la falta de prueba del Ministerio Público Fiscal. Es decir que la intervención del equipo en la asistencia de la persona en esta instancia, no necesariamente está orientada a la obtención de un acuerdo mediatorio, sino más bien, a la adopción de la decisión de mayor beneficio para el asistido, sea esta mediar o no.

Existen, por otro lado, peculiaridades en este tipo de figura. En numerosas oportunidades nos encontramos con prueba ya producida en contra del denunciado, como por ejemplo

peritajes elaborados por expertos mediante los que se extraen los mensajes de textos del celular de la supuesta víctima; informes de distintas entidades que ventilan que efectivamente los mensajes ofensivos salieron de la línea telefónica del denunciado; diagnósticos psicológicos de la víctima e informes de los hechos denunciados por ésta, todo lo cual se basa, por lo general, sólo en sus propios dichos, sin que exista en esa instancia procesal un informe efectuado por profesionales del Ministerio Público de la Defensa.

Como se puede apreciar esta circunstancia complica la situación del denunciado, quien no puede ejercer plenamente su derecho constitucional a ser oído o, al menos, no lo puede hacer en la misma medida que el denunciante.

Lógicamente, la existencia de prueba en contra de la situación procesal del denunciado condiciona la decisión última de acordar o no con el denunciante, en virtud de la desigualdad de armas con la que el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa afrontan la mediación.

No hay que olvidar que la presencia de la Defensa Oficial en las mediaciones contravenacionales, tiene como objeto principal el velar por el respeto del Art. 3 último párrafo del Código de Procedimiento Contravenacional, la protección del derecho constitucional de la defensa en juicio consagrado en los Arts. 18 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional; así como el cumplimiento del Art. 8.2.d) y e) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Art. 14.3. d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Art. 13 inc. 3 Constitución de la CABA, entre otras normas que integran el bloque constitucional imperante.

Sin perjuicio de ello, cabe mencionar de paso que no resulta constitucional y procesalmente correcto producir prueba que comprometa al presunto contraventor sin la intervención previa de un defensor oficial -o letrado particular de su confianza- en cuyo caso se vulnerarían todas las garantías constitucionales descriptas,

dando lugar al posible planteo de nulidad de lo actuado en dicha instancia por parte del defensor interviniente.

En la práctica se comprueba también la existencia de muchos denunciados compulsivos, es decir personas que han denunciado en pocos meses muchas veces a la misma persona o a distintas, comportamientos que deberían ser detectados previamente y a los que el sistema no les imprime un procedimiento especial y eficiente.

Así también, se puede mencionar que en innumerables casos se generan nuevas reuniones con el asistido a fin de posibilitar la solución del conflicto de la manera que resulte más beneficiosa para aquél.

Este escenario permite arribar a una segunda conclusión en el trabajo en cuanto a que en cada audiencia de mediación se atiende un universo distinto, con sus demandas específicas, motivo por lo cual la intervención específica del Ministerio Público de la Defensa a través del EM adquiere primordial importancia ya que no se trata simplemente de un asunto de gestión.

Se describirá a continuación -como ya se adelantara supra-, algunos casos interesantes que tuvimos en nuestra práctica, obviamente resguardando la identidad de las partes, a fin de ejemplificar algunas de las manifestaciones efectuadas en este artículo en cuanto a las características de la figura contravencional en estudio.

III.1 Práctica sobre hostigamiento.

III.1.a) Caso: “Mas allá de la denuncia”

El equipo interdisciplinario se presentó ante el requerido explicándole cuáles son los objetivos, el alcance y contenido del instituto de la mediación y le consultó también si tenía conocimiento de los motivos por los que había sido citado. El supuesto contraventor era un hombre de más de 60 años, que trabajaba en la cocina de una empresa. Se encontraba ubicado en tiempo y espacio y a juicio de nuestro equipo, su comprensión no se encontraba alterada en el mo-

mento de la entrevista.

Como en muchos casos, no estaba muy seguro de las razones de la citación. Cuando le fueron comentados los motivos por los que fue citado, es decir la denuncia de hostigamiento realizada por su ex pareja, se sorprendió mucho, tanto así que expresó que no esperaba algo así y que descreía de la existencia de la acusación.

Aceptó sí que había una mala relación entre ellos, que no se hablaban en los mejores términos, que las conversaciones, muchas veces contenían insultos, pero que él no era violento ni hostigaba a su ex mujer. Alegó que por el contrario, la mujer era quien lo golpeaba, se le tiraba encima, lo rasguñaba frecuentemente y que en esos casos él debía sacársela de encima y la única forma de hacerlo era poniéndole las manos encima con un empujón.

Relató que trabajaba con el hijo de su ex pareja, y que muchas veces ella iba al trabajo con la excusa de ver al hijo y comenzaba a gritar y a maltratarlo. Otras veces le pedía que volvieran a la convivencia, circunstancia que él ya no quería por dichos motivos.

También comentó el requerido respecto de la angustia y la preocupación que le generaba la denuncia, no sólo porque él no creía que había realizado ninguno de los actos de los que se lo acusaba, sino porque él se sentía que era víctima del maltrato y las extorsiones de su ex pareja. Refirió que esto le generaba vergüenza y humillación y agregó que jamás pensó que iba a estar involucrado en algo así, máxime cuando la ex pareja lo había llamado para verse en esos días.

Como ya se dijo, antes de la entrevista, este equipo sólo cuenta con el relato escrito de los hechos contados por el denunciante que obran en la causa, donde la realidad es percibida de una manera que muchas veces difiere con aquella vivida por el denunciado. Con el relato del requerido el equipo pudo ir reconstruyendo las diferentes visiones de los sucesos, las que muchas veces no coinciden entre sí porque cada

sujeto los vive de una manera distinta. Sucede a veces que quien denuncia por maltratos a su vez también los prodiga al denunciado. A veces la diferencia está en que uno utiliza el medio de la denuncia antes que el otro, con lo que se trata sólo de una cuestión de tiempo o de nivel de información.

Por eso, la mediación en casos como este nos permite trabajar con el denunciado, ampliar un poco más la realidad del caso y transmitir a la mediadora esta visión, así como poder buscar algún tipo de solución que permita a ambas partes llegar a un acuerdo de respeto mutuo.

Cada caso, aunque la carátula sea similar, es un mundo subjetivo diferente al otro. Los insultos buscan expresar enojo o poner punto final a alguna situación que ya no se tolera, o bien, se usan como un modo de llamar la atención, pero el resultado siempre es generador de más violencia. Lo que trata el EM es de intervenir para evitar dicha escalada.

Con la actividad del equipo se agrega un *plus* al saber del mediador, por cuanto el espacio de diálogo entre los diferentes integrantes de la mediación no es afectado por razones de ego o desconocimiento y se potencia el protagonismo de las partes involucradas.

En el caso referido se trabajó en audiencias privadas con cada parte, ya que las mediadoras también observaron en ambos relatos un nivel igual de agresión en el trato y, aun guardando la neutralidad y equidistancia, ayudaron a que las partes se comprometieran a mantener un trato respetuoso en caso de necesidad de hablar se o verse. Ello, como es de rigor, sin reconocer hechos ni derechos ya que la mediación no trabaja sobre las pruebas ni los hechos pasados y no es atributiva de culpa alguna.

III.1.b) Caso: “Escondido en su casa”.

El equipo se presentó ante el presunto contraventor, al que llamaremos Juan, a quien se le preguntó respecto de si tenía conocimiento

sobre los motivos por los que había sido citado. Como en muchos casos, el requerido no sabía precisar el motivo de su citación. Juan era un hombre robusto, de unos 40 años de edad, que en el momento de la entrevista no se encontraba en buenas condiciones de higiene, aunque estaba vestido de acuerdo a la época del año.

Cuando se le pidió que cuente su visión de los hechos, Juan comenzó referir asuntos que no obraban en la causa, cambiando su relato varias veces, concentrándose solamente en su historia de cuando era chico, su relación con sus padres y un fuerte miedo que sentía de forma constante que hacía que tenga que quedarse en su casa “escondido” porque sentía que era el único lugar seguro.

Se le comunicó que estaba denunciado por hostigar a unos vecinos, y él sólo atinó a responder que era él el perseguido, que le querían hacer daño, que temía por su vida, que le habían tirado gases en el ascensor para matarlo, que se sentía observado y escuchado, que lo insultaban y que escuchaba ese tipo de cosas aun cuando no estaba en su casa.

A juicio de nuestro equipo interdisciplinario, Juan se encontraba en principio ubicado en espacio, sabía quién era y donde estaba, y relativamente ubicado en tiempo, ya que sabía en qué año se encontraba, aunque no podía dar buenas referencias de datos pasados cercanos. Por ejemplo, decía que su madre había fallecido hacía dos meses, pero no pudo especificar si eso era mucho o poco tiempo. Dijo que la extrañaba, pero que sentía que no había sido un chico criado con amor y que le había faltado quien lo cuide. Cuando se le trató de hablar de la causa, Juan no podía mantener un diálogo con respecto a ésta, sólo podía hablar de sus miedos y de que no había obtenido de sus padres lo necesario para estar bien hoy en día.

Momentos después, su relato en presencia de la mediadora no coincidía con lo que él mismo había contado en la entrevista previa con el

equipo. Juan lloró durante toda la audiencia. Era un llanto cortado, sin lágrimas, casi infantil, que duraba segundos, no pudiendo comprender lo que el equipo necesitaba transmitirle para continuar con el proceso de mediación.

El equipo pidió hablar a solas nuevamente con Juan y le preguntó un poco más sobre su historia, se lo trató de tranquilizar, de comprender, de darle un espacio de apoyo para poder entablar un vínculo empático mínimo. Se le preguntó si alguna vez fue al médico, si estaba en tratamiento, si tomaba alguna medicación. Así Juan comenzó a contar que traía consigo una carpeta con todas las medicaciones, recetas y constancias de las visitas al médico. Se le pidió ver la misma y el equipo advirtió varias recetas médicas del “Hospital de Salud Mental J. T. Borda” y del “Hospital de Emergencias Psiquiátricas Torcuato de Alvear”, ambos reconocidos hospitales psiquiátricos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde constaba que fue atendido en la guardia y medicado.

También figuraban algunos turnos acordados para comenzar tratamientos en dichos centros de atención en diferentes oportunidades a los que él no asistió. El equipo indagó respecto de su asistencia a los turnos acordados, y Juan comentó que no se había sentido bien en dicha jornada, que había mucha espera en los hospitales para ser atendido y que eso lo cansaba, que el Hospital Alvear le quedaba muy lejos y que no recordaba cómo llegar.

En ese momento, no quedaban dudas para el equipo: Juan no estaba en condiciones de firmar nada, porque en ese momento no estaba capacitado psíquicamente para comprender lo que estaba sucediendo, lo que iba a firmar ni asumir las consecuencias de un acuerdo.

Como Juan asistió solo se llamó a la familia, pero en ningún número se pudo contactar a algún familiar o amigo en ese momento. El equipo llamó a los hospitales nombrados recientemente y se comprobó que los turnos tenían una espera

de más de 24 horas, y que si no era por guardia, en cuyo caso, el paciente debía apersonarse en el hospital y no existía posibilidad de adelantarlos.

Se le recomendó a Juan, quien vivía cerca del Hospital Borda, que consultara nuevamente por la tristeza que tenía, por esas ideas de abandono, soledad y miedos. Se insistió en que cuando tuviera esos miedos, y no supiera dónde ir concudiese al hospital donde iba a ser atendido y cuidado.

No se llamó en este caso a ninguna ambulancia, porque al momento de la entrevista el asistido no estaba descompensado ni significaba un peligro para sí mismo ni para terceros. Sin perjuicio de ello estaba claro que el denunciado no se encontraba en una condición psíquica que le permitiese comprender lo que se le estaba diciendo. Esta circunstancia fue debidamente comprobada por la mediadora y se cerró la mediación por ese motivo.

IV. Ruidos molestos.

Si bien la naturaleza de la controversia es distinta a la de la figura de ruidos molestos, el germen de la problemática resulta en ambos casos como consecuencia de un conflicto vecinal.

La figura en análisis, desde su conceptualización tiene una notable ambigüedad, ya que la sensibilidad personal, la subjetividad de la percepción que tenga un receptor del ruido, puede determinar que sea molesto para unos y tolerable o inexistente para otros.

IV.1 Práctica sobre ruidos molestos.

IV.1 a) Caso: “Como buenos vecinos”

En este caso, examinada la causa judicial antes de conocer al requerido, el equipo advirtió que las implicancias jurídicas del hecho no eran graves para el supuesto contraventor, ya que no había pruebas, los ruidos no habían sido constatados y se trataba de un hecho aislado. Como ya fuera dicho, este paso se cumple en forma casi

simultánea antes del primer contacto con el defendido y antes del comienzo de la audiencia, lo que genera un problema funcional importante.

Al momento de la entrevista con el denunciado, el equipo de profesionales poseía teorías encontradas respecto de la estrategia a seguir en el caso. Por un lado se analizaba la posibilidad de no mediar ya que el Fiscal debería probar que el hecho existió y que se trató de una verdadera contravención, siendo factible que la causa se archivara. Por otro lado, se exploraba la viabilidad de ampliar el círculo del debate, ya que el hecho aislado podría convertirse en una costumbre, siendo necesario establecer el origen o motivo del conflicto para evitar una escalada mayor, tratándose de una cuestión que, si bien entró a la institución por configurar una supuesta contravención, estaba claramente dentro del campo de un conflicto vecinal.

El debate fue corto y en atención a la buena camaradería, uno de los denunciantes que se encontraba reticente a mediar, aceptó el criterio de su compañero que lo creía conveniente.

En otro caso similar, se presentó a la consulta un señor al que llamaremos Jonathan, a quien el equipo explicó de qué se trataba la mediación, haciendo hincapié en la confidencialidad del proceso y sobre todas las cosas en la voluntariedad del mismo: aclarando que en definitiva su voluntad establecería el criterio a seguir.

El joven escuchó y entendió perfectamente el procedimiento. Agregó detalles que no estaban en la causa y sobre todas las cosas dijo que lo que más le había molestado era que se presentara un patrullero el día del hecho, momento en el que se efectuaba en su domicilio una fiesta. Se describió como un chico de clase trabajadora y expresó que la fiesta en cuestión era una reunión de jóvenes que escuchaban cumbia y que posiblemente se habría filtrado el sonido desde el balcón. Lo que pareció molestarle mucho era que su vecino no se acercara a tocar el timbre, siendo que eso era lo que él hubiera esperado

de cualquier persona. El denunciado necesitaba ser escuchado y quería que supiéramos que él no era un vago y que todos en el barrio apreciaban a su familia que vivía allí hace muchos años, mientras que nadie conocía a la familia del vecino de enfrente que hacía poco que se había mudado y no se relacionaba con nadie.

Con posterioridad a la entrevista, el equipo informó a la mediadora interviniente que estaban dadas las condiciones necesarias para empezar, instalándose aquella en la sala que ya ocupaba el equipo con el requerido, tras lo cual se presentó el requirente, quien desde un comienzo se mostró algo nervioso.

El requerido y el requirente eran muy jóvenes, casi de la misma edad, unos 24 años. Sin embargo entre ambos había una notable diferencia de clase social y de nivel educativo.

El nivel de educación del denunciante era universitario, tenía un pequeño emprendimiento de eventos y vivía con su madre y su hermana en una casa baja del barrio de Nueva Pompeya. Por su parte, el requerido Jonathan, vivía con su madre y 5 hermanas en un departamento en la vereda de enfrente. La madre del joven denunciado trabajaba de empleada doméstica y él mismo decía ser empleado en una casa de electrodomésticos.

La audiencia transcurrió en forma cordial y todos colaboraron para que así fuera. La mediadora trabajó dedicadamente y pudo escuchar el relato de cada una de las partes. Por supuesto como es técnica de costumbre parafraseó el relato del primero antes de escuchar al segundo con quien por cuestión de neutralidad hizo lo mismo.

Los abogados intervinientes no agreraron ningún detalle en este tramo del proceso ya que la cuestión se planteó en forma coloquial. El requirente decía que si bien acudió a la policía, lo hizo para no bajar iracundo a tocar el timbre del vecino. Agregó que para él era difícil dormir en esas circunstancias y que al día siguiente

tenía un evento de los que organizaba, para lo cual debía estar descansado. La música estaba a todo volumen y no lo dejaba conciliar el sueño.

Por su parte nuestro defendido durante la audiencia pudo referir su postura y también su decepción cuando vino el patrullero, pues eso lo hizo sentir en falta cuando no había sido su intención ni la de sus hermanas y grupo de amigos.

Comprendidas las necesidades de una y otra parte, el acuerdo se formuló sin inconvenientes, y ambas partes intercambiaron sus números de teléfonos y ajustaron la convivencia.

Sólo apareció un poco de tensión cuando la mediadora sugirió organizar horarios para las futuras fiestas a lo que recordamos que mediábamos en el caso concreto y que más allá de aprovechar el intercambio, no era factible que se sometiera a un horario la actividad de nuestro defendido. Afortunadamente las partes no tomaron la sugerencia y el acuerdo se cerró sin inconvenientes.

IV.1.b) Caso: “Sólo una cuestión de mascotas”

Como es costumbre el equipo se reunió con la parte requerida. En este caso se trataba de una pareja de mediana edad, a quienes llamaremos Gustavo y Judith que manifestaron estar al tanto de la denuncia efectuada por su vecino y conocer el proceso de mediación. Relataron que el día en cuestión ellos se encontraban ausentes de su domicilio, un departamento en la zona de Congreso. Agregaron que por lo general se encuentran en la casa ya que allí realizan su actividad laboral administrando algunos consorcios, pero que ese día en particular estaban afuera, ya que la madre de Gustavo estaba internada en terapia intensiva en el Hospital Británico y debieron apersonarse allí para recibir el parte médico.

Refirieron que tenían dos perros uno de raza chihuahua y el otro caniche toy, que se ponían nerviosos cuando estaban solos y que por dicho motivo ladraban. Contaron que averiguaron con el veterinario la posibilidad de darles un

tranquilizante, pero que éste les aconsejó que no lo hicieran, ya que por ser ambos animales de tamaño pequeño el ruido no podía ser tan grave.

Dijeron que hacía veinticinco años que vivían en el mismo lugar, razón por la que no deseaban tener conflicto con el vecino, al que llamaremos Marcos. Manifestaron que independientemente de la falta de pruebas que había en la causa, ellos querían hablar personalmente con Marcos para llegar a un acuerdo, ya que nunca había sido su intención causar molestias. Los requeridos tenían la clara decisión de llegar a un acuerdo con su vecino, más allá de comprender lo que se les explicaba, en cuanto a que en atención a las constancias de la causa era probable que de no hacerlo la causa fuera archivada en sede fiscal.

La mediadora comenzó las entrevistas por separado y como el denunciante aceptó participar en una reunión conjunta esta se llevó a cabo con los integrantes del equipo en la sala. El espacio de la mediación permitió que el denunciante conociera las extremas circunstancias por las que pasaba la familia denunciada, en atención a la salud de su madre y ambas partes se comprometieron a mantener un trato con la normal tolerancia entre vecinos y a controlar la situación respecto a las mascotas, sin detenernos en detalles a los fines de no hacer en el convenio una fijación innecesaria de obligaciones que no surgen de ninguna norma. Todas las partes se mostraron aliviadas luego de la audiencia y a pesar de tratarse de un tema menor, creímos que estos malos entendidos daban origen a muchos conflictos de mayor magnitud que tornan difícil la convivencia en un edificio de departamentos. Consideramos que el instituto de la mediación resulta de trascendencia a los fines de economía procesal y conlleva un beneficio comunitario.

V. Discriminación.

Según la Real Academia Española, discriminar es “seleccionar excluyendo”, o “dar trato de

inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc”.

La igualdad a que alude la Constitución Nacional importa la obligación de tratar de un modo igual a los iguales en iguales circunstancias, pero no impide que la legislación contemple de manera distinta situaciones que considere diferentes, con tal que el criterio de distinción no sea arbitrario o responda a un propósito de hostilidad a personas o grupos de personas determinados o resulte que se trata desigualmente a personas que están en circunstancias de hecho esencialmente equivalentes.

La discriminación encuentra relevancia penal a través de los diversos delitos y agravantes establecidos por la Ley Nacional Nº 23.592, que data del 5 de septiembre de 1988, que reprime los actos discriminatorios y, en tal sentido, en la CABA, entre las primeras competencias penales que le han sido transferidas, se encuentra la de los ilícitos contemplados por el Art. 3 de dicha ley. Estos delitos, vale también señalar, encuentran íntima conexión con las conductas que contempla el Art. 65 del Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires.

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires hace especial mención al derecho a la igualdad consagrado en la Constitución Nacional.⁸ El valor de igualdad tiene su opuesto en la discriminación y es el principio inspirador de todos los derechos económicos, sociales y culturales. Sintéticamente podría formularse como que a toda persona que reúne las condiciones de aplicabilidad de una norma, debe aplicársele esta siempre de idéntica manera. Claro está que existen circunstancias relevantes que justifican un tratamiento normativo diferente, en beneficio del sujeto afectado por tales circunstancias. Por ejemplo respecto al derecho al sufragio la diferencia de sexo es irrelevante en la actualidad, pero la diferencia de edad por ejemplo, en un menor de edad es relevante para un tratamiento normativo diferente. En otros casos la

norma tiende a enmendar una desigualdad real generada por razones históricas, en estos casos se hablará de una discriminación inversa, que asume el principio igualitario aunque proponga un tratamiento diferencial. Por ejemplo las leyes que disponen que un porcentaje de empleados han de ser discapacitados, favorece que personas con discapacidad puedan ser admitidos, tendiendo con ello a que se revierta una situación de desigualdad real en un empleo.

Por otra parte los valores de justicia, libertad e igualdad están indisolublemente unidos por su raíz y fundamento, que es el valor de la dignidad humana. En el caso expresamente tipificado, la acción pasible de sanción consiste en menoscabar la igualdad o dignidad o cualquier otro derecho personalísimo de una persona, pues este es el bien jurídico tutelado, y esa acción puede cometerse por cualquier medio.

La jurisprudencia del fuero local se ha pronunciado, estableciendo al dolo como elemento necesario para configurar la figura contravencional, siendo necesaria la intención de discriminar en la conducta pertinente. Ejemplos como el dictado de un *memorándum* en el que se le impedía el ingreso a una institución educativa a un particular denunciante, o simples insultos, no han constituido una infracción al Art. 65 del CC.⁹

Se debe advertir que una exégesis como la que trasunta la decisión aquí en estudio, amplía sin dudas el tipo contravencional y consiguientemente el espectro de conductas susceptibles de ser subsumidas y eventualmente punidas, en contra de lo que ha dicho el legislador en tal aspecto y forzando los principios de legalidad y de máxima taxatividad interpretativa.

Como se adelantara, antes de la audiencia de mediación el equipo interdisciplinario recibe al denunciado a fin de asesorarlo, previa vista del expediente, interiorizándose de todas las circunstancias del caso, lo cual no sólo incluye el relato de la parte denunciada, sino además una exhaustiva evaluación de las pruebas ya produ-

cidas en la causa, la viabilidad y potencialidad de las no producidas, para luego evaluar en base a ello cuáles serían los posibles cursos de acción de la Fiscalía interviniente y en base a ello asesorar sobre la conveniencia o no de celebrar un acuerdo y en su caso los límites del mismo.

Por otro lado, muchas veces las partes en conflicto no se encuentran en igualdad de condiciones culturales por lo que un asesoramiento previo resulta de vital importancia para la defensa de las garantías constitucionales del requerido.

V.1 Práctica sobre discriminación.

V.1 a) “Inmigrantes eran los de antes”

Se nos presentó un caso de dos vecinos de una propiedad horizontal donde la denunciada, a quien llamaremos Amelia, habría proferido insultos a su vecino de piso, un hombre al que llamaremos Nelson, solicitándole que se fuera a vivir a otro lado por tratarse de un ciudadano peruano.

Compulsada la causa advertimos que en el expediente lucía una nota de puño y letra de la denunciada, dirigida al requirente conteniendo descalificativos del orden descriptivo; además constaba una declaración testimonial del propietario del inmueble alquilado por el denunciante quien manifestaba que Amelia le había solicitado en reiteradas oportunidades que no le renovara el contrato de alquiler ya que no quería peruanos en su edificio, sino sólo argentinos.

De los datos aportados se podía presumir la voluntad consciente de la denunciada de discriminar orientada hacia la exclusión del edificio de su vecino, circunstancia que comprometía a nuestra asistida ya que no era un mero indicio.

Ante esta situación se asesoró a la denunciada acerca de la conveniencia de celebrar un acuerdo que pusiera fin a la investigación, por considerar que había elementos de convicción suficientes para configurar la existencia de la contravención por discriminación. Respetando

siempre su rol protagónico se la ayudó a evaluar su alternativa, que en términos de negociación, era de peor calidad que su opción de acuerdo.

El equipo se refirió a los derechos y garantías previstos en la Constitución, a los fines de generar en la entrevistada una suerte de reflexión para conductas futuras. Aunque el equipo no espera que en el escueto marco de una entrevista las personas asistidas cambien radicalmente su orden valorativo -el que muchas veces les llevó toda una vida construir- entiende que en ocasiones el aporte de datos concretos, en este caso la normativa vigente y las consecuencias de estas acciones, genera en los interlocutores algún corrimiento en sus intercambios posteriores.

En la audiencia, ante la propuesta del mediador y luego de una reunión exploratoria con cada parte, ambos involucrados aceptaron participar conjuntamente y tanto Nelson como Amelia pudieron dialogar y escucharse mutuamente de un modo respetuoso, con el auxilio del resto de los integrantes del sistema.

El caso finalizó en un acuerdo donde sin reconocer hechos ni derechos, Amelia ofreció una disculpa que fue aceptada en el acto por Nelson y se comprometió a mantener un trato cordial y respetuoso como corresponde a un buen vecino. Se solicitó la homologación judicial y con ello se puso fin al conflicto, al menos a la causa que comprometía a nuestra defendida.

VI. Conclusión.

De la descripción efectuada podemos deducir que la defensa técnica interdisciplinaria representa un desafío diario para el equipo de mediación de la Secretaría Jurisdiccional de la Defensoría General de esta Ciudad. El desembarco del instituto de la mediación en la CABA representa un cambio de paradigma y lentamente todos los partícipes del sistema están contribuyendo para conseguir que el mismo se instale fortalecidamente, de modo tal que ayu-

de a que todos los habitantes de la Ciudad Autónoma encuentren en ella la posibilidad de un espacio donde ventilar algunas cuestiones que no encuentran solución en el sistema adversarial convencional.

Como sabemos, no todas las causas se someten a mediación y este método tampoco es la solución para todos los casos, pero sin duda, brinda un marco adecuado para avivar el debate democrático entre los particulares, para que estos, los involucrados, recuperen el lugar de verdaderos protagonistas de la escena.

La necesidad de que los supuestos contraventores tengan a su disposición un servicio interdisciplinario y gratuito de asistencia técnica en materia de mediación, representa sin lugar a dudas un paso más hacia el cumplimiento del objetivo perseguido: el amplio y libre acceso a la justicia para todos los habitantes de la Ciudad.

Principalmente podemos definir tres conclusiones finales:

. La herramienta que representa la mediación es un elemento más que el procedimiento contravencional local le reconoce a quien resulta denunciado en ese ámbito. Es un importante logro que la Defensa Pública Oficial acompañe a estas personas en esas primeras instancias del proceso; ampliando así las disposiciones de la Carta Magna y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (Art. 75, inc. 22, CN).

. La intervención del equipo de mediación es vasta, pues permite abordar las problemáticas que se presentan desde un entramado bidisciplinario en el que convergen el derecho y la psicología.

. La intervención es concreta y personalizada y al tratar los conflictos desde un enfoque interdisciplinario busca desvictimizar al sometido a proceso.

Notas

¹ Que pueden ser testigos o emblemáticos de la actividad que se desarrolla.

² Conforme Art. 20 bis Ley 1903, modificada por la Ley 3.318.

³ Conforme lo dispuesto por la Resolución DG N° 75/2010

⁴ 30 de septiembre de 2011

⁵ La figura de hostigamiento, se encuentra regulada en el Código Contravencional de la CABA (Ley 1.472) que en su artículo 52 reza: "Hostigar. Maltratar, Intimidar. Quien intimida u hostiga de modo amenazante o maltrata físicamente a otro, siempre que el hecho no constituya delito, es sancionado con uno (1) a cinco (5) días de trabajo de utilidad pública, multa de doscientos (\$200) a un mil (\$ 1.000) pesos o uno (1) a cinco (5) días de arresto. Acción de instancia privada." La contravención referenciada, cuenta con agravantes descriptos en el artículo 53 del mismo cuerpo legal: "Agravantes. En las conductas descriptas en los artículos 51 y 52 la sanción se eleva al doble: 1. Para el jefe, promotor u organizador; 2. Cuando exista previa organización; 3. Cuando la víctima es persona menor de dieciocho (18) años, mayor de setenta (70) o con necesidades especiales; 4. Cuando la contravención se cometa con el concurso de dos (2) o más personas".

⁶ La contravención por ruidos molestos está prevista en el artículo 82 del Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires que establece: "Quien perturba el descanso o la tranquilidad pública mediante ruidos que por su volumen, reiteración o persistencia excedan la normal tolerancia, es sancionado/a con uno (1) a cinco (5) días de trabajo de utilidad pública o multa de doscientos (\$200) a un mil (\$1000) pesos. Cuando la conducta se realiza en nombre, al amparo, en beneficio o con autorización de una persona, de existencia ideal o del titular de una explotación o actividad, se sanciona a éstos con multa de seiscientos (\$600) a diez mil (\$10.000) pesos (...)"

⁷ Artículo 65 - Discriminar. Quien discrimina a otro por razones de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique exclusión, restricción o menoscabo, es sancionado/a con dos (2) a diez (10) días de trabajo de utilidad pública o cuatrocientos (\$ 400) a dos mil (\$ 2.000) pesos de multa. Acción dependiente de instancia privada.

⁸ El artículo 11 de la CCABA reza: "Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley". Y en su segundo párrafo condena los actos discriminatorios, estableciendo que se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo.

⁹ De las constancias de la causa se advierte que quien suscribiera el memorándum, ha afirmado que el fin tenido en mira fue velar por el correcto funcionamiento y la tranquilidad de los alumnos. Dichos que no han logrado desvirtuarse por otras pruebas, por lo que no puede afirmarse que haya tenido la intención de discriminar, es decir excluir, distinguir o restringir los derechos del denunciante. Por lo tanto no se encontró acreditado que la imputada hubiera actuado con el dolo exigido en la figura contravencional. Es decir no se desprende de la presente que la imputada haya tenido la voluntad realizadora del tipo objetivo- en el caso discriminar- guiada por el conocimiento de los elementos de este necesarios para su configuración. (Causa 31589-00-CC/2007 Fernández Toledo, Graciela y Fuchs, Beatriz s/art.65 CC. Apelación.). No se advierte que la solitaria expresión animal, más allá del reproche moral que pueda suscitar en punto al sostenimiento de una normal y pacífica convivencia entre vecinos que habitan una misma propiedad horizontal, posea contenido discriminatorio como para violentar el bien jurídico tutelado por la norma, que en definitiva, remite al respeto a la dignidad humana y a la igualdad de derechos de todos los ciudadanos, sin distinción. (Causa 3524-00-CC-2006 González, María Ester s/Art.65 CC)

Anexo Documental



La verdulera, noviembre 2011

INTERPONE RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL

Sres. Jueces y Juezas del Tribunal Superior de Justicia:

Sonia Yolanda QUISBERTH CASTRO, por derecho propio, y en representación de mi hijo menor de edad Jordi Heraldo QUISBERTH CASTRO, con el patrocinio letrado del Dr. Mario Jaime KESTELBOIM, Defensor General del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y la Dra. Graciela Elena CHRISTE, Defensora General Adjunta, constituyendo domicilio procesal en la calle Combate de los Pozos 155, 5º piso, Ciudad de Buenos Aires, en autos caratulados “Quisberth Castro, Sonia Yolanda c/GCBA s/amparo (Art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte. Nº 6769/09, respetuosamente digo:

I. OBJETO

Que en legal tiempo y forma vengo a interponer el recurso extraordinario federal (Arts. 14 y 15 de la Ley Nº 48 y 256 y ss. del CPCGN), contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (TSJ) el 12 de julio de este año mediante la cual se decidió hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocar la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario y, finalmente, reenviar la causa a dicho tribunal para que éste se expida “con el alcance señalado en el punto 16 del voto de los Sres. Jueces Ana María Conde y Luis Francisco Lozano en la sentencia pronunciada el 12 de mayo de 2010 en la causa “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/ amparo (Art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” Expte. Nº 6754/09...”, por contrariar la recta inteligencia del artículo 14 bis de la Constitución Nacional y de las normas internacionales sobre derechos humanos, entre ellas básicamente el artículo 11 incisos 1º y 2º del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales.

II. RECAUDOS DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO

II.1. CASO FEDERAL

En autos la apertura de la vía extraordinaria de apelación se sustenta en las siguientes cuestiones federales:

- i.** En primer término, en lo dispuesto en el inciso 3º del Art. 14 de

la Ley 48, en tanto se encuentra controvertido tanto el alcance como el contenido que corresponde asignar al derecho constitucional a la vivienda, reconocido en el Art. 14 bis de la Constitución Nacional y en los arts. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 25 de la Declaración Universal de Derecho Humanos y 11, incisos 1º y 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional (cf. Art. 75, inc. 22, CN).

En efecto, al presentar mi demanda sustenté mi pretensión de que el Gobierno local me incluya en los programas de emergencia habitacional en las normas antes mencionadas, en especial, en lo que respecta al derecho humano a una vivienda digna.

Ahora bien, el Tribunal Superior, al remitir a un precedente donde realizó una interpretación sesgada, esmirriada, indebidamente restrictiva y claramente errónea de las normas y principios constitucionales involucrados en la causa, receptados principalmente en la Constitución Nacional y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “PIDESC” o “el Pacto”), ha desconocido el verdadero alcance, contenido y la naturaleza directamente operativa de los dispositivos constitucionales en los que sustenté mi demanda de amparo-, a través de una decisión acorde con la postura asumida por el Gobierno local, temperamento que hizo posible la revocación de la sentencia de la Cámara que era favorable a mis intereses.

En suma, se encuentran reunidos todos los elementos que menciona el inciso 3º del artículo 14 de la ley Nº 48, en tanto la sentencia dictada por el TSJ en la causa supone, lisa y llanamente, desconocer mi derecho constitucional y supranacional a una vivienda digna, habiendo fallado el Tribunal “contra la validez del [...] derecho [...] que se funda en dicha cláusula y [es] materia de litigio”.

ii. En segundo lugar, sustentado en el mismo inc. 3º del Art. 14, en tanto se encuentra en juego la inteligencia que corresponde otorgarle al principio de división de poderes (Art. 1º, CN) en su vinculación con lo dispuesto en el art. 5º de la Constitución, que establece la garantía del gobierno federal del goce y ejercicio de las instituciones provinciales en tanto éstas aseguren “su administración de justicia”. En estos autos, la sentencia del TSJ hace tabla rasa con esa exigencia constitucional, por cuanto -a través de la remisión a una interpretación artificiosa que efectúa de diversos principios y normas de raigambre federal y supranacional- restringe severamente y a contramano de expresas provisiones constitucionales la aptitud del Poder Judicial para controlar la constitucionalidad de la actuación de los otros Poderes. En efecto, al afirmar que el ejercicio del control de constitucionalidad

debe subordinarse a las pautas que establezca el legislador para determinar la operatividad y alcance del derecho a la vivienda, el Tribunal subvierte la forma en que nuestra Constitución Nacional y la Constitución de la Ciudad asignan las potestades de gobierno a los diferentes órganos estatales, desconociendo de manera flagrante el deber que la Carta Magna asigna a los jueces para resolver las causas sometidas a su decisión (artículos 116 CN y 106 CCBA).

En efecto, la manera en que el TSJ ha interpretado el principio de división de poderes (Art. 1º, CN) resulta manifiestamente contraria al alcance reconocido a las garantías tuteladas en los Arts. 18 y 43 de la Constitución Nacional y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en especial, al “derecho a una tutela judicial efectiva”. Ello así por cuanto la interpretación postulada en la sentencia supone inhibir el ejercicio de las facultades judiciales casi al punto de negar toda posibilidad de emitir pronunciamientos de condena contra la Administración local cuando se trata de asegurar la operatividad del derecho a la vivienda. La interpretación propiciada en la sentencia conduce, inexorablemente, a obligar a los jueces a adoptar a una actitud “deferente” hacia el Poder Ejecutivo y, por consiguiente, pasiva ante las vulneraciones graves a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

II.2. EXISTENCIA DE UNA SENTENCIA DEFINITIVA

II.2.1. Cabe hacer notar que el pronunciamiento que se impugna reviste el carácter de “sentencia definitiva” en los términos en que es exigido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ello así puesto que los lineamientos que debe seguir la Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero CAyT al momento de emitir el nuevo pronunciamiento conforme ha sido impuesto por la sentencia en crisis llevan, necesariamente, a una única alternativa: la desestimación de la acción de amparo.

En tal sentido, no es posible soslayar que, tal como se explicará con mayor detalle *infra*, a través de la acción de amparo interpuesta, requerí en la instancia jurisdiccional que se reconozca y tutele de manera plena mi derecho constitucional a una vivienda digna, a la salud y a la dignidad, todo ello a la luz del alcance y contenido que corresponde asignarles según las prescripciones de la Constitución Nacional, las disposiciones contenidas en diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional (en especial, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y la interpretación que de ellas ha efectuado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sus decisiones.

Sin embargo, si bien en la sentencia recurrida el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad ordena a la Cámara de Apelaciones que dicte una nueva sentencia, al mismo tiempo remite a un precedente donde se fijan una serie de condiciones y pautas para el dictado de ese pronunciamiento que -como quedará ampliamente demostrado en el presente recurso- parten de una interpretación sesgada, irrazonable, insuficiente y, por ende, inconstitucional del alcance y contenido del derecho a la vivienda que, finalmente, terminan por negarle su carácter de derecho humano de naturaleza operativa.

Así las cosas, es evidente que, de seguir dichas pautas, la decisión que dicte la Cámara de Apelaciones nunca podrá reconocerme, de manera plena y adecuada, mi derecho constitucional a la vivienda con el alcance y contenido que a éste se le ha asignado en el ámbito federal y supranacional, de acuerdo -como veremos- con las diversas interpretaciones efectuadas por los órganos de aplicación de diversos Tratados de Derechos Humanos y con la profusa jurisprudencia del Máximo Tribunal Federal sobre la materia.

II.2.2. Como cuestión inicial debo decir que, a tenor del contenido mínimo y puramente “asistencial” que el TSJ le asigna al derecho a la vivienda, la interpretación efectuada en la sentencia cuestionada colisiona, inevitablemente, con la propia naturaleza de la pretensión esgrimida en la demanda, que tiene por objeto que se reconozca y garantice mi derecho humano a la vivienda de manera plena, a través de una prestación de naturaleza habitacional a satisfacer a través de los programas locales.

Es claro, entonces, que si el Tribunal de grado tiene en consideración las “pautas” que la decisión del TSJ le fija, no existe posibilidad alguna de que se dicte una sentencia favorable a mis intereses, toda vez que, en tal caso, el alcance que debería reconocerse al derecho constitucional a la vivienda se vería reducido a un estándar de asistencia minimalista, conforme a criterios estratégicos y oportunistas de la burocracia de turno y circunscripto solamente -en los términos de la sentencia- a la asignación de un “techo” o “albergue básico”, es decir, a la negación de un derecho fundamental teniendo en consideración que “la justicia social atiende a las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad” (Fallos:327:3753 y sus citas).

Es necesario señalar aquí, a modo de ejemplo, algunos de los “lineamientos”, que la sentencia de la Cámara debe seguir al dictar una nueva decisión.

En primer término, según la óptica del Tribunal Superior local deben los jueces en ejercicio de una manda constitucional, evaluar el cumplimiento de los criterios de prioridad en la asignación de la ayuda

estatal, conforme lo estipula la reglamentación que reputa constitucional, plasmada en el Decreto N° 960/08 y en la Resolución N° 1554/MDSGC (puntos 11 y 12 del pronunciamiento) y en el contexto de semejante escrutinio, equivalente a un ranking de pobreza, se pretende exponer a la población vulnerable a exigencias antinaturales o antihumanas, por no decir heroicas por ser contraria al reconocimiento de sus derechos fundamentales de carácter universal.

En segundo lugar, de acuerdo con las pautas fijadas, los jueces habrán de ponderar los efectos que su decisión tiene en la utilización de los recursos presupuestarios, tarea francamente diabólica y, por lo demás, ajena a la labor de los tribunales judiciales.

Luego, en el contexto de las reglas que impone la sentencia, los magistrados deberían analizar el estricto cumplimiento de los requisitos que la reglamentación -esto es, la Resolución N° 1554/MDSGC- exige para quienes se postulan para ser beneficiarios de un subsidio y, entonces, superar los óbices inconstitucionales que ésta impone para el acceso al subsidio. Así, a modo de ejemplo cabe mencionar que, en los términos de la mencionada resolución, el beneficiario debería encontrarse en “situación de calle” y, al mismo tiempo, tener dos años de residencia en la Ciudad. Si por cualquier motivo se hubiera mudado transitoriamente en busca de resguardo o para requerir cualquier clase de auxilio fuera de los límites de la CABA, se perderá irremediablemente el derecho a acceder a alguna prestación.

En tal sentido, la mayoría del Tribunal sostuvo en los autos “Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/Amparo (Art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte N° 6754/09, -aplicable al presente caso- que “los subsidios habitacionales [...] han sido concebidos como parciales y temporarios en cuanto al acceso a la vivienda; circunstancias que no ponen automáticamente a la norma en oposición a la CCABA o al PIDESC. En suma, no resulta inconstitucional el otorgamiento de subsidios temporarios para hacer frente a la manda del Art. 31 de la CCABA. Tampoco que su monto no sea suficiente, por sí solo, para solventar el costo de una vivienda digna”.

Asimismo, el Tribunal también señaló que “ahora bien, aun cuando los jueces llegasen a la conclusión, frente a un pedido de parte legítima, de que corresponde que sea entregado o renovado el subsidio que se reclama, ello no implica que corresponda apartarse de los montos dispuestos en el decreto 960/08, toda vez que, conforme quedó expuesto, la CCABA no garantiza el derecho a percibir un importe que, por sí solo, sea suficiente para pagar una vivienda digna. Finalmente, el alcance que el bloque normativo analizado brinda al derecho a la vivienda incluye, conforme quedó señalado, la obligación de brindar a quienes se encuentran dentro del universo al que el GCBA debe

asistir, al menos, la protección de un techo o albergue básico, pero eso no equivale a solventarle una vivienda. Esta es la garantía mínima que nace del PIDESC, y siempre que no concurran aquellas otras circunstancias que, como dijimos, posibilitarían continuar recibiendo el importe del decreto 960/08” (punto 12).

En definitiva, para quienes -como en mi caso- ya han percibido las diez (10) cuotas del subsidio previstas en la reglamentación, la decisión de la Cámara sólo podría tener un sentido: no podré “continuar recibiendo el importe del decreto 960/08”, puesto que en la reglamentación dictada por la Ciudad solamente se ha previsto su prórroga por un plazo de seis a diez meses y, entonces, carecería de la condición de “parte legitimada”, de acuerdo a la interpretación efectuada por el TSJ en la sentencia cuestionada.

Asimismo, el precedente al que remite la sentencia me exige que “cumpla con la carga de probar mi situación prioritaria”(punto 15) y, por otro lado, en ningún caso los jueces podrán “asignar” los subsidios, ya que -de acuerdo a lo afirmado por la mayoría en la sentencia recurrida- tal función sólo compete al órgano ejecutivo, ni tampoco “afectar” recursos decidiendo que en el caso particular resultan aplicables las normas que materializan los derechos sociales.

II.2.3. Es por todo ello que sostengo que, si la Cámara debe tener en consideración en su nueva decisión el contenido raquíutico que el TSJ asigna al derecho a la vivienda, que sólo habilita una ayuda discrecional, parcial, de carácter temporal, limitada a la asistencia en “paradores” y que, en ningún caso puede exceder las prestaciones establecidas en el Decreto N° 960/08 que ha sido declarado constitucional, la conclusión es inexorable: la demanda para que se reconozca en forma plena mi derecho a una vivienda digna será indefectiblemente rechazada.

En efecto, al afirmar el TSJ en su sentencia que la mera circunstancia de haber percibido la totalidad de los montos previstos en el Decreto N° 960/08 resultaría un impedimento insuperable para acceder a una prestación habitacional, confirma que esa restricción obsta a la posibilidad de que la Cámara dicte una sentencia que reconozca mi pretensión en autos, con el alcance y sentido que le asigné en mi escrito de demanda.

Adviértase, al respecto, que las declaraciones del TSJ, en el precedente que invoca, a modo de *obiter dictum*, transitan por dos carriles diferentes: en ocasiones están destinadas a delinear la exégesis que la mayoría del Tribunal postula respecto del alcance y contenido del artículo 31 de la CCABA, de manera general y abstracta, y desde esa atalaya se pronuncian por la constitucionalidad de los plazos y montos

de los subsidios reglamentarios, incluyendo sus condiciones de otorgamiento y prórroga. Por el otro, fijan y demarcan puntualmente otros aspectos sumamente determinantes para el efectivo acceso y goce al derecho a una vivienda digna que, si bien son expresados genéricamente, aplicados al caso en examen conducen rigurosa e inexorablemente al rechazo de mi pretensión que, por otra parte, había sido acogida favorablemente tanto en la sentencia de la primera instancia como en la de la Cámara.

II.2.4. En las condiciones antedichas, negar el carácter de pronunciamiento definitivo a la decisión que se impugna traduciría un rigorismo extremo, incompatible con el derecho a una decisión útil en tiempo razonable.

Es menester recordar, en este aspecto, que es obligación de todo juez imponer al proceso un desarrollo rápido y eficaz para disipar esas dudas, evitar toda actividad jurisdiccional que conspire contra la economía procesal y no incurrir en un exceso ritual. Máxime cuando esta acción, teóricamente expedita y rápida, lleva ya más de 2 años de trámite. Por el contrario, la sentencia que se impugna dilata, sin razones valederas, la decisión respecto de la cuestión de fondo, cuando, como lo tiene dicho reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación la garantía de la defensa en juicio incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido en un plazo razonable (Fallos: 178:399; 287:248; 289:181; 299:153; 300:1102; 305:913; 308:694; 315:2173, entre otros).

II.2.5. Refuerza el argumento expuesto en el punto anterior, referido a la existencia de un pronunciamiento definitivo, que opera como recaudo de admisibilidad del remedio extraordinario federal, la necesidad de restablecer de inmediato la juridicidad quebrantada por la afectación de mis derechos fundamentales a la dignidad, a la salud y a la vivienda.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puesto especial énfasis en “la necesidad del interesado de obtener una rápida y eficaz decisión judicial” (derecho que integra la garantía constitucional de la defensa en juicio: confr. Fallos: 298:312, considerando 8º) que ponga fin a los conflictos y situaciones de incertidumbre y evite, dentro de los límites de lo razonable y conforme a las circunstancias de cada caso, una dispendiosa y eventualmente inútil actividad jurisdiccional (exigencia del propósito de “afianzar la justicia” enunciado en el preámbulo de la Constitución Nacional, confr. Fallos: 302:299). Ello así, a fin de que el litigante pueda sentir que las sentencias judiciales son soluciones oportunas, beneficiosas y proporcionadas a la gravedad de su actual conflicto y necesidad. En suma, un medio efectivo y real

de aplicación del orden jurídico, para que éste no quede reducido a expresiones abstractas y formales.

En tal sentido, ya en Fallos: 269:131 se señaló que “la garantía de la defensa en juicio no se compece con la posibilidad de que las sentencias dilaten sin término la decisión de las cuestiones sometidas a los jueces” (doctrina reiterada, entre muchos otros, en Fallos: 311:1644, considerando 6º).

Entonces, en situaciones análogas a la que ha acontecido en el *sub lite*, donde el resultado del conflicto es incierto, toda vez que depende de un pronunciamiento ulterior merced al “reenvío” dispuesto por el tribunal superior de la causa, la Corte ha admitido el recurso extraordinario, al entender que la oclusión de la vía de apelación “llevaría a un reconocimiento tardío de derechos que cuentan con amparo constitucional, lo cual equivale a causar un agravio de imposible reparación ulterior”, (cf. causa “Quiroga, Julia c/ Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles”, 14 de marzo de 1995, Fallos: 318:363, considerandos 2º y 5º).

Es necesario tener en cuenta, en relación con esta cuestión, que “la falta de un hogar decente supone la constante degradación de su integridad [del ser humano], así como de su salud física y mental, de sus posibilidades de acceder a un empleo o a una educación de calidad, y sobre todo, de la propia autoestima. Menoscaba asimismo el libre desarrollo de la personalidad, los derechos de la privacidad y a la vida familiar e incluso condiciona el ejercicio de los derechos de participación política” (Pisarello, Gerardo: Una vivienda para todos: Un derecho en (de)construcción, Ed. Icaria, Barcelona, 2003).

De allí que, en casos como el presente, el derecho al debido proceso, en su variante de proceso rápido impone una obligación de celeridad que se asume tanto como un deber de la jurisdicción como una potestad del justiciable y, más propiamente, como una garantía procesal de que el conflicto será resuelto en un lapso compatible con la naturaleza del objeto litigioso. En caso contrario, se ha sostenido, la tutela judicial sería ilusoria, haciendo cierto el aforismo que dice “injusta la sentencia que juzga cuando ya no debe juzgar” (cf. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, Derecho Procesal Constitucional. Amparo, pp. 154 y 155, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2002).

II.5.6. Por todo lo expuesto, sostengo enfáticamente que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad del 12 de julio próximo pasado y que aquí recurro constituye, sin margen para dudas, el pronunciamiento definitivo que habilita el remedio extraordinario intentado en autos.

III. ANTECEDENTES

Tal como relaté en el escrito inicial de la acción de amparo, soy una persona que me encuentro sola, a cargo de mi hijo menor de edad discapacitado (nació con encefalopatía crónica no evolutiva), del que soy su único sostén. Me encuentro separada de mi pareja, sin familiares cercanos ni grupo de contención alguno. Provengo de la República de Bolivia (nacé en Santa Cruz de la Sierra) y vine a la Argentina en el año 2000 en busca de mejores oportunidades laborales. Trabajé como ayudante de cocina en varios restaurantes y luego como ayudante de costura. Luego, conseguí trabajo nuevamente como ayudante de cocina pero tuve un accidente que me provocó un corte en los tendones de la mano y perdí mi trabajo.

Actualmente, debido a la discapacidad de mi hijo percibo una pensión no contributiva, pero la misma no me alcanza para hacer frente al alquiler de un alojamiento.

En ese contexto personal de emergencia socioeconómica, y sin perspectivas superadoras viables, tuve que recurrir a la ayuda del Gobierno de la Ciudad, solicitando la inclusión en alguno de los Programas destinados a auxiliar a aquellas personas en situación de extrema emergencia social.

Así fue que percibí el subsidio del Programa Atención para Familias en Situación de Calle del GCBA, reglado -en ese entonces- por el Decreto N° 690/06, y con cuyo dinero aboné un alojamiento en un hotel de la CABA. Sin embargo, una vez percibidas las 10 cuotas previstas en dicha normativa, solicité su renovación, y la misma me fue denegada por las autoridades del Programa. Fundamentaron su tesis en la circunstancia de que “la normativa vigente” no permite tal renovación una vez transcurridos los 10 meses del subsidio, sin importar si el beneficiario continúa o no afectado por la situación de vulnerabilidad social que fundamentó su ingreso al Programa.

Por tal motivo, y ante la falta de pago del hotel que venía solventando con el subsidio, fui desalojada y retorné, lamentablemente a la “situación de calle”. En efecto, cuando recurrí a la Defensoría de Primera Instancia N° 1 en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA para solicitar asesoramiento, vivía efectivamente en la calle, pernoctando en la intersección de las calles Pichincha y Brasil.

En esas condiciones, y luego del libramiento de un oficio al Programa que, como es habitual, no dio respuesta, interpusé acción de amparo, procurando la tutela de los derechos reconocidos en la Constitución y en Pactos Internacionales cuyo efectivo ejercicio me era vedado por la decisión del GCBA de discontinuar la prestación.

Cabe señalar que el Gobierno de la Ciudad, parte demandada en

estas actuaciones en ninguna circunstancia o etapa de este juicio, ha desconocido o negado mi pertenencia a los grupos de persona que padecen pobreza crítica, o ha opuesto como defensa que mi situación de emergencia social no sea prioritaria, de modo que el Tribunal Superior de Justicia al alegar tales circunstancias para fundar su voto restrictivo ha cumplido una función de Procurador de la Ciudad que resulta a todas luces inoficiosa cuando no arbitraria.

III.1.1. La presente acción de amparo fue interpuesta procurando la tutela de mis derechos y garantías a una vivienda digna, a la salud y a la dignidad, severamente afectados por la decisión del GCBA de negarme la inclusión en los programas de emergencia habitacional. Específicamente, sustenté mi pretensión en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. XI), en la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 25), en el PIDESC (Art. 11, incisos 1º y 2º), en el Art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional y en los arts. 17, 20 y 31 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

Señalé, asimismo, cuál era la aplicación e interpretación jurisprudencial adecuada en materia de derechos sociales, sosteniendo, categóricamente, que “si las causas que determinaron la inclusión en algunos de los programas de emergencia habitacional no cesaron, la negativa del Gobierno de la Ciudad de seguir prestando asistencia implica una vulneración de la legalidad que el mismo Estado ha asumido como obligaciones jurídicas derivadas del derecho internacional, por lo que, al ocasionar la regresividad en el ejercicio del derecho en cuestión, compromete la responsabilidad estatal”(cf. p. III.3). Por tanto, la decisión del Gobierno de la Ciudad de interrumpir la prestación sin demostrar, al mismo tiempo, que había superado las causas que dieron origen a mi inclusión como beneficiaria, violó la obligación constitucional de respetar el estándar del contenido mínimo de los derechos económicos, sociales y culturales, significando una afectación de la confianza legítima que debe presidir la relación entre el Estado -garante de los derechos humanos- y quienes vemos afectados los derechos a la salud, a la vida, a la dignidad, a un techo.

Esta situación, según se puso de resalto, era manifiestamente contraria al principio de no regresividad y a los principios rectores de interpretación en la materia, en especial, el principio *in dubio pro justitia socialis*; concluyendo en que la conducta de la demandada se traducía en una violación de “la obligación legal de respetar el estándar del contenido mínimo de los derechos económicos, sociales y culturales” (p. III.5)

En ese contexto, planteé la inconstitucionalidad de los Arts. 5º y 6º del Decreto N° 690/06 y de cualquier otra norma que significase cercenar o limitar las garantías y derechos invocados en mi demanda.

Ello, básicamente, en función de que, sumado a la irrazonabilidad que evidenciaba la decisión de dar por finalizado el contenido mínimo o núcleo duro de los derechos garantizados por el mero transcurso del factor temporal, la falta de adecuación se patentizaba, de modo aun más gravoso, con la inflexibilidad del monto del subsidio, en tanto el tope fijado afecta el principio de razonabilidad, dado que no se ajusta a la realidad actual del mercado inmobiliario y torna muchas veces inoperante el derecho que se pretende garantizar (conf. fs. 18 y vta.).

Solicité, asimismo, el dictado de una medida cautelar, requiriendo que se me incluyera provisionalmente en los programas de emergencia habitacional, de acuerdo con mis necesidades y la situación particular de emergencia planteada.

III.1.2. La tutela cautelar me fue otorgada a través de la decisión de fecha 28 de abril de 2008 (fs. 65/67 de los autos principales que llevan el N° EXP 29.604/0), la cual se encuentra firme por no haber sido apelada por mi contraparte, aunque la revocación de la sentencia de la Cámara arrasa también con sus accesorios, de manera que a la fecha de interponer el presente remedio extraordinario federal su persistencia halla sólo un frágil andamio en la recepción y admisibilidad del recurso.

III.1.3. El Gobierno de la Ciudad contestó demanda a fs. 77/84, solicitando, concretamente, que “[S]e rechace la acción intentada” (cf. punto 5° del petitorio).

En dicho escrito planteó que el amparo resultaba improcedente atento la inexistencia de un acto, hecho u omisión manifiestamente ilegítimas que lesionaran de manera palmaria, patente, ostensiblemente la sustancia constitucional de los derechos invocados. Sostuvo además que, materializado el pago total de las cuotas previstas en el Decreto N° 690/06, “se cumple con la normativa constitucional, pues la misma no obliga a la Administración a mantener *sine die* planes de subsidios habitacionales, ello no resulta coherente ni razonable” (cf. fs. 78). Argumentó también que la exigibilidad de las obligaciones a cargo del Estado cesa cuando se agotan las prestaciones fijadas en la “normativa vigente”, pues los artículos constitucionales involucrados “lejos están de sostener que los individuos tienen derecho *sine die* a disfrutar de subsidios otorgados con carácter excepcional” (fs. 78 vta.). En la misma tesitura, expresó que en modo alguno “puede entenderse que la discontinuidad de las prestaciones vulnera el principio de progresividad o de no retroceso social, es decir la prohibición de adoptar políticas que empeoren la situación de los beneficiarios”, toda vez que lo que impide la normativa internacional es la adopción de “medidas gene-

rales” deliberadamente regresivas, más no de las particulares (conf. fs. 79). En términos análogos expresó que el programa asistencial establecido no puede calificarse de regresivo, por cuanto la política por él implementada no sólo no empeoró la situación de los beneficiarios, sino que la mejoró al conceder los beneficios transitorios (fs. 79 vta./80).

III.2.1. El 29 de diciembre de 2008 se dictó sentencia de primera instancia, en la cual se resolvió hacer lugar a mi acción de amparo y, en consecuencia, ordenar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que mientras subsista mi actual situación y la de mi hijo, me preste adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones previstas en el Decreto 690/06, o bien incorporándonos a cualquier otro plan que resguarde los fines habitacionales perseguidos en este proceso (pto. I de la parte resolutive).

III.2.2. Con fecha 3 de febrero de 2009, el GCBA interpuso recurso de apelación contra esa decisión (fs. 284/289), motivando la intervención de la Cámara de Apelaciones.

III.2.3. Durante la sustanciación del recurso, y antes de que recayera una decisión de la Cámara, se dictó el Decreto Nº 960/08, que modificó la regulación de los planes asistenciales en materia habitacional. No obstante, la nueva regulación mantuvo, en líneas generales, los defectos e inconsistencias que en su momento motivaron mi acción de amparo. Corrido un traslado a las partes para que alegáramos al respecto, presenté a fs. 190/196 mi escrito, en el cual manifesté, en síntesis, que la valoración del nuevo decreto a la luz del ordenamiento jurídico constitucional no superaba el test de legitimidad, en tanto vaciaba de contenido, operatividad, exigibilidad y eficacia al derecho fundamental a una vivienda digna. Puse de resalto, asimismo, que resultaba constitucionalmente objetable la persistente rigidez en cuanto a los montos máximos a percibir por los beneficiarios, en tanto esa limitación no contribuía a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos, de acuerdo al marco provisto por los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos. Concluí mi análisis señalando que, una sentencia que, ordenara la estricta aplicación de dicha norma resultaría una mera declaración de derechos y que su aplicación podría tornar ilusorio el acceso al derecho que pretende proteger y, por lo tanto, dejaría carente de toda utilidad el inicio de la presente acción puesto que dichos derechos ya se encuentran reconocidos por la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales a ella incorporados.

III.2.4. El 6 de abril de 2009 dictó sentencia la Cámara de Apelaciones,

rechazando el recurso de apelación y, en consecuencia, confirmando la sentencia de primera instancia (fs. 337/340).

En su decisión, la Cámara recordó el alcance y contenido que corresponde asignar a los Arts. 17 y 31 de la Constitución de la Ciudad, así como al Art. 11 del PIDESC. En tal sentido, si bien señaló que “el modo en que corresponde asistir al actor es resorte exclusivo de la Administración”, inmediateamente a continuación puso de resalto que “ello no empece a que, frente a la omisión estatal, el Tribunal ordene la debida asistencia, con las exigencias normativas transcriptas, sin por ello suplir las tareas propias del poder de ejecución” (consid. 8º, fs. 338 vta.).

De manera concordante, la Cámara sostuvo que no resulta posible sostener que “la situación de emergencia que denuncia el amparista -no desconocida por la contraria- haya cesado”, señalando en consecuencia que “constatada como se encuentra en autos la situación de emergencia de la actora y su hijo, como se deduce de los elementos de prueba acompañados al expediente que no fueron contrastados por la demandada, corresponde confirmar, en punto a la condena, la sentencia apelada, con el fin de otorgar certeza a la cobertura que brinda auxilio económico al grupo familiar de la demandante” (consids. 10, fs. 339).

El Tribunal hizo aplicación, para así resolver, del principio de no regresividad, al afirmar que la normativa dictada durante el transcurso de la *litis* sólo podría redundar en mi beneficio, es decir, sólo podría colocarme en una situación más favorable (consid. 11, fs. 339 y vta.). De esta forma, si bien la Cámara no desconoció el contenido del Decreto Nº 960/08 y de su norma reglamentaria (Res. Nº 1554-08), de todas formas estimó que frente a la acreditada situación de vulnerabilidad, y teniendo en cuenta que el monto de la nueva normativa podría resultar insuficiente para garantizar efectivamente el goce del derecho afectado, correspondía ordenar la provisión de un subsidio que asegure un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad (fs. 339 vta.).

III.3.1. Contra la sentencia reseñada en el apartado anterior la demandada interpuso el recurso previsto en los artículos 113, inc. 3º, de la Constitución de la CABA y 27 y ss. de la ley Nº 402 (fs. 347/357). En tal sentido, la demandada argumentó que se configuraba un caso constitucional, al afirmar que - a través de mi inclusión en el programa establecido por el Decreto Nº 690/06- había percibido “del GCBA la suma prevista en la normativa vigente en la materia, suma máxima que contemplaba en ese entonces la norma citada. Con ese pago la ayuda habitacional reglada estaba cumplida, el programa asistencial estaba agotado por cumplimiento del GCBA en tal sentido. La sentencia de Cámara inaplica en la especie el ordenamiento vigente en materia asistencial, resultando así no una derivación razonada del derecho vigente,

sino una sentencia arbitraria en los términos del máximo tribunal local” (cf. fs. 351, segundo párrafo del punto 2º acápito III.e). Asimismo, el GCBA consideró que la Cámara había efectuado una interpretación errada de las normas constitucionales involucradas, circunstancia que justificaba suficientemente su revocación (tercer agravio, fs. 354 y ss.).

III.3.2. Con fecha 8 de septiembre de 2009, la Cámara declaró admisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto (fs. 372/373).

III.3.3. Finalmente, el Tribunal Superior de Justicia resolvió, con fecha 12 de julio del corriente año, revocar la sentencia impugnada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en cuanto ordenó “la provisión de un subsidio que le permita a la actora y su grupo familiar abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado” y devolver las actuaciones para que, por aplicación del derecho analizado en el voto de los jueces Lozano y Conde a las circunstancias de la causa, se dicte un nuevo pronunciamiento que se expida con el alcance indicado en el punto 16 de la decisión (recaída en los autos “Alba Quintana, Pablo c/GCBA. y otros s/Amparo (Art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”).

Como fundamento principal de lo resuelto, la mayoría del Tribunal -voto de los Dres. Lozano y Conde- afirmó que los términos en que fue impuesta la condena al GCBA solamente eran compatibles con la implícita declaración de inconstitucionalidad del Decreto N° 960/08, de manera que entendió que se había suscitado un conflicto entre una ley local y la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, configurándose una cuestión constitucional compleja directa, prevista entre las que habilitan la intervención del Tribunal, según lo dispone el artículo 27 de la ley N° 402.

El TSJ -por mayoría- descalificó la sentencia de Cámara, al entender que ésta se apartaba del régimen previsto en el Decreto N° 960/08 (punto.13), señalando que el análisis de la cuestión litigiosa efectuado en la sentencia por los jueces de mérito fue insuficiente, en tanto éstos “con su decisión no vinieron a revisar el criterio de distribución de los recursos presupuestarios asignados [...] en base a parámetros constitucionales [...] sino que decidieron directamente cómo afectar esos recursos públicos [...] sin siquiera contar con elementos que muestren qué impacto puede tener esa resolución en el presupuesto”.

El Tribunal entendió que, para así decidir, no se encontraba limitado por las argumentaciones de las partes a efectos de establecer la inteligencia que debía asignarse a los preceptos constitucionales en

juego. En consecuencia, decidió efectuar un pormenorizado análisis del artículo 31 de la CCABA, cuyas conclusiones -lógicamente- se han proyectado sobre la decisión que se impugna mediante este recurso extraordinario federal.

En ese orden de ideas el Tribunal sostuvo que el artículo 31 de la CCABA reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado, enmarcándose en el contexto normativo de la Constitución Nacional y, asimismo, que éste debe ser interpretado como un desarrollo de los derechos acordados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art.75 inc. 22 de la CN), lo que supone asumir la regla de la progresividad prevista en el artículo 2.

Asimismo, la exégesis efectuada por el Tribunal se apoyó en la Observación General N° 3 del Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (DESC) y, a partir de esa visión expresa, se sostuvo que los medios apropiados para reglamentar el derecho a la vivienda son principalmente legislativos (punto 5.1); que las obligaciones de los estados son de medios y no de resultados y, asimismo, que estos deberes se extienden hasta la máxima medida de los recursos disponibles (punto 5.2.).

En sentido concordante, se sostuvo que la asignación de la ayuda estatal prevé prioridades -personas que padecen pobreza crítica o tienen necesidades especiales, con pocos recursos, que habitan viviendas precarias o se encuentran en situación de marginación-. A su vez, el TSJ afirmó que el artículo 10 de la ya mencionada Observación General N° 3 del Comité DESC obliga a los estados a asegurar un piso a los derechos que debe tutelar (punto 5.9); de allí que, a criterio del Tribunal, “en la interpretación del Comité, el parador estatal destinado a brindar ‘abrigo’ aparece como la expresión mínima del derecho a la vivienda”.

Por otro lado, el Tribunal también sostuvo que, conforme al principio de división de funciones a cargo de cada uno de los poderes del Estado, las sentencias judiciales deben aplicar, en concreto, los estándares susceptibles de ser descubiertos en las “normas” de aplicación a la temática habitacional (punto 7), a cuyos efectos el artículo 31 CCCABA suministra criterios que las medidas de los poderes políticos deben cumplir (punto 8), tal como ocurre con las prioridades fijadas en el inciso 1º.

Desde esa perspectiva, el Tribunal examinó pormenorizadamente ambas normas (esto es, los Decretos N° 690/06 y N° 960/08) que instrumentan el programa “Atención para Familias en Situación de Calle”, cuestionando que no hayan emanado del legislador y que no contengan previsiones claras que resguarden la igualdad entre los iguales en el reparto de los fondos (puntos 11 y 12).

No obstante, de todas formas se afirmó que la aplicación de los recursos presupuestarios, por naturaleza limitados, conduce a que los subsidios por montos parciales y temporarios -insuficientes para

solventar una vivienda digna- no resulten inconstitucionales frente al mandato establecido en el Art. 31 de la CCCABA, a diferencia de lo que entendió la Cámara (punto 13). En cambio, a criterio del Tribunal sí resultaría inconstitucional que la distribución de esos subsidios no respete el orden de prioridades que identifica en el artículo 31 CCA-BA, situación que puede ser presumida por los jueces “cuando el beneficio le es denegado a una persona que se halla dentro del universo de personas con prioridad” (punto 12).

A tenor de estas consideraciones, el Tribunal afirmó que el derecho a la vivienda incluye la obligación de brindar la protección de un techo o albergue básico pero, al mismo tiempo, que ese deber no equivale “a solventar el costo de una vivienda”.

Finalmente, y a modo de síntesis de los argumentos esbozados en la decisión, en el punto 15 del voto de la mayoría se sostuvo que “el bloque normativo que regula el derecho a la vivienda no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda, los subsidios son medios paliativos que pueden ostentar carácter parcial y temporario sin que corresponda a los jueces asignarlos aunque a ellos toca asegurar que esa asignación respete las prioridades previstas en el Art. 31 de la CCBA, pudiendo presumirse que la vigencia del beneficio debe mantenerse cuando el accionante cumple con la carga de probar su situación prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen. Finalmente, quienes no estén en esa hipótesis, pero pertenezcan al universo de individuos que toca al GCBA asistir quedan alcanzados por la obligación de brindar ‘abrigo’ como expresión mínima del derecho a la vivienda contemplado en el bloque normativo aplicable (CCBA, CN y PIDESC)”.

El examen *in extenso* de los argumentos contenidos en este fallo serán expuestos en las páginas que siguen. A ellos me remito a fin de evitar innecesarias reiteraciones.

IV.AGRAVIOS

IV.1. REMISIÓN A OTRO PRECEDENTE. CONTRADICCIÓN CON EL CONTENIDO SUBSTANCIAL DE LA DECISIÓN ADOPTADA

Comenzaré mi exposición señalando que, en la sentencia recurrida, para sustentar su decisión revocatoria la mayoría del TSJ remite a los argumentos expuestos en su decisión del 12 de mayo de 2010 en los autos “Alba Quintana Pablo c/GCBA y otros s/amparo (Art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” (Expte. N° 6754/09).

Pues bien, al respecto debo señalar que la decisión adoptada por el Tribunal en el *sub lite* hace extensible los argumentos enunciados en el precedente reseñado a todo un universo de personas en situación de

vulnerabilidad social, sin efectuar ningún tipo de matiz, consideración particular o distinción.

Debo señalar aquí, a modo de aclaración preliminar, que este proceder se evidencia como contradictorio con el contenido substancial de la decisión recurrida, por cuanto -tal como expondré a continuación- ésta exige, entre otras cosas, que los jueces de grado evalúen la “condición” y “grado” de pobreza del amparista a efectos de establecer un “orden de prioridades” en el acceso a la ayuda estatal.

En consecuencia, la aplicación generalizada y mecánica a un universo de sujetos de la solución jurídica diseñada para una situación particular, sin ningún tipo de adaptación, resulta incompatible con la exigencia de evaluación individual que, a su vez, la sentencia exige a los jueces de grado.

IV.2. DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO SUBJETIVO DEL QUE ES TITULAR EL ACTOR

Comenzaré mi exposición señalando que, en términos generales, las manifestaciones vertidas por el Tribunal Superior de Justicia en los puntos 5.1, 5.2, 5.7 y 9 del decisorio recaído en los autos “Alba Quintana, Pablo c/GCBA. y otros s/Amparo (Art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, son de carácter retórico y, por consiguiente, no guardan relación con el caso constitucional planteado, en los términos en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación entiende la noción de “causa judicial” (Fallos:156:318; 307:2384; 317:335, entre muchos otros). Más bien denuncian una omisión genérica por parte de los poderes legislativos nacional y local, de sus respectivas obligaciones y desgranar consideraciones acerca de su naturaleza y alcances.

En efecto, no alcanza a vislumbrarse de qué forma dichas reflexiones con carácter de *obiter dictum* me resultarían oponibles, en cuanto mi condición particular me sitúa como un miembro vulnerable de la sociedad, residente en la Ciudad de Buenos Aires y que carece -además- de facultades o potestades para hacer variar alguna de las circunstancias apuntadas.

Por el contrario, de acuerdo a la propia exégesis del Tribunal es a la Ciudad de Buenos Aires a quien le corresponde tomar las medidas necesarias “hasta el máximo de los recursos de que disponga” y, entonces, demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar el máximo de los recursos que están a su disposición para satisfacer sus obligaciones (conf. OG 3, pts. 9 y 10). En autos, dichas cargas no han sido satisfechas en absoluto.

En el hilo de su razonamiento el Tribunal destruye el núcleo esencial del derecho a la vivienda, cuando con pretensión de universalidad

predica: “No existe un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir de forma inmediata y directa de la Ciudad la plena satisfacción de su necesidad habitacional. Si en cambio para que el universo de destinatarios a quienes el GCBA debe asistir, pueda requerir la cobertura habitacional indispensable- sea a través de hogares o paradores- conforme se explicará más adelante”.

De ese modo, se escamotea el real contenido que cabe asignar al Art. 14 bis de la Constitución Nacional en lo que respecta al derecho a una vivienda digna, a los diversos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional que lo receptan en su articulado y, en la esfera local, al Art. 10 de la Constitución de la Ciudad, que constituyen vallas infranqueables para cualquier argumentación que intente retrotraernos a la época en que las normas constitucionales que reconocen derechos sociales eran consideradas un mero “catálogo de ilusiones” o bien simples normas programáticas en la mejor de las hipótesis para el reclamante de una prestación estatal.

Sobresale nítidamente una visión asistencial propia del llamado Estado de Bienestar, entendido como una construcción discursiva de fines del siglo XIX, que históricamente se identifica fuertemente con el impulso de políticas previsionales y de seguros como las que correspondieron al modelo del gobierno de Bismarck, en las que la atención de los pobres responde a estrategias oportunistas, revelándose los beneficios de las políticas sociales más como deberes de la Administración destinados a resguardar la “governabilidad” que como derechos exigibles por sus titulares.

IV.3. DESCONOCIMIENTO DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA

IV.3.1. Agravia a mi parte la inteligencia que el TSJ asigna al derecho constitucional a una vivienda digna, a partir de un enfoque que niega el sentido que cabe otorgarle a la luz de las normas constitucionales relevantes, los tratados de derechos humanos aplicables y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la materia.

En tal sentido, la argumentación desplegada por el TSJ en la decisión recurrida impone la necesidad de detenerse a analizar aspectos esenciales de esta clase de derechos tales como su contenido, alcance y operatividad, en tanto éstos determinan, en concreto, el marco conceptual en el cual se materializa su goce y ejercicio por parte de su titular. Según se verá a continuación, el plexo jurídico en el que se enmarca este caso impone una desestimación rotunda del enfoque efectuado por dicho Tribunal de la cuestión debatida.

IV.3.2. El derecho internacional de los derechos humanos ha enriquecido los contenidos de nuestra Constitución Nacional y de las correspondientes a las autoridades de provincia (incluida aquí la CABA) con una extensa nómina de obligaciones que incumben a los Estados respecto de los derechos que esos instrumentos reconocen. Su cumplimiento, claro está, es insoslayable y exigible judicialmente.

En lo que interesa a este caso, esos deberes se agrupan bajo el título común de “compromiso de adoptar medidas”, cuyo sustento normativo se encuentra, en el plano supranacional, en los Arts. 2.1 del PIDESC, 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y 1º del Protocolo Adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales (“Protocolo de San Salvador”). En el ámbito doméstico puede encontrarse en los Arts. 11, 17 y 31 de la CCABA así como en todas aquellas normas que imponen al Estado la realización de “acciones positivas” que posibiliten el ejercicio pleno de los derechos constitucionales.

Se trata, según lo consideran los órganos internacionales de vigilancia y protección de derechos fundamentales, de obligaciones de respetar, de proteger y de cumplir que imponen la necesidad de implementar, de manera inmediata, actos (en sentido amplio) concretos, deliberados y orientados lo más claramente posible hacia la satisfacción total de los compromisos asumidos (conf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 3, párrafo 2). Dicho en otros términos: “producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado Parte [...] los medios elegidos para dar cumplimiento al Pacto tienen que garantizar el cumplimiento de [sus] obligaciones...” (conf. Observación General N° 9, párrafos 5 y 7).

Resulta, entonces, una aplicación del recordado principio del *effet utile*, al cual se ha referido el Tribunal Americano en otros casos y que significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que la Convención Americana de Derechos Humanos sea cumplida y puesta en práctica en el orden jurídico interno, adaptándose la actuación estatal a la normativa de protección del tratado, lo que supone también “remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce” (caso “Hilaire, Constantine y Benjamín y otros”, cit., párr. 112 y 151).

Todo ello, en el entendimiento de que el objetivo primordial de todo el sistema protectorio en materia de derechos humanos, finca, en definitiva, en proveer medidas necesarias para que la vida revista condiciones dignas (conf. entre otros, Opinión Consultiva OC-17/02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 28/08/02, Serie A, N° 17, párr. 80), poniéndose en juego la garantía estatal cada vez que

la persona se encuentre en situación de vulnerabilidad por causas ajenas a su voluntad, brindando los medios de protección que permitan el desarrollo armonioso de la personalidad, el disfrute de los derechos que le han sido reconocidos y la superación de ese estado de vulnerabilidad (ibid., párr. 53, 88 y 93).

IV.3.3. Por su parte, en cuanto a la determinación de quiénes son los destinatarios de los derechos y garantías establecidos en el sistema internacional de protección de los derechos humanos, cabe recordar lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-2/82 (de fecha 24/09/82) sobre “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 74 y 75)”. En la citada opinión, el órgano interamericano señaló que “[...] los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes”.

De los párrafos transcritos se desprende claramente que, cuando se trata de interpretar tratados sobre Derechos Humanos, adquiere singular relevancia, conjuntamente con el principio de buena fe, el principio *pro homine*. En tal sentido, se ha señalado que éste es “un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos. En virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre” (Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la interpretación de los derechos humanos”, en Abregú, M. y Courtis, C. (compiladores). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Editores del Puerto, 1997, pág. 163 y siguientes).

IV.4. DESCONOCIMIENTO DEL DEBER DE PROGRESIVIDAD A TRAVÉS DE UNA EXÉGESIS REGRESIVA

IV. 4.1. Acierta sin duda el TSJ cuando señala que del deber de “progresividad” en la satisfacción de los derechos sociales (Art. 2 del PI-

DESC y punto 9 de la OG Nº 3) es de resultado e inmediatamente exigible y que los pasos exigibles a los Estados deben ser deliberados y concretos en dirección a esa meta.

Sin embargo, la inferencia que acompaña a esa reflexión nuevamente subvierte la premisa de la que parte, pues ignora al hombre real y situado en su concreta biografía, al que deberá atender en el “caso” que se presenta a su decisión. Es así que sostiene que “En esa línea, no cabe medir la mejora según lo que toque a cada individuo, tal como parece ser la concepción del *aquo*, sino que debe serlo globalmente para toda la población”, sin agregar algún dato o elemento que permita vincular dicha aseveración con las constancias de la causa o alguna evidencia o prueba copiada; o alguna excepción o defensa esgrimida por el Gobierno de la Ciudad.

De tal modo la sentencia resulta arbitraria, por exhibirse parcial, carente de fundamentos, *ultra petita* al fallar más allá de los agravios contenidos en el recurso de inconstitucionalidad del GCBA; extraña a las concretas particularidades de la causa en la que el actor requiere que se condene al estado de la Ciudad de Buenos Aires a satisfacer su derecho a la vivienda a través de algún medio material idóneo.

IV.4.2. A contramano de la versión que predica el Tribunal, la correcta interpretación de los tratados de derechos humanos conduce a aplicarlos con un alcance extensivo y no restrictivo de los derechos que enuncian y reconocen.

Por su parte, este criterio ha sido receptado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Sánchez” (sentencia del 17 de mayo de 2005), donde se señaló que “los tratados internacionales promueven el desarrollo progresivo de los derechos humanos y sus cláusulas no pueden ser entendidas como una modificación o restricción de derecho alguno establecido por la primera parte de la Constitución Nacional (Art. 75, inc. 22). La consideración de los recursos disponibles de cada Estado -conf. Arts. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- constituye una pauta que debe evaluar cada país al tiempo de establecer nuevos o mayores beneficios destinados a dar satisfacción plena a los compromisos asumidos por esos documentos, más no importa disculpa alguna para desconocer o retacear los derechos vigentes (conf. Art. 29 de la convención citada). Debe suponerse que el legislador ha sopesado los factores humanos, sociales y económicos al establecer la extensión de las prestaciones reconocidas y no corresponde a los jueces sustituir dicha valoración mediante razonamientos regresivos que, en la práctica, sólo conducen a negar el goce efectivo de esos derechos en los momentos de la vida en que su tutela es más necesaria”.

De acuerdo con los principios enunciados sobre las condiciones de vigencia de los derechos humanos en la esfera internacional y nacional, se ha previsto expresamente su progresividad, más la expresa prohibición de la regresividad.

Sin perjuicio de que volveré sobre esta cuestión infra, es menester destacar que el Comité DESC ha dispuesto en la -ya varias veces citada- Observación General N° 3 que “la principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas “para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]. La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo [...] Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales [...]. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga” (pto. 9).

IV.5. DESCONOCIMIENTO DEL UMBRAL MÍNIMO PARA EL EFECTIVO GOCE DEL DERECHO

IV.5.1. De igual modo, surge claramente de las normas supranacionales aplicables que los Estados deben garantizar, al menos, un umbral mínimo de efectivo goce de los derechos humanos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

En efecto, las autoridades estatales (incluidas, obviamente, las de la Ciudad de Buenos Aires) se encuentran comprometidas internacionalmente a respetar ese contenido mínimo de los derechos humanos. Según el Comité DESC este deber se desvincula de la disponibilidad de recursos o de cualquier otro factor o dificultad, puesto que de otra forma el PIDESC “carecería en gran medida de su razón de ser” (Oser-

vación General N° 3, párr. 10; Directrices de Maastricht, párr. 9 y 10).

En la misma línea, los Principios de Limburgo señalan la existencia de un deber de garantizar el respeto de derechos mínimos de subsistencia, así como el de proporcionar servicios esenciales, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico (párr. 25 y 28). Asimismo, se hace referencia a esta obligación con el calificativo de “inderogable”, señalándose también que un Estado “no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento” (Observación General N° 14, cit., párr. 47). Por su parte, las Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos Económicos, Sociales y Culturales (enero de 1997) en su punto 9º establecen que “un Estado incurre en una violación del Pacto cuando no cumple lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denomina ‘una obligación mínima esencial de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos [...] Por ejemplo, incurre *prima facie* en una violación del Pacto un Estado Parte en el cual un número significativo de personas se ven privados de alimentos esenciales, atención básica de salud, habitación y vivienda mínima o las formas más básicas de enseñanza’. Estas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independientemente de la disponibilidad de recursos en el país de que se trate o cualquier otro factor o dificultad”.

IV.5.2. De esta forma, ese contenido básico de todos los derechos da lugar a un derecho mínimo absoluto, que se encuentra indisolublemente ligado a la salvaguardia de la propia existencia, dignidad y libertad de la persona humana (Cançado Trindade, Antonio Augusto, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional”, Revista Lecciones y Ensayos, Vol. 69/71, 1997-1998).

A tenor de estas directrices, es evidente que para que un Estado pueda invocar legítimamente incapacidad para cumplir con estas obligaciones por razones que están fuera de su control, tendrá en tal caso “la obligación de probar que ello es cierto y que no ha logrado recabar apoyo internacional” (Comité DESC, Observación General. 3, párr. 10, y Observación General 12, párr. 17), así como también deberá demostrar que “se empeñó en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos en las circunstancias reinantes” (Observación General 3, párr. 11).

En el presente caso no sólo la reglamentación contenida en el Decreto N° 960/08 resulta regresiva, porque si bien incrementa el monto del subsidio- indispensable para satisfacer las tarifas de los hoteleros-impide su prórroga una vez agotado la percepción de las diez cuotas, sino que elimina la matriz que modelaba la aplicación del Decreto N° 690/06, en cuanto debía acompañarse a las familias en la superación de su situación de emergencia habitacional, tal como expresamente se

hallaba previsto en el Decreto N° 607/96, que disponía que las prestaciones de los programas habitacionales tenían por finalidad superar las condiciones que habían obligado a las familias a ser destinatarios de la ayuda estatal.

En cualquier caso, a consecuencia de lo dispuesto en la sentencia recurrida, habré de pasar de ser beneficiaria de un subsidio que me permitía abonar la tarifa de la habitación de un hotel con mínimas comodidades, a requerir alojamiento en un “parador” que ofrece alojamiento nocturno, sin posibilidad de gozar de alguna privacidad o aislamiento como requiere la normativa supranacional, en condiciones de salubridad y seguridad precarias y deficientes, a punto tal que han motivado la interposición de amparos en salvaguarda de la dignidad de quienes allí pernoctan (conf. causa “Triarte Miguel Ángel y otros c/GCBA y otros s/ amparo [Art. 14 CCABA]”, Expte. EXP N° 29872/0 del registro de la Justicia CAyT de la Ciudad, Juzgado N° 8, Sec. N° 15), al igual que ocurre respecto del otro albergue de la Ciudad, el Hogar España permanentemente cuestionado (que también suscitó la interposición de una acción judicial en la causa “Pérez, Victor c/ GCBA s/Amparo”, EXP 11884/0 también del registro de la Justicia CAyT de la Ciudad).

En tal sentido, cabe recordar que el derecho a una vivienda digna también ha sido receptado en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, por cuanto su artículo 10 dispone que “todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Éstos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”, mientras que en el artículo 31 se establece que “La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello: 1) Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos; 2) Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva; 3) Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones”.

IV.5.3. Vemos así que, a la luz de las normas supranacionales, nacionales y locales citadas, y en el contexto de los principios sobre interpretación en materia de Derechos Humanos enunciados supra, la vivienda se erige como un “derecho de todo hombre, mujer, joven y niño a

tener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y dignidad” (conf. la definición propuesta por el relator especial designado por la ONU, informe especial del 13 de febrero de 2008).

En términos análogos, la Estrategia Mundial de la Vivienda define la vivienda adecuada de la siguiente manera: “disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”.

Por su parte, el Comité DESC ha definido al derecho a la vivienda en los siguientes términos: “En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, `la dignidad inherente a la persona humana`, de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término ‘vivienda’ se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada. Como han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párrafo 5: “el concepto de `vivienda adecuada` significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable” (Comité DESC, Observación General 4, punto 7, de 1991).

En definitiva, de lo hasta aquí dicho resulta que la vivienda, para ser tal, debe ser un ámbito adecuado en donde pueda sustentarse y desarrollarse la libre elección y la materialización del propio plan de vida de un individuo (Art. 19 CN).

Bien se comprenderá, entonces, que prácticamente todos los derechos enunciados en las normas constitucionales y en los tratados internacionales se tornan de ilusorio ejercicio cuando se deambula por la ciudad sin un hogar, pues, cabe insistir, “no hay posibilidad de habitar parcialmente. Se tiene o no se tiene habitación” (tal como lo dijo la

Corte Suprema hace casi un siglo; conf. causa “Ercolano, Agustín c/ Lanteri de Renshaw, Julieta”, Fallos: 136:170).

Como se ha visto, lo expuesto anteriormente permite dar por tierra con la equivocada tesis del Tribunal Superior de Justicia, en cuanto a que el derecho a una vivienda digna nace, se ejerce y se extingue de conformidad con la política pública -en el caso, el plan asistencial- que se encuentre ocasionalmente vigente en este ámbito territorial, más allá de la cual ninguna prestación es exigible ni, por ende, existe obligación alguna a cargo de la autoridad administrativa.

Más aún cuando la alambicada construcción del concepto llevada a cabo por el Tribunal intenta transformar un “refugio” en una vivienda, sólo porque ambos términos han sido utilizados en conjunto en alguna traducción de las normas del PIDESC (punto 5.9 de la sentencia del TSJ).

IV.5.4. Así las cosas, las consideraciones precedentes me permiten afirmar que la exégesis de los textos constitucionales que propone el TSJ supone vaciar de contenido al derecho cuya protección reclamo mediante esta acción de amparo y, al mismo tiempo, implica disolver su existencia, vigencia, operatividad y efectividad, asimilándolo a las denominadas atribuciones o facultades precarias, las que constituyen básicamente una “tolerancia” de la administración pública pero nunca constituyen para el beneficiario un derecho subjetivo.

En efecto, la aplicación de estos conceptos al caso de autos permite advertir que si la sentencia del TSJ que convalida la decisión del GCBA de desentenderse de auxiliarme en mi precaria condición (porque se habría consumido el plazo reglamentario o la atención de mi necesidad excedería el monto fijado) no es revocada, no tendré entonces ninguna posibilidad de ejercer, de manera real y efectiva, mi derecho a una vivienda digna, puesto que la inexorable consecuencia de tal curso de acción sería, simplemente, mi regreso a la “situación de calle”, lo que en ningún modo puede ser considerado como una alternativa razonable para el goce del derecho en cuestión.

En cambio, la decisión de la Cámara -revocada por el TSJ- que ordenaba “la provisión de un subsidio” que me “permitiese abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad” solamente se ceñía a los postulados constitucionales e internacionales detallados *supra*, cuya instrumentación ejecutiva no puede hacerles perder la virtualidad y efectividad que anidan en su misma concepción.

En efecto, la sentencia parte de mi “situación de vulnerabilidad” y de la innegable constatación de que “el monto establecido por la citada normativa (decreto N° 960/08) podría resultar insuficiente para garantizar el derecho afectado”. De allí el contenido material de la condena al GCBA antes descripto.

IV.6. DESCONOCIMIENTO DE LA OPERATIVIDAD DEL DERECHO A LA VIVIENDA EN BASE A SUPUESTAS “LIMITACIONES DE RECURSOS”

IV.6.1. Finalmente debo señalar que, en la decisión cuestionada, el TSJ hace constante referencia a la “relevancia presupuestaria” que supone el reconocimiento pleno del derecho a una vivienda digna, en términos por demás cuestionables.

Así, puede verse en la sentencia que el Tribunal señala que “la visión marco del asunto, el modo de abordarlo, la determinación de los recursos disponibles, su aplicación eficiente, corresponden privativamente al ámbito legislativo y, en ese terreno, al Ejecutivo como co-legislador [...] Solamente en el ámbito legislativo puede establecerse el modo de afectar y distribuir recursos [...] A su turno, es evidente que no corresponde al Poder Judicial seleccionar políticas públicas ni expedirse en torno a su idoneidad o conveniencia [...] Dispuesta la afectación de recursos por los jueces, el compromiso quedaría petrificado en el tiempo, al margen de la realidad presupuestaria” (punto 7, énfasis agregado). Luego, más adelante se señala que “La ausencia de [las reglas legislativas que determinen la forma en que el Ejecutivo y el Poder Judicial deben tratar la problemática habitacional] puede dar lugar al clientelismo mencionado más arriba, como así también, a que un poder que no tiene a su cargo votar el presupuesto venga a determinar en qué forma deben gastarse los recursos estimados” (punto 9). Asimismo, el TSJ sostiene, complementariamente, que “los jueces de mérito no vinieron a revisar el criterio de distribución de los recursos presupuestarios asignados, en el caso, a subsidios para acceder a una vivienda, en base a parámetros constitucionales, cosa que habría sido el ejercicio de competencias que le son propias (cf. Puntos 7 y 8 de este voto) sino que decidieron directamente cómo afectar esos recursos públicos, facultad esta última privativa del Poder Legislativo y, por ende, ajena al Poder Judicial. Ello, a su vez, fue decidido sin siquiera contar con elementos que muestren qué impacto puede tener esa resolución en el presupuesto” (punto 13, énfasis agregado).

Pues bien, en relación con esta cuestión es relevante señalar, en primer lugar, que no es objeto de controversia que los derechos sociales suponen un costo económico para el Estado obligado, en tanto implican la asignación de recursos a fin de organizar los servicios y solventar las prestaciones que permitirán efectivizar su goce.

No obstante, si se tiene en consideración la ya explicada complementariedad e interdependencia de todas las categorías de derechos humanos, es posible advertir que -muchas veces- la objeción sobre el

“costo” del derecho a la vivienda es más aparente que real ya que, como agudamente ha dicho Ruiz Miguel, “ningún derecho, como ninguna comida, es gratis” (Ruiz Miguel, Alfonso, *Derechos liberales y derechos sociales*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 15/16, 1994, pp. 659-660), añadiendo que muy pocos derechos, especialmente en los complejos sistemas político-sociales actuales, son baratos, puesto que, por ejemplo, el aparato administrativo y judicial necesario para atender decorosamente las funciones preventiva, represiva y organizativa en garantía de los derechos clásicos (vgr. civiles y políticos) requiere de la asignación de cuantiosos recursos.

Y es, justamente, por estas razones que no puede hacerse un uso dogmático y abstracto del tema, como pretende hacer el TSJ en su decisión.

Por su parte, la ilegitimidad de la decisión recurrida se hace patente ni bien se comprueba que, en el pronunciamiento recurrido, no se exige a las autoridades administrativas -como ya se explicó supra- la demostración que exige el ordenamiento internacional consistente en haber “realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición” (Comité DESC, Observación General N° 3, citada; en igual sentido, Directrices de Maastricht, párr. 13: “un Estado que afirma que no puede cumplir con su obligación por motivos ajenos a su control, tiene la responsabilidad de comprobar que éste es el caso”).

Por su parte, la Corte Suprema ha sentado un valioso estándar sobre este punto al señalar: “[L]a consideración de los recursos disponibles de cada Estado -conf. Arts. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Sociales- constituye una pauta que debe evaluar cada país al tiempo de establecer nuevos o mayores beneficios destinados a dar satisfacción plena a los compromisos asumidos por esos documentos, más no importa desconocer o retacear los derechos vigentes (conf. Art. 29 de la convención citada). Debe suponerse que el legislador ha sopesado los factores humanos, sociales y económicos al establecer la extensión de las prestaciones reconocidas y no corresponde a los jueces sustituir dicha valoración mediante razonamientos regresivos que, en la práctica, sólo conducen a negar el goce efectivo de esos derechos en los momentos de la vida en que su tutela es más necesaria” (cf. causa “Sánchez, María del Carmen c/ ANSES s/ reajustes varios”, sentencia del 17 de mayo de 2005, considerando 6º del voto mayoritario, causa S.2758.XXXVIII).

Para que el Estado pueda invocar su incapacidad de cumplir con su obligación de garantizar, al menos, un estándar mínimo de satisfacción del derecho a la vivienda, debe necesariamente demostrar, primero, que ha intentado todos los cursos de acción a su alcance (incluyendo, por caso, recurrir a la ayuda internacional) y, luego, que ha adoptado

todas las medidas a su alcance para asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos en las circunstancias de emergencia imperantes.

Es que, a falta de demostración de tales extremos, no resultaría legítimo subordinar el valor constitucional “justicia social” -entendido como la exigencia política de garantizar las condiciones materiales mínimas requeridas para poder llevar adelante una vida autónoma- a los vaivenes de las políticas financieras presupuestarias (Corti, Horacio, Derecho Constitucional Presupuestario, 2007, Lexis Nexis, pág 889 y ss.).

V. RESERVA DE LA JURISDICCION SUPRANACIONAL

Para el hipotético caso de no ser admitido el recurso extraordinario federal, se formula la reserva de acudir oportunamente a la jurisdicción supranacional -Art. 44 y ss. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- en virtud de la índole de los principios y derechos fundamentales cuya violación se atribuye a la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos que ha negado mi derecho a la dignidad, la salud y a una vivienda digna, provocando, además, la afectación de la garantía a la defensa y a una tutela judicial efectiva.

VI. PETITORIO

Por todo lo expuesto solicito:

1. Al Tribunal Superior de Justicia: a) Me tenga por presentada, por constituido el domicilio y por interpuesto en legal tiempo y forma el recurso extraordinario federal; b) sustancie el recurso interpuesto y, en su oportunidad, lo declare admisible;

2. A la Corte Suprema de Justicia de la Nación: Se haga lugar al recurso y, en su mérito, se revoque la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires de fecha 12 de julio de 2010; en su caso (Art. 16, ley N° 48), se confirme la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de fecha 6 de abril de 2009;

3. Se tenga presente la reserva formulada en el acápite V.

PROVEER DE CONFORMIDAD

SERÁ JUSTICIA

INTERPONE QUEJA POR RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL DENEGADO

Excma. Corte:

Sonia Yolanda QUISBERTH CASTRO, por derecho propio y en representación de mi hijo menor Jordi Heraldo QUISBERTH CASTRO, con domicilio real en San Nicolás 50, habitación "32", Hotel "La Sole", Ciudad Autónoma de Buenos Aires, constituyendo domicilio procesal en la calle Combate de los Pozos 155, 5º piso, Ciudad de Buenos Aires, con el patrocinio letrado del Sr. Defensor General del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Dr. Mario Jaime KESTELBOIM, nos presentamos y respetuosamente decimos:

I. OBJETO

I.1. En legal tiempo y forma, venimos a interponer un recurso de queja, en los términos del artículo 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 4 de octubre de 2010, por la cual se deniega el recurso extraordinario federal interpuesto en el Expediente N° 6824/09 de su registro, en autos caratulados "Quizberth Castro Sonia Yolanda c/GCBA s/amparo (Art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido".

I.2. Toda vez que la notificación de la sentencia referida se realizó con fecha 6 de octubre de 2010, esta presentación directa se realiza dentro del plazo estipulado en el artículo 282 del Código Procesal citado.

I.3. Por su parte, hacemos saber que no se ha efectuado el depósito a que se refiere el artículo 286 del CPCCN, en virtud de la inteligencia que V.E. le ha otorgado a la exención prevista en el Art. 13, inc. b, de la ley 23.898, según la cual, tratándose de una acción de amparo corresponde diferir la decisión sobre la exigibilidad de la suma impuesta por el artículo citado en primer término a la resolución por el Tribunal en la queja (cf. Fallos: 324:3602, Echavarría, Ana María Lourdes c/ Instituto de Obra Social, E.47.XXXVI, 23/10/01; M.1227. XL., Mellicovsky, Lidia Beatriz s/ hábeas data, sentencia del 2/12/04, entre otros; igual criterio ha sido adoptado en otros exptes. donde intervino esta Defensoría General, por ejemplo, *in re* "Prichoda Darío c/ GCBA s/Amparo", Expte. 1709/06, Letra P, RHE, entre otros).

Asimismo, ponemos en conocimiento del Tribunal que, simultáneamente con la interposición del recurso extraordinario, solicitamos ante la Justicia CAyT de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la concesión de un beneficio de litigar sin gastos (Expte. 12.643, que tramita ante el Juzgado N° 12, Secretaría N° 24, se acompaña copia del escrito de inicio). Oportunamente haremos saber a V.E. las resultas de éste.

Igualmente, en cumplimiento de lo dispuesto en la Acordada N° 13/90 hacemos saber que los datos personales de la actora son los siguientes: Sonia Yolanda Quisberth Castro, DNI 93.965.612, con domicilio real en San Nicolás 50, habitación "32", Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

I.4. Cumpliendo con las pautas prescriptas en la Acordada N° 4/2007, se adjunta la carátula pertinente (Art. 5º) y la totalidad de las copias que se indican en el Art. 7º.

II. AGRAVIOS

Mediante su sentencia del 4 de octubre pasado, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires (TSJ) rechazó el recurso extraordinario federal deducido contra su anterior fallo del 12 de julio del corriente año, por intermedio del cual se hizo lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de la CABA, se revocó la sentencia de la Cámara de Apelaciones en CAyT y, finalmente, se ordenó reenviar la causa a dicho tribunal para que éste se expida "con el alcance señalado en el punto 16 del voto de los Sres. Jueces Ana María Conde y Luis Francisco Lozano en la sentencia pronunciada el 12 de mayo de 2010 en la causa `Alba Quintana, Pablo c/GcBA y otros s/ amparo (Art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido' Expte. N° 6754/09".

De la lectura de la decisión que se cuestiona a través de esta presentación directa, resulta que hay un argumento principal en el cual se sustenta la declaración de inadmisibilidad del recurso federal, esto es: la inexistencia de sentencia definitiva. En tal sentido, la mayoría del TSJ considera que "La decisión del Tribunal que se objeta dispuso '...reenviar la causa a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que los mismos que entendieron en ella se expidan con el alcance señalado en el punto 16 del voto de los Sres. jueces Ana María Conde y Luis Francisco Lozano en la sentencia pronunciada el 12 de mayo de 2010 en la causa `Alba Quintana, Pablo c/GCBA y otros s/ amparo (Art. 14 CCABA) s/ recurso de incons-

titucionalidad concedido' expte. N° 6754/09...'. En esas condiciones, la suerte del proceso no ha sido aún definida en la jurisdicción local con un pronunciamiento definitivo. La decisión cuestionada, entonces, no es la sentencia definitiva que exige el Art. 14 de la ley N° 48 (Fallos: 321:2137; 329:2567, entre otros)" (el énfasis corresponde al original).

De conformidad con lo que detallamos a continuación, el único argumento en el cual el TSJ sustenta el rechazo del recurso extraordinario planteado resulta equivocado y, en consecuencia, corresponde que V.E. haga lugar a la queja impetrada.

II.1. EXISTENCIA DE SENTENCIA DEFINITIVA

II.1.1. Tal como explicamos en el recurso extraordinario, la decisión que se impugnó por su intermedio (sentencia del TSJ del 12 de julio) reviste el carácter de "sentencia definitiva" en los términos en que es exigido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En efecto, los lineamientos que debe seguir la Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero CAyT al momento de emitir el nuevo pronunciamiento conforme ha sido impuesto por la sentencia recurrida llevan, necesariamente, a una única alternativa: la desestimación de la acción de amparo.

En tal sentido no es posible soslayar que, a través de la acción de amparo interpuesta, requerimos en la instancia jurisdiccional que se reconozca y tutele de manera plena nuestro derecho constitucional a una vivienda digna, a la salud y a la dignidad, todo ello a la luz del alcance y contenido que corresponde asignarles según las prescripciones de la Constitución Nacional, las disposiciones contenidas en diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional (en especial, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y la interpretación que de ellas ha efectuado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sus decisiones.

Sin embargo, si bien en el pronunciamiento objetado el TSJ ordena a la Cámara que dicte una nueva sentencia, al mismo tiempo fija una serie de condiciones y pautas para su dictado que parten de una interpretación sesgada, irrazonable, insuficiente y, por ende, inconstitucional del alcance y contenido del derecho a la vivienda que, finalmente, terminan por negarle su carácter de derecho humano de naturaleza operativa.

A tenor del contenido mínimo y puramente "asistencial" que el TSJ le asigna al derecho a la vivienda, la interpretación efectuada en la sentencia cuestionada colisiona, inevitablemente, con la propia naturaleza de la pretensión esgrimida al demandar, cuyo objeto es que se reconozca y garantice nuestro derecho a la vivienda de

manera plena, a través de una prestación de naturaleza habitacional adecuada a nuestra situación.

Es claro, entonces, que si el Tribunal de grado tiene en consideración las “pautas” que la decisión del TSJ le fija, no existe posibilidad alguna de que se dicte una sentencia favorable a nuestros intereses, toda vez que, en tal caso, el alcance que debería reconocerse al derecho constitucional a la vivienda se vería reducido a un estándar de asistencia minimalista, conforme a criterios estratégicos y oportunistas de la burocracia de turno y circunscripto solamente -en los términos de la sentencia- a la asignación de un “techo” o “albergue básico” que se limita a la asistencia en “paradores”, es decir, a la negación de un derecho fundamental.

II.1.2. Para comprender mejor por qué la sentencia recurrida es “definitiva” en los términos exigidos por la ley N° 48, resulta relevante analizar algunos de los “lineamientos”, que la decisión de la Cámara debe seguir al dictar una nueva decisión.

En primer lugar, según la óptica del TSJ, deben los jueces de la Cámara evaluar el cumplimiento de los criterios de prioridad en la asignación de la ayuda estatal, conforme lo estipula la reglamentación vigente, plasmada en el Decreto N° 960/08 y en la Resolución N° 1554/MDSGC (normas que consideramos inconstitucionales en nuestro recurso). En el contexto de semejante escrutinio, equivalente a un ranking de pobreza, se pretende exponer a la población vulnerable a exigencias antinaturales o antihumanas, contrarias al reconocimiento de sus derechos fundamentales de carácter universal.

En segundo lugar, de acuerdo con las pautas fijadas, los jueces habrán de ponderar los efectos que su decisión tiene en la utilización de los recursos presupuestarios, tarea francamente diabólica y, por lo demás, ajena a la labor de los tribunales judiciales.

Luego, en el contexto de las reglas que impone la sentencia, los magistrados deberían analizar el estricto cumplimiento de los requisitos que la reglamentación -nuevamente, la Resolución N° 1554/MDSGC cuya constitucionalidad impugnamos- exige para quienes se postulan para ser beneficiarios de un subsidio y, entonces, superar los óbices inconstitucionales que ésta impone para el acceso al subsidio. Así, a modo de ejemplo cabe mencionar que, en los términos de la mencionada resolución, el beneficiario debería encontrarse en “situación de calle” y, al mismo tiempo, tener dos años de residencia en la Ciudad. Si por cualquier motivo se hubiera mudado transitoriamente en busca de resguardo o para requerir cualquier clase de auxilio fuera de los límites de la CABA, se perderá irremediabilmente el derecho a acceder a alguna prestación.

II.1.3. Al afirmar el TSJ en su sentencia que la mera circunstancia de haber percibido la totalidad de los montos previstos en el Decreto N° 960/08 resultaría un impedimento insuperable para acceder a una prestación habitacional, confirma que esa restricción obsta a la posibilidad de que la Cámara dicte una sentencia que reconozca nuestra pretensión, con el alcance y sentido que le asignamos en nuestro escrito de demanda.

En efecto, la sentencia recurrida fija y demarca aspectos puntuales y sumamente determinantes para el efectivo acceso y goce al derecho a una vivienda digna que, si bien son expresados genéricamente, aplicados al caso en examen conducen rigurosa e inexorablemente al rechazo de nuestra pretensión que, por otra parte, había sido acogida favorablemente tanto en la sentencia de la primera instancia como en la de la Cámara.

II.1.4. En las condiciones antedichas, no obstante que en el anteúltimo párrafo de la sentencia a la que remiten los fundamentos de la mayoría se sostiene que “la arbitrariedad que le endilga el actor a la decisión recurrida y la genérica invocación de garantías constitucionales que afirma conculcadas no autorizan -tal como lo tiene dicho el Alto Tribunal federal- a prescindir de la existencia de pronunciamiento definitivo”, de acuerdo a todo lo hasta aquí dicho es claro que la sentencia recurrida configura el vicio de arbitrariedad que nos agravia, de manera que sostenemos este argumento a través de la presente queja.

A su vez, no se alcanza a comprender cuál es la razón por la cual el TSJ, a pesar de que se ha ocupado en su decisión de determinar cuál es, a su criterio, el alcance y contenido del derecho a la vivienda (interpretación que, como se ha visto, hemos impugnado), decide sin embargo reenviar el expediente a la Cámara para que ésta dicte una nueva decisión. En este aspecto, el pronunciamiento se transforma en un diabólico *Deus ex Machina* que ocluye nuestro derecho a una tutela judicial efectiva.

De igual modo, la orden de reenvío traduciría un rigorismo extremo, incompatible con el derecho a una decisión útil en tiempo razonable, configurando un “ritualismo inútil”, dispositivo procesal que ha recibido un contundente rechazo por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, al respecto, ha rechazado la excepción de falta de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna cuando los procesos judiciales se desarrollan por períodos extensos que exceden la garantía a una decisión en un plazo razonable consagrada en la Convención Americana y, entonces, se constituyen en

una violación al debido proceso (Corte IDH, caso Ximenes Lopes vs. Brasil, sentencia del 4 de julio de 2006, considerando 202 y sus citas). Máxime cuando, como ocurren en este caso, la cuestión controvertida es materia propia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Es menester recordar, en este aspecto, que es obligación de todo juez imponer al proceso un desarrollo rápido y eficaz para disipar esas dudas, evitar toda actividad jurisdiccional que conspire contra la economía procesal y no incurrir en un exceso ritual. Más aún cuando esta acción, teóricamente expedita y rápida, lleva más de 5 años de trámite. Por el contrario, la sentencia que se impugna dilata, sin razones valederas, la decisión respecto de la cuestión de fondo, cuando, como lo tiene dicho reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación la garantía de la defensa en juicio incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido en un plazo razonable (Fallos: 178:399; 287:248; 289:181; 299:153; 300:1102; 305:913; 308:694; 315:2173, entre otros).

II.1.5. Refuerza el argumento expuesto en el punto anterior, la necesidad de restablecer de inmediato la juridicidad quebrantada por la afectación de nuestros derechos fundamentales a la dignidad, a la salud y a la vivienda.

Y es por ello que, en situaciones análogas a la que ha acontecido en el sub lite, donde el resultado del conflicto es incierto (toda vez que depende de un pronunciamiento ulterior merced al “reenvío” dispuesto por el tribunal superior de la causa) la Corte ha admitido el recurso extraordinario, al entender que la oclusión de la vía de apelación “llevaría a un reconocimiento tardío de derechos que cuentan con amparo constitucional, lo cual equivale a causar un agravio de imposible reparación ulterior”, (cf. causa “Quiroga, Julia c/ Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles”, 14 de marzo de 1995, Fallos: 318:363, considerandos 2º y 5º).

Así, en casos como el presente, el derecho al debido proceso en su variante de proceso rápido impone una obligación de celeridad que es, al mismo tiempo, un deber de los jueces así como una potestad del actor, es decir, una garantía procesal de que el conflicto será resuelto en un lapso compatible con la naturaleza del objeto litigioso.

II.1.6. Por todo lo expuesto, sostenemos enfáticamente que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad del 12 de mayo próximo pasado y que aquí recurrimos constituye, sin margen para dudas, el pronunciamiento definitivo que habilita el remedio extraordinario intentado en autos.

II.2. LA EXISTENCIA DE “CASO FEDERAL” POR EVIDENTE VIOLACIÓN AL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA VIVIENDA Y AL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES

II.2.1. Por otro lado, también se presenta en el caso una “cuestión federal” en los términos previstos en el inciso 3º del Art. 14 de la ley 48, en tanto se encuentra controvertido tanto el alcance como el contenido que corresponde asignar al derecho constitucional a la vivienda, reconocido en el Art. 14 bis de la Constitución Nacional y en los arts. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 11, incisos 1º y 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional (cf. Art. 75, inc. 22, CN).

En efecto, al presentar nuestra demanda sustentamos nuestra pretensión de que el Gobierno local tutele de manera adecuada nuestro derecho constitucional a la vivienda, de acuerdo con el alcance que a éste cabe asignarle a la luz del plexo constitucional.

Ello demuestra, entonces, que se encuentran reunidos todos los elementos que menciona el inciso 3º del artículo 14 de la Ley Nº 48, en tanto la sentencia dictada por el TSJ en la causa supone, lisa y llanamente, desconocer nuestro derecho constitucional y supranacional a una vivienda digna, habiendo fallado el Tribunal “contra la validez del [...] derecho [...] que se funda en dicha cláusula y [es] materia de litigio”.

II.2.2. También explicamos que, en autos, también se encuentra en juego la inteligencia que corresponde otorgarle al principio de división de poderes (Art. 1º, CN) en su vinculación con lo dispuesto en el art. 5º de la Constitución, que establece la garantía del gobierno federal del goce y ejercicio de las instituciones provinciales en tanto éstas aseguren “su administración de justicia”. La sentencia del TSJ recurrida hace tabla rasa con esa exigencia constitucional, por cuanto -a través de la interpretación artificiosa que efectúa de diversos principios y normas de raigambre federal y supranacional- restringe severamente y a contramano de expresas previsiones constitucionales la aptitud del Poder Judicial para controlar la constitucionalidad de la actuación de los otros Poderes.

Así, al afirmar que el ejercicio del control de constitucionalidad debe subordinarse a las pautas que establezca el legislador para determinar la operatividad y alcance del derecho a la vivienda, el Tribunal subvierte la forma en que nuestra CN y la Constitución de la Ciudad asignan las potestades de gobierno a los diferentes órganos estatales, desconociendo de manera flagrante el deber que la Carta Magna asigna a los jueces para resolver las causas sometidas a su decisión (artículos 116 CN y 106 CCABA).

De esta forma, la manera en que el TSJ ha interpretado el principio de división de poderes (Art. 1º, CN) resulta manifiestamente contraria al alcance reconocido a las garantías tuteladas en los Arts. 18 y 43 de la Constitución Nacional y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en especial, al “derecho a una tutela judicial efectiva”.

II.2.3. En el contexto de estos agravios, es claro que media entre las cuestiones federales articuladas y las cuestiones debatidas y resueltas en la causa una relación directa e inmediata que, entonces, torna procedente la apertura de la vía extraordinaria.

V. RESERVA DE LA JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL

Para el hipotético caso de no ser admitido el recurso extraordinario federal, se formula la reserva de acudir oportunamente a la jurisdicción supranacional -Art. 44 y ss. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- en virtud de la índole de los principios y derechos fundamentales cuya violación se atribuye a la sentencia dictada por el TSJ que ha negado nuestro derecho a la dignidad, la salud y a una vivienda digna, provocando, además, la afectación de la garantía de defensa y el derecho a una tutela judicial efectiva.

VI. PETITORIO

Por lo expuesto solicitamos:

1º) Se nos tenga por presentados en el carácter invocado y por constituido el domicilio; 2º) Se tenga por interpuesto en tiempo y forma el recurso de queja por denegatoria del recurso extraordinario federal; 3º) Se tenga presente lo manifestado con relación al depósito que exige el artículo 286 del CPCCN y por cumplidos los recaudos que prevén las Acordadas Nº 13/90 y Nº 4/2007; 4º) Oportunamente, se haga lugar a la queja, se declare admisible el recurso extraordinario federal deducido y se lo estime procedente, revocándose la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires del 04/10/10; en su caso (Art. 16, Ley 48), se revoque el fallo del TSJ del 12/07/10 y se confirme la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones CAyT del 06/04/09 y se haga lugar al amparo; 5º) Se tenga presente la reserva formulada en el parágrafo

PROVEER DE CONFORMIDAD

SERÁ JUSTICIA

Agenda



Centro Porteño, noviembre 2011

Publicaciones



- Revista Sistemas Judiciales Nº 15 - INECIP

La Revista Sistemas Judiciales es una publicación semestral, editada en conjunto por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP).

Su propósito es fomentar la discusión y el intercambio de información y experiencias sobre el funcionamiento de la justicia en los países de las Américas.

La Revista es dirigida por los Dres. Cristián Riego y Alberto Binder.

A diferencia de otros números de Sistemas Judiciales, en que se presenta un tema central y una serie de artículos de relevancia y vigencia sobre diversos temas, en esta edición se ha optado por focalizarse en dos ejes temáticos: la actuación de los Ministerios Públicos en delitos que requieren investigación y los desafíos actuales para el Poder Judicial.



- Libro “ ¿¡Cuánta Falta!? Código de Faltas, Control Social y Derechos Humanos” - INECIP

El texto fue elaborado por la Sede Córdoba del INECIP, mediante una compilación de artículos de jóvenes criminólogos cordobeses coordinados por Lucas Crisafulli e Inés León Barreto.

Consiste en un intento de deconstruir discursos y prácticas, señalando en forma de denuncia que detrás de la seguridad de algunos, unos pocos, se esconde la vulneración de derechos de muchos.



Contextos Nº 2 - Defensoría del Pueblo - CABA.

Publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, un espacio permanente destinado a la lectura y discusión de material normativo, jurisprudencial y dogmático para conectar el debate con las cuestiones de Derecho Público.

El segundo número de la publicación del seminario -validado como posgrado de la Facultad de Derecho de la UBA- incluye trabajos de Eugenio Raúl Zaffaroni: “Derecho penal y protesta social”, Julio Maier: “¿Hacia un nuevo sistema de control de las decisiones

judiciales?”, Peter Häberle: “El tiempo y la cultura constitucional”, Víctor Bazán: “Vías de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en los ámbitos interno e interamericano”, Nerina Da Rin: “Los derechos humanos políticos y el derecho a la democracia representativa en los precedentes de los medios de protección del sistema interamericano”.

Actividades



PROPAQUE. Colegio Público de Abogados CABA

El Programa de Patrocinio de Querrelas -PROPAQUE- es el plan por medio del cual el Colegio Público de Abogados brinda asesoramiento jurídico gratuito a las víctimas de delitos que carezcan de recursos y quieran ser querellantes en un proceso penal, en donde no existe recuperado económico posible, funciona activamente en la entidad de abogados desde 2009, a raíz de un convenio con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, y se convirtió en un servicio de doble función, por un lado cumple con un importante rol social colaborando para que los que menos tienen puedan acceder a la Justicia y por el otro, capacita a jóvenes abogados en Derecho Penal.

Cumple una función social, dado que nada peor le puede pasar a una persona que ser lesionado en sus derechos más elementales y no tener la posibilidad de ir a los tribunales y de este modo no tener acceso a la Justicia. Esta idea, la del PROPAQUE, se inscribe dentro del denominado acceso a la Justicia, porque permite que el ciudadano tenga un abogado capacitado y también, supervisado por un profesional con basta experiencia en Derecho Penal controlado, al mismo tiempo, por el propio sistema que recae, en las autoridades del Instituto de Derecho Penal del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

Funciona de Lunes a Viernes
de 9 a 18 en Uruguay 412, 2º piso.



UNIVERSIDAD POPULAR MADRES DE PLAZA DE MAYO

Rectora Honoraria: **Hebe de Bonafini**
Rectora: **Inés Vázquez**

- CICLO LECTIVO 2012 -

Carreras de Grado: Abierta la inscripción hasta el 11/02/2012

Carreras de Formación: Abierta la inscripción hasta el 31/03/2012

CARRERAS DE GRADO

LICENCIATURA EN HISTORIA

Autorización Provisoria Otorgada por Decreto Presidencial N° 751/2010

PROFESORADO EN HISTORIA

Autorización Provisoria Otorgada por Decreto Presidencial N° 751/2010

DERECHO

Autorización Provisoria Otorgada por Decreto Presidencial N° 751/2010

LICENCIATURA EN TRABAJO SOCIAL

Autorización Provisoria Otorgada por Decreto Presidencial N° 751/2010

CARRERAS DE FORMACIÓN

La UPMPM ofrece cursos y seminarios abiertos al público en general, sin requisitos académicos de ingreso, como parte de su plan de articulación e intercambio con la comunidad.

- **PSICOLOGÍA SOCIAL** - Duración: 4 años
- **PERIODISMO DE INVESTIGACIÓN.** - Duración: 1 año
- **PSICODRAMA.** - Duración: 3 años.
- **CAPITALISMO Y DERECHOS HUMANOS.** - Duración: 1 año
- **COOPERATIVISMO.** - Duración: 1 año
- **ECONOMÍA POLÍTICA** - Duración: 1 año
- **CINE DOCUMENTAL** - Duración: 1 año

Para mayor información comunicarse: Tel: 4384-8693 -
sec_alumnos@madres.org - www.madres.org/upmpm

Año 1
NÚMERO 2
DICIEMBRE
DE 2011

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

EDICIÓN A CARGO DE LA
OFICINA DE PRENSA, DIFUSIÓN Y PUBLICACIONES

JEFE DE PRENSA, DIFUSIÓN Y PUBLICACIONES
LICENCIADO PABLO SANZ

EQUIPO DE PRENSA, DIFUSIÓN Y PUBLICACIONES

LICENCIADA EN ARTES VISUALES MARIANA DOMÍNGUEZ

MARÍA NATALIA ESCRIBANO

LICENCIADO ISMAEL GARCÍA FORNASERO

LICENCIADO ADRIÁN HERMOSO

LICENCIADA ANA MANGIALAVORI

MARCELO MIRAGLIA

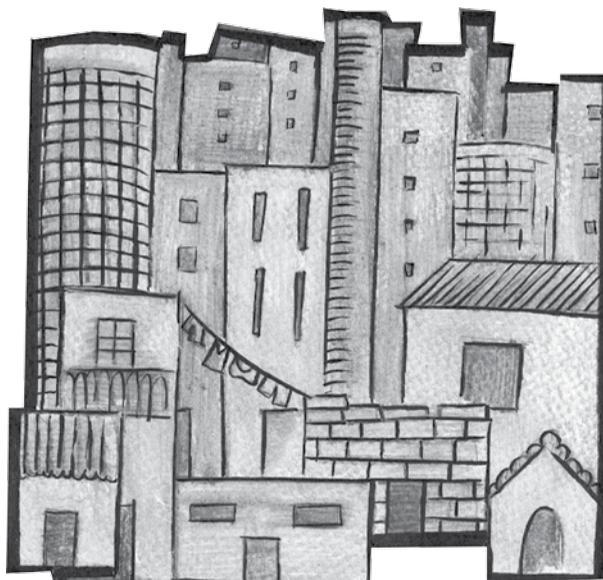
DISEÑADORA EN COMUNICACIÓN VISUAL ANA INÉS PENAS

Las ilustraciones del presente volumen son de autoría
de **Jimena Fernández Rearte**.

*Publicación del **Ministerio Público de la Defensa** de la
Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Defensoría General.
Combate de los Pozos 155 . Piso 5º (CABA).*

*Comentarios, sugerencias y colaboraciones:
prensa.defensoria@jusbaires.gov.ar*

Defensoría general
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires



“Esta edición de 1.500 ejemplares se terminó de imprimir en el mes de diciembre de 2011 en los talleres gráficos de la Cooperativa de Trabajo Ferrograf Ltda, Boulevard 82 N° 535, La Plata, Provincia de Buenos Aires, Argentina”