



Procuración Penitenciaria
de la Nación

SE PRESENTAN COMO “AMICUS CURIAE”

Excmo. Tribunal:

Eduardo Luís DUHALDE, Secretario de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, constituyendo domicilio en la calle 25 de Mayo 544, Piso 8° de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y **Francisco M. MUGNOLO**, Procurador Penitenciario de la Nación, constituyendo domicilio en Av. Callao 25, 4to. Piso Dpto “G” de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, nos presentamos ante V.E. en la causa N° 4365 caratulada “S/Presunta Infracción ley 23.737 y respetuosamente decimos:

I.-OBJETO

Que venimos a presentarnos en carácter de “Amigo del Tribunal” en función de las obligaciones que nos competen.

Respecto a la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos cabe señalar que la misma trabaja en la promoción y protección de los derechos humanos de todos los habitantes del territorio argentino.

Así, en virtud de lo dispuesto por la Ley de Ministerios N° 22.520 y las facultades específicas otorgadas a este Organismo del Poder Ejecutivo Nacional en su estructura organizativa –Decreto N° 165/2005- se ha fijado como responsabilidad primaria de la Secretaría, entre otras, la de realizar el impulso y seguimiento procesal de las causas que versen sobre derechos humanos, pudiendo solicitar medidas, interponer escritos judiciales o administrativos y realizar o solicitar todas las medidas conducentes a la sustanciación de las mismas.

La Procuración Penitenciaria de la Nación tiene como función primordial la defensa de los Derechos Humanos de los internos comprendidos en el Régimen Penitenciario Federal conforme lo dispuesto por la Ley 25.875.

El Art. 18 de dicha ley establece en su inciso e) que el Procurador Penitenciario se encuentra facultado para expresar su opinión respecto de algún hecho o derecho ante los magistrados en carácter de “Amigo del Tribunal”.

El interés de estos Organismos en la resolución de aquellas cuestiones en que se encuentre comprometido el pleno ejercicio de garantías individuales y protección de los Derechos Humanos de un interno comprendido en el Régimen Penitenciario Federal o un habitante de esta Nación, tal como lo constituye el presente caso, justifica petitionar ante V.E. por medio de la figura del “amicus curiae”.

II. SOBRE EL *AMICUS CURIAE*

Los "*amicus curiae*", son presentaciones que pueden realizar terceros ajenos a una disputa judicial a fin de expresar sus opiniones y acercar argumentos de trascendencia para la sustentación del proceso judicial y la materia en discusión. Dichos terceros deben tener un justificado interés en la resolución final del litigio.

Los antecedentes más remotos de la institución del *amicus curiae* pueden rastrearse hasta el derecho romano. Desde comienzos del siglo IX, esta institución se ha ido incorporando paulatinamente a la práctica judicial de los países de tradición anglosajona. Hoy día se hace un uso extendido del *amicus curiae* en aquellos casos nacionales e internacionales caracterizados por su destacado interés público¹.

Un memorial de “amicus curiae”, como el presente, ha sido definido como “...una presentación ante el tribunal donde tramita un litigio judicial de terceros ajenos a esa disputa que cuenten con un justificado interés en la resolución final del litigio, a fin de ofrecer opiniones consideradas de trascendencia para la sustanciación del proceso en torno a la materia controvertida...”.

Si bien dicho instituto no está previsto expresamente en el Código Procesal Penal de la Nación, existen fuertes razones para receptarlo en los procesos regidos por dicha ley. Así, se ha dicho que “... La posibilidad de fundar decisiones judiciales en argumentos públicamente ponderados constituye un factor suplementario de legitimidad de la actuación del Poder Judicial. La presentación del *amicus curiae* apunta entonces a concretar una doble función: a) aportar al tribunal bajo cuyo examen se encuentra una disputa judicial de interés público argumentos u opiniones que puedan servir como elementos de juicio para que aquél tome una decisión ilustrada al respecto; y b) brindar carácter público a los argumentos empleados frente

¹ Para un desarrollo pormenorizado de la institución de *Amicus Curiae* -o en su traducción al español, Amigos del Tribunal-, ver “Informe sobre el Instituto del ‘Amicus Curiae’” elaborado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Disponible en www.cels.org.ar

a una cuestión de interés general decidida por el Poder Judicial, identificando claramente la toma de posición de los grupos interesados, y sometiendo a la consideración general las razones que el tribunal tendrá en vista al adoptar y fundar su decisión...”. Por tal razón, “... La falta de previsión normativa expresa puede decidirse a favor de la admisión de esta figura en tanto constituye un medio procedimental no prohibido de ejercicio de la libertad de expresión, del derecho a peticionar ante las autoridades, y de reforzamiento del principio republicano de gobierno...”.

Además, puede sostenerse que “... la presentación del amicus curiae no produce perjuicio contra ninguna de las partes del litigio, ni tiene entidad para retardar o entorpecer el proceso. El presentante no reviste carácter de parte, su posibilidad de actuación procesal se reduce al agregado de la opinión que emita al expediente...”.

Debe tenerse en cuenta, asimismo, lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución, que otorga jerarquía constitucional, entre otros, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y además la aceptación de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, el Reglamento de la Corte prevé, en su art. 44.3 la posibilidad de presentarse en calidad de amicus curiae ante dicho tribunal. En consecuencia, no es razonable prohibir dicho instituto ante los tribunales nacionales en los cuales —como ocurre en autos— se discute la inteligencia de normas de la Convención Americana y autorizarlo en el procedimiento ante la Corte Interamericana ante la cual se discuten las mismas cuestiones de hecho y de derecho.

Esta institución ha sido incorporada en varios supuestos al derecho argentino. Así, en primer lugar, en el art. 7 de la Ley n° 24.488, sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos, se establece lo siguiente: “(e)n el caso de una demanda contra un Estado extranjero, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto podrá expresar su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho ante el tribunal interviniente, en su carácter de ‘amigo del tribunal’”.

Por su parte, la Ley N° 402, de Procedimientos ante el Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, regula expresamente la institución del “amicus curiae” en su art. 22: “Cualquier persona, puede presentarse en el proceso en calidad de asistente oficioso, hasta diez (10) días antes de la fecha de

celebración de la audiencia [ante el Tribunal Superior]. Su participación se limita a expresar una opinión fundamentada sobre el tema en debate. El/la juez/a de trámite agrega la presentación del asistente oficioso al expediente y queda a disposición de quienes participen en la audiencia. El asistente oficioso no reviste calidad de parte ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que corresponden a éstas. Las opiniones o sugerencias del asistente oficioso tienen por objeto ilustrar al Tribunal y no tienen ningún efecto vinculante con relación a éste. Su actuación no devengará honorarios judiciales. Todas las resoluciones del Tribunal son irrecurribles para el asistente oficioso.

Agregada la presentación, el Tribunal, si lo considera pertinente, puede citar al asistente oficioso a fin de que exponga su opinión en el acto de la audiencia, en forma previa a los alegatos de las partes”.

A su vez, la jurisprudencia de los tribunales federales ha autorizado la presentación de memoriales bajo la invocación del *amicus curiae*. Así, por ejemplo, en la causa caratulada “**Hechos ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA)**”, la Sala II de la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital, en pleno, resolvió, en su decisión, del 18/5/1995, aceptar la presentación de *amicus curiae*. Sintéticamente reseñados, la Cámara fundó su decisión en los siguientes argumentos:

- el papel de *amicus curiae* está reservado a organizaciones no gubernamentales que persigan un interés válido y genuino en la cuestión discutida en la causa y acrediten una especialización en el tema que allí se debate.

- debe tratarse de casos de amplio interés público;

- la intervención del *amicus curiae* se considera comprendida del art. 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los Reglamentos de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos;

- la actuación del *amicus curiae*, limitado en principio a la esfera jurisdiccional supranacional, se ha extendido a ámbitos locales con favorable acogida (la Cámara citó el ejemplo de la jurisprudencia estadounidense).

En definitiva, una de las razones para la aceptación de este instituto en nuestro derecho “... es la rica tradición de creaciones pretorianas de la jurisprudencia argentina. Desde ‘Siri’ y ‘Kot’ hasta la señalada doctrina de

'Ekmekdjian', nuestros tribunales han marcado varias veces el rumbo en materia de implementación de derechos y garantías fundamentales. Como vimos, no sólo no hay razones legales ni doctrinarias de peso para rechazar la figura del *amicus curiae*, sino que su incorporación –sea por vía jurisprudencia, sea por vía legal- es altamente beneficiosa. La segunda consideración tiene que ver con la amplia experiencia estadounidense en la materia, en especial cuando se trata de litigios pendientes de resolución ante la Corte Suprema de ese país. La similitud de la estructura constitucional y del sistema de control de constitucionalidad ha llevado al reconocimiento casi unánime por parte de nuestra judicatura y doctrina de la relevancia de la jurisprudencia estadounidense en materia de interpretación constitucional. No se ve entonces por qué razón se opondría la figura del *amicus curiae* a nuestra cultura jurídica, cuando aceptamos entusiastamente otras prácticas, doctrinas y precedentes judiciales de aquel origen...”.

El mismo tribunal ratificó posteriormente esta doctrina al reconocer como “*amicus curiae*” a la asociación “Periodistas –Asociación para la Defensa del Periodismo Independiente- y a la “Federación Argentina de Trabajadores de Prensa” en la causa “**Incidente de Thomas Catán**”, resuelta el 28/10/2002 (*J.A. 2003-II-660*). En dicha oportunidad, el tribunal fundó la admisibilidad de la mencionada presentación en el hecho de que, a diferencia de otras causas en que el tribunal no había aceptado la presentación de tales memoriales, en el caso no se planteaba la necesidad de “... armonizar la colaboración del *amicus curiae* con el derecho de defensa del imputado...”. Ello era así, según la Cámara, en razón de que lo debatido en el caso escapaba a “... cuestiones vinculadas a la atribución de responsabilidad de alguna persona. Por ello resulta inaplicable en este contexto la necesidad de contar con el asentimiento del imputado, que ha fundado el rechazo de este tipo de presentaciones en las causas recién citadas” (considerando 2º). Otros tribunales federales también han aceptado la intervención en el proceso de los “*amicus curiae*” (ver, para una reseña de dicha jurisprudencia, el artículo de Víctor Bazán, “El *amicus curiae*, su incidencia en el debate judicial y la discusión acerca de la necesidad de *interpositio legislatoris* para su admisibilidad”, publicado en *J.A. 2003-II-997*, especialmente punto VI).

También la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal ha aceptado este tipo de presentaciones (a pesar de no existir una regulación procesal específica al respecto) en el expediente nº 2813, caratulado “**Felicetti**,

Roberto”, en el que admitió la presentación en carácter de *amicus curiae* del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH), del Movimiento Ecuaménico de los Derechos Humanos (MEDH), y de Abuelas de Plaza de Mayo y Madres de Plaza de Mayo Línea Fundadora, quienes fundaron su participación en las normas constitucionales de referencia, con más razón debe admitirse esta intervención cuando el fundamento constitucional de esta participación ha sido reconocido por el Máximo Tribunal.

Por cierto que el argumento decisivo para fundar la procedencia formal del presente memorial es lo resuelto por la Corte Suprema de la Nación en la causa “**Provincia de San Luis v. Estado Nacional y otros**”, del 5/3/2003 (J.A. 2003-I-188), en donde se señaló que “... la Corte, en el ámbito de la propuesta conciliatoria en la que estaba ocupada, consideró conveniente oír a las asociaciones bancarias involucradas, viabilizando así la intención de esas entidades de no mantenerse ajenas a un conflicto generalizado que ya había sido expresada en la causa M.12 XXXVIII ‘Ministerio de Economía y Banco Central de la República Argentina s/ apelación contra medidas cautelares’. En consecuencia citó a una nueva audiencia y convocó a la Asociación de Bancos Argentinos –ABA-, a la Asociación de Bancos Públicos y Privados de la República Argentina –ABAPRA- y a las partes en este proceso para que concurrieran a ese acto...” (considerando 7º, voto de los jueces Moliné O’Connor y López; en el mismo sentido se expresaron los restantes magistrados intervinientes en la causa).

Ello significa que el Alto Tribunal había reconocido expresamente que, con base en las amplias facultades instructorias que le concede el art. 36 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación aquel se encuentra facultado a escuchar la opinión de entidades las cuales, sin ser partes en el proceso, puedan aportar una opinión autorizada respecto de la solución del caso. Ello no es otra cosa que reconocer la existencia de la institución del “*amicus curiae*” en los juicios que se llevan ante la justicia federal.

Tal reconocimiento de la admisibilidad del “*amicus curiae*” posee en la actualidad expreso reconocimiento por parte del Alto Tribunal a través de la *Acordada n° 28* (publicada el 20.7.2004) en la cual resolvió:

“Que como un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia, *el Tribunal considera apropiado que, en las causas en trámite ante sus estrados y en que se ventilen asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público, se autorice a tomar intervención como Amigos del Tribunal a terceros ajenos a las partes, que cuenten con una reconocida competencia sobre la cuestión debatida y que demuestren un interés inequívoco en la resolución final del caso, a fin de que ofrezcan argumentos de trascendencia para la decisión del asunto*” (considerando 1º; la cursiva ha sido agregada).

Los argumentos empleados en esa oportunidad para fundar su facultad de dictar la citada Acordada también son relevantes para demostrar que la ausencia de una disposición legislativa expresa no es un obstáculo para resolver a favor de la admisibilidad de este tipo de presentaciones ante V.E.:

“Que desde su constitución en 1863, durante todo su ulterior funcionamiento y hasta la más reciente legislación sancionada por el Congreso de la Nación, le han sido reconocidas a esta Corte las atribuciones necesarias para dictar reglamentos como el presente. En efecto, la ley 48, del 14 de septiembre de 1863, previó que ‘La Corte Suprema podrá establecer los reglamentos necesarios para la ordenada tramitación de los pleitos, con tal que no sean repugnantes a las prescripciones de la ley de procedimientos’ (art. 18). La ley 4055, del 11 de enero de 1902, concordemente reiteró que ‘La Suprema Corte ejercerá superintendencia...debiendo dictar los reglamentos convenientes para procurar la mejor administración de justicia (art. 10). Por último, la ley 25.488 de reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, del 19 de noviembre de 2001, expresamente dispuso que ‘La Corte Suprema de Justicia de la Nación queda facultada para dictar las medidas reglamentarias y todas las que considere adecuadas para el mejor cumplimiento de las normas y fines de esta reforma’ (art. 4º, 2º párrafo). En las condiciones expresadas y sobre la base de que la figura que se trata, lejos de repugnar a las normas procesales, ha sido admitida por el Congreso de la Nación para ciertas situaciones especiales (leyes 24.488 y 25.875), en ejercicio de las atribuciones indicadas y con particular referencia a las causas en trámite por ante esta Corte y sometidas a su jurisdicción originaria o apelada, corresponde autorizar la intervención de Amigos del Tribunal, con arreglo al reglamento que, como anexo, forma parte integrante de este acuerdo” (considerando 3º).

En el caso específico de la *ADC*, distintos tribunales nacionales han aceptado la admisibilidad formal de sus presentaciones en el mencionado carácter de “*amicus curiae*”.

Así, el Juzgado Federal No. 1 de Rosario, Secretaría Civil y Comercial, expte. No. 83.896, en autos caratulados: “**Televisión Litoral S.A. – P.E.N. s/ acción declarativa de inconstitucionalidad**”, dijo al respecto: “...es menester invocar la incorporación en los presentes actuados tanto de la Asociación por los Derechos Civiles (*ADC*) como la Asociación de Teleradiodifusoras Argentinas (*ATA*) en el carácter que invocan, y resaltar la figura del ‘*Amicus Curiae*’ como herramienta (una más) útil para diluir o mitigar algunos problemas que aparecen en la tarea jurisdiccional, fertilizando la misma.” (Resolución del 23.9.2003).

Asimismo, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal no encontró objeciones formales a la presentación de un escrito de “*amicus curiae*” presentado por la *ADC* a favor de la posición de la defensa del acusado en el Expediente No. 5304, en autos caratulados: “**Fernández Cobo, Pablo David s/ recurso de casación**”: “...se presentó como *amicus curiae* el Presidente de la Asociación por los Derechos Civiles (*ADC*). Su presentación respondió a hacer saber su coincidencia con los argumentos expuestos por la defensa oficial al mejorar fundamentos en esta instancia, en el sentido de que el cambio jurisprudencial indicado en el recurso puede ser decisivo al momento de determinar el grado de culpabilidad del acusado y la consecuente calificación típica a aplicar...Se advierte de la lectura de su texto que contiene una mayor ilustración jurisprudencial extranjera acerca de la influencia del cambio de criterio de los tribunales de justicia” (voto de la jueza Catucci).

En sentido coincidente, su colega el juez Bisordi expresó: “Descartada como ha sido toda pretensa afectación al principio de legalidad (art. 18, C.N.), del que el principio de irretroactividad de la ley más gravosa es uno de sus contenidos-hasta la defensa, y quienes en este caso acudieron en apoyo de sus fundamentos, han puesto el acento en la influencia que el cambio en el criterio del a quo respecto del elemento subjetivo del tipo del inc. A) del art. 5° de la ley 23.737 podría tener para determinar el grado de culpabilidad del acusado- habrá de

examinarse la hipótesis de error de prohibición invencible opuesta por la defensa” (caso “Fernández Cobo”, cit.).

A su vez, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial No. 14, Expte. No. 95.429/04, en autos caratulados: **“Prevención Asesoramiento y Defensa del Consumidor –PADEC- y otro c/ Bank Boston y otra s/ Ordinario”**, resolvió “...en virtud de lo aquí decidido, corresponde tener presente la solicitud de la Asociación por los Derechos Civiles tendiente a actuar en la presente causa en calidad de ‘amicus curiae’...” (resolución del 1.7.2005; considerando V).

Los poderes judiciales provinciales tampoco han sido ajenos a esta fuerte tendencia de admitir la presentación de escritos de “amicus curiae”.

Así, en el caso **“Klass, Ricardo Jorge s/ denuncia”**, expediente n° 2.512, la Cámara de Apelaciones de la Provincia de Tierra del Fuego declaró formalmente admisible la presentación de un escrito de “amicus curiae” redactado por la ADC con los siguientes fundamentos: “... cabe expresar que este Tribunal no tiene reparos en aceptar el agregado de opiniones que, con fundamentos jurídicos y reconocida idoneidad, transmiten al proceso la interpretación que consideran adecuada al caso, cuando este pueda contener cuestiones que, en principio, pudieran involucrar la efectiva vigencia de garantías constitucionales y la misma defensa técnica del imputado y éste, propician la presentación. *En este aspecto no pueden ni deben desalentarse tales manifestaciones, en la medida que ello colabora con la debida información y publicidad de los actos propios del Poder Judicial*” (voto del juez Muchnik, considerando I; la cursiva ha sido agregada).

En sentido coincidente su colega, el juez Tabarez Guerrero, dijo: “... con relación a la presentación efectuada en términos de amicus curiae oportunamente este Tribunal no rechazó la misma (ver fs.486). Desde ya estoy de acuerdo con el desarrollo argumental expuesto en el voto del juez Muchnik.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de la Acordada N° 28 del año 2004, ha autorizado que terceros ajenos a las partes –llamados Amigos del Tribunal en su traducción literal de la acepción *amicus curiae*–, que cuenten con una reconocida competencia sobre la cuestión debatida y demuestren un interés inequívoco en la resolución final del caso, se presenten en las causas en trámite ante sus estrados en las que se ventilen asuntos de trascendencia

institucional o que resulten de interés público a fin de que ofrezcan argumentos de trascendencia para la decisión del asunto.

Asimismo cabe aclarar que la figura del “amicus curiae” es ampliamente aceptada en el ámbito judicial. Así corresponde citar aquí el caso planteado por la Procuración Penitenciaria de la Nación ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Estevez, José Luis s/solicitud de excarcelación “(Nº 33.769, Expte. Nº 381, Letra “E”; Libro XXXII, año 1996), en el cual el Alto Tribunal al resolver utilizó los argumento fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los que fundamentaban el escrito de la Procuración Penitenciaria. Del mismo modo, vale agregar las presentaciones de este Organismo ante la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa Nº 1831 “Alonso y otros s/recurso de casación” y ante la Sala III en la causa Nº 2181 “Murga, Oscar Guillermo s/recurso de casación”, donde los escritos pasaron a formar parte de los expedientes y fueron utilizados por los Magistrados.

De todo lo expresado se desprende a las claras la vialidad de la figura “amicus curiae” en el derecho argentino y en el caso de marras.

III.-BREVE RESEÑA

Que el 30 de marzo de 2006, el ciudadano boliviano XXXXXXXXXXXXXI, DNI 93.985.806, fue detenido, luego de un allanamiento que duró desde las 23:00 hs del día 30 de marzo, hasta el día siguiente a las 10 de la mañana (sic), por presunta infracción a la ley 23.737 en su artículo 5 incs. “a” y “c” y 189 bis, apartado 1, tercer párrafo del Código Penal.

Que durante el allanamiento, se los esposó a él y a su familia, poniéndolos contra el suelo, sin tener en consideración que su esposa estaba embarazada, y sin atender los ruegos de la misma, que pedía poner un frazada debajo del cuerpo de su hija para evitar el enfriamiento.

El Sr. XXXXXXXXXXXX, durante el mencionado allanamiento fue golpeado, mientras le exigían que diera a conocer el lugar donde escondía el dinero (sic), cosa que era imposible, ya que el no poseía suma alguna de dinero; posteriormente fue obligado a firmar documentos que no comprendía y que fue amenazado, que si se negaba a hacerlo, se llevarían a su hija.

Que el Sr. XXXXXXXXXXX, resulta ser una persona humilde y muy poco instruida, razón por la cual y frente a las amenazas de la policía, se vio

forzada a firmar el acta de Allanamiento; pero que niega enfáticamente que a él le hubiesen indicado si se podía comunicar o no con su consulado.

Finalmente se le rechazó la solicitud, para que el encartado sea trasladado al Hospital a visitar a su esposa e hija recién nacida.

Que el interno XXXXXXXXXXXX, se encuentra detenido desde el día 30 de marzo de 2006.

El día 21 de abril de 2006, el Juzgado interviniente dispuso decretar el procesamiento y la prisión preventiva del Sr. XXXXXXXXXXXX por considerarlo autor material y penalmente responsable de la conducta ilícita y reprimida en el art. 5to inc. a) de la Ley N° 23.737, en la modalidad de guarda de materia prima utilizable para la producción de estupefacientes.

Con fecha 12 de mayo de 2006 se dispuso el procesamiento del interno XXXXXXXXXXXX como autor penalmente responsable del delito previsto en el artículo 189 bis tercer párrafo del Código Penal en concurso real con el artículo 5to inc. a) de la Ley N° 23.737.

Dichos autos de procesamiento fueron apelados por la defensa del interno y confirmados por la Cámara de Apelaciones de La Plata el 12 de octubre de 2006.

Desde el 6 de febrero del corriente está realizando una huelga de hambre.

En virtud de ello, el día 23 febrero de 2007, fue examinado por personal médico de la Procuración Penitenciaria de la Nación, constatando una pérdida de peso de aproximadamente 20 kgs.

En el caso de autos se encuentra en discusión la interpretación realizada por el Juzgado Federal de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 2, Secretaría N° 6 de la Ciudad de Lomas de Zamora, respecto del procesamiento del ciudadano boliviano XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, por presunta infracción a los artículos 5 incs. "a" y "c" de la ley 23.737 y 189 bis, apartado 1, tercer párrafo del Código Penal.

Tal como ya se expresara ut supra el juzgado entendió que las infraccionadas mencionadas, hacen pasible al Sr. XXXXXXXXXXXX de la sanción de prisión preventiva, y en consecuencia le negó al imputado en dos oportunidades, la solicitud de excarcelación presentada por su letrado defensor.

Esta interpretación 'tradicional' de la Ley 23.737 no ha tomado en consideración importantes desarrollos normativos que durante las últimas décadas

han tenido lugar a nivel internacional y que, desde la reforma constitucional del año 1994, la Argentina incluyó en su plexo constitucional. Dichos desarrollos normativos se refieren fundamentalmente a la valoración de la situación personal del imputado en razón de circunstancias particulares del mismo como pueden ser sus costumbres. Al respecto, el caso de autos brinda una oportunidad valiosa para introducir planteos, material jurídico, argumentos y distinciones que, conforme con la lectura de los precedentes existentes, no han sido aun tenidos en cuenta en los tribunales de justicia.

IV.-PLANTEO

Por las razones más arriba expuestas y las facultades tanto de la Procuración Penitenciaria de la Nación como las de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y sin perjuicio de que la figura del “amicus curiae” ya había sido reconocida, incluso por la Corte Suprema de Justicia consideramos oportuno presentarnos por ante V.E a fin de establecer cual es la opinión de estos Organismos respecto de las cuestiones vertidas por el Sr. Juez de Federal de Primera Instancia en la resolución que deniega al Sr. XXXXXXXXXXXXX su pedido de excarcelación.

En primer lugar, debe hacerse notar que el art. 5° inc a) de la Ley N° 23.737 establece

“Será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a quince años y multa de dos millones doscientos cincuenta mil a ciento ochenta y siete millones quinientos mil australes el que sin autorización o con destino ilegítimo: a) Siembre o cultive plantas o guarde semillas utilizables para producir estupefacientes, o materias primas, o elementos destinados a su producción o fabricación...”.

Cabe poner de resalto que el referido artículo entra en contradicción con lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley N° 23.737, que reza: “La tenencia y el consumo de hojas de coca en su estado natural, destinado a la práctica del coqueo o masticación, o a su empleo como infusión, no será considerada como tenencia o consumo de estupefacientes”

En otro orden de ideas, es necesario reflexionar respecto del derecho a la cultura.

Como no escapa a vuestro conocimiento, Bolivia, la nación de origen del Sr. XXXXXXXXXXX es un país en el cual se practica el coqueo o masticación de hojas de coca y su infusión.

Al tratar el artículo 15 de la Ley N° 23.737, los legisladores hicieron expresa mención del profundo arraigo en la cultura del Noroeste de nuestro país de la costumbre milenaria y ancestral del coqueo o masticación de hojas de coca y su infusión (conf. DSS. Del 27/08/1986, PS. 2009, 2027; DSS.22/2/1989, ps. 7731, 7814; del 15/3/1989, ps. 7830, 7848, y del 29/3/1989, p. 7903).

El derecho a la cultura es receptado por numerosas normas de carácter internacional, que en virtud del art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna se tornan operativas en nuestro derecho. Citaremos algunas a modo de ejemplo:

Convención Americana de Derechos Humanos. (Art.29).

Preámbulo de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (Arts. 15.1, incs. a), b) y c) e inc. 2).

Convención única sobre Estupefacientes de 1961. (Art. 27 Puntos 1 y 2). Esta ya estipulaba que los Estados parte podrán autorizar el uso de hojas de coca para la preparación de un agente saporífero que no contenga ningún alcaloide y en la medida necesaria para dicho uso, autorizar la producción, importación, exportación, el comercio y la posesión de dichas hojas.

El artículo 15 de la Ley N° 23.737 autoriza la tenencia y el consumo de hojas coca en todo el territorio nacional. Como lógica consecuencia de ello, si dicha conducta es exonerada, también debería estarlo el aprovisionamiento de hojas de coca para esos fines lícitos, puesto que se sostiene que en el país no se cultiva hoja de coca.

Puede concluirse que el espíritu del legislador al permitir la tenencia y el consumo de la hoja de coca para los fines indicados en el art. 15 implica permitir su aprovisionamiento, que no surge expresamente del citado artículo, pues ya existía una norma (art. 5° Ley N° 17.818) que autoriza la importación de hojas de coca para los fines y en las condiciones allí estipuladas, pues una interpretación contraria podría dar lugar al tráfico ilícito de la hoja de coca, contrariando lo establecido por las Convenciones Internacionales que regulan el tema.

De no ser así, estaríamos atentando contra la cultura de millones de habitantes de nuestro país y de países vecinos, entre ellos Bolivia, para los cuales el “coqueo” o masticación de hojas de coca, las infusiones o “té de coca” constituyen pautas culturales milenarias, amparadas por los Convenios Internacionales citados en materia de Derechos Humanos que resguardan el respeto a la diversidad cultural.

Tal como se expresara ut supra, se calificó al Sr. XXXXXXXXX como autor material y penalmente responsable de guardar materia prima utilizable para la elaboración de estupefacientes, sin perjuicio que no contaba en su poder con ningún otro precursor químico o producto químico esencial que haga suponer que el interno se dedicase a la elaboración o producción de estupefacientes.

El Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez en el caso Bulacio en uno de los párrafos de la sentencia expone: “Una vez más es preciso subrayar la condición de último recurso que posee el control penal o cuasi penal. Las figuras de conducta que justifican la intervención sancionadora del Estado deben referirse a verdaderas afectaciones indebidas de bienes jurídicos, previstas legalmente, no apenas a situaciones de supuesto riesgo o peligro que hagan sospechar -conforme al arbitrio de quienes las observan- la posibilidad de que ocurra una transgresión, y con este “fundamento” pongan en curso el aparato represivo del Estado. Y en todo caso es preciso establecer una clasificación racional de las conductas ilícitas, distribuidas en categorías bien sustentadas, que advierta la diferente gravedad de las infracciones y regule en consecuencia la reacción jurídica, sin incurrir en excesos propios de un sistema autoritario. Ciertamente hay que prevenir conductas lesivas de bienes jurídicos, y a este fin sirve la función de policía en el Estado de Derecho, pero esa prevención no legitima acciones ilimitadas frente al comportamiento de jóvenes que no vulneran el orden jurídico, o lo quebrantan con acciones de escasa entidad o lesividad que no constituyen delitos ni debieran acarrear el trato y las consecuencias inherentes a éstos” .

En ese sentido, con el procesamiento de XXXXXXXXXXXX por la posesión de hojas de coca como materia prima posiblemente utilizable para la elaboración de estupefacientes, sin la tenencia de ningún otro elemento para dicha producción, se está privando de la libertad al interno por una situación de supuesto riesgo, sin ningún hecho concreto que haga suponer que XXXXXXXXXXXXX fuera productor de sustancias ilícitas.

Conforme lo establece el Reglamento Modelo para el Control de Precursores y Sustancias Químicas, Máquinas y Elementos de la CICAD para obtener 100 kgs de clorhidrato de cocaína se necesitan de 100 a 400 lts de ácido sulfúrico, 20 kgs de permanganato potásico, 1500 a 2000 lts de acetona, éter etílico, metiletilcetona o tolueno y 30 lts de ácido clorhídrico.

Es preciso señalar que ninguno de estos productos químicos fueron encontrados en el allanamiento que se produjo en la vivienda del Sr. XXXXXXXXXX.

A modo de conclusión, la tenencia de hojas de coca en estado natural puede resultar punible cuando la misma tenga como destino la producción o fabricación de estupefacientes. (Art. 5° inc. a) Ley 23.737).

Contrariamente, si su destino fuera la práctica del coqueo o masticación o su empleo como infusión no será considerada como tenencia o consumo de estupefacientes. (Art. 15 del mismo cuerpo legal).

Es decir, que la punibilidad está determinada por el destino que se le de a las hojas de coca. Según lo expuesto, no existe elemento alguno que haga suponer la probable utilización de las hojas de coca como materia prima; y por el contrario existen numerosas pautas para entender que la guarda de hojas de coca obedecía en este caso a las prácticas autorizadas por el artículo 15 de la Ley 23.737.

Por otra parte, como ya se expresara más arriba, el Sr. XXXXXXXXXXXXX se encuentra realizando una huelga de hambre desde el día 6 de febrero de 2007, en razón de lo cual ha perdido 20 kgs de peso.

Al respecto corresponde reflexionar sobre el peligro de vida que corre el interno privado de su libertad.

El Sr XXXXXXXXXX, ha hecho uso de este recurso, entre otras cosas, por cuanto ha sido denegada su excarcelación, manteniéndose el procesamiento por la tenencia de hojas de coca, cuando la misma de conformidad a lo establecido por el art. 15 de la Ley N° 23.737, es permitida.

No debe olvidarse que el Estado, es garante de la vida e integridad física de las personas privadas de su libertad.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos -cuyos fallos, al igual que las opiniones de la Comisión Interamericana, son guía interpretativa según nuestra Corte Suprema de Justicia- señala "...una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal

de las personas privadas de la libertad, es la de [procurar] a éstas de condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención” (conf. Resolución de 18 de junio de 2005 “Penitenciarias de Mendoza”).

Con relación al procesamiento decretado por ser autor materialmente responsable del delito previsto en el art. 189 bis párrafo tercero del Código Penal, cabe destacar, que con fecha 27 de febrero del corriente el Sr. XXXXXXXXXXXX, amplió su declaración indagatoria, en la cual manifestó: “...que luego lo sacan de la casa donde vive y lo llevan a la casa de XXX y en la casa de XXX se pesó las hojas de coca, no en su casa; que lo sacan afuera al dicente y venían dos policías enmascarados con una bolsa negra pero no le dijeron que encontraron; que cuando entraron a la casa de XXXX testigo dijo que era una granada y su señora dijo es granada de comer; que el dicente no tiene nada que ver con la granada... que se mataban de risa y le decían mirá boliviano y después le dijeron que encontraron la granada pero que en su casa no se encontró la granada...”.

Al respecto, los que suscriben entienden que sin perjuicio de la vigencia del principio de inocencia que rige en razón de no existir sentencia firme que lo condene, la denuncia efectuada por XXXXX en la ampliación de la declaración indagatoria introduce en la causa hechos nuevos que son motivo de revisión judicial, pudiendo incluso determinar la nulidad del allanamiento haciendo variar la situación procesal del imputado.

Que teniendo en consideración que el artículo 189 bis se encuentra dentro del Título VII, que tiene en miras la protección de la Seguridad Pública, cabe entender que la norma se violenta sólo si existe la posibilidad cierta que se produzca la afectación del bien jurídico tutelado. Aclara que lo que debe meritarse es que el tipo en cuestión no se dirige a la protección de bienes jurídicos de determinados actos u omisiones, sino de la eventualidad de la producción cierta de un peligro para la seguridad pública, lo cual claramente puede llegar a interpretarse como un tipo penal abierto.

En concreto, la represión de delitos de peligro abstracto abre la puerta al juzgador para que dictamine según su arbitrio y discrecionalidad, sin necesidad de tener que observar una determinada conducta que reprima la lesión o puesta en peligro de un bien jurídicamente protegido; si a ello sumamos que puede basar su reproche y considera que el riesgo creado es tal, atento a menos en cuanto a esta tipificación de delitos de peligro abstracto y potencial, nuestro andamiaje jurídico no funciona en un todo de acuerdo y armónico.

Establecido ello, consideramos que se encuentra fuera de discusión que la tipicidad de una conducta sólo puede afirmarse a partir de la afectación de un bien jurídico, sea esta configuradora de lesión o peligro, lo que representaría un ataque a la seguridad jurídica en su aspecto objetivo, sea al menos motivo de intranquilidad en el sujeto pasivo, en los casos de tentativa inidónea.

No podemos dejar pasar el hecho, de que el caso puntual debe analizarse desde el punto de vista del sujeto actuante sobre quien cae el reproche y sobre el bien jurídico tutelado o sobre los sujetos protegidos por la norma. En esta inteligencia advierte que conforme al hecho que se le incrimina, XXXXXXXXXX se hallaba presuntamente en poder de una granada con lo cual podría interpretarse que su conducta se encontraría inmersa en el artículo 189 bis del código penal, por estar presente el aspecto objetivo del tipo penal, más a nuestro entender el tipo penal requiere sea completado con lo preceptuado en el primer párrafo, es decir que se debe probar que 2) debe probarse que existía el fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común o causar daños (aspecto subjetivo). Evidentemente, no se encuentran presentes ninguno de estos dos aspectos y por tanto la conducta de XXXXXXXXXX mal puede encuadrarse como típica.

Cabe acotar que aún en los delitos de peligro abstracto considerados de mera actividad (peligrosa) es necesaria la preexistencia de un peligro (aunque remoto), pues siempre y en todos los casos es menester, como mínimo, ese peligro potencial para el bien jurídico protegido (así, Mir Puig, Santiago, "Derecho Penal, parte general", 3a. ed., PPU, Barcelona, 1990, p. 224). Es que como dice Hans-Heinrich Jescheck ("Tratado de Derecho Penal, parte general", 4a. ed., Comares, Granada, 1993, p. 216, párrafo 2 y nota 29), si bien el derecho penal no sólo se ocupa de la protección de los bienes jurídicos sino también de las conductas disvaliosas, distinguiendo entre disvalor de la acción y disvalor del resultado, debe rechazarse la concepción monísticosubjetiva que ve en el último sólo una condición objetiva de punibilidad y aceptarse que el contenido del injusto se integra con ambos o sea el modo y forma de realización del hecho (disvalor del acto) y por la lesión o puesta en peligro de la acción protegida (disvalor del resultado).

Aún cuando los mismos principios rigen prima facie para todos los delitos de mera tenencia y peligro abstracto, a nuestro entender, el juzgador no puede desentenderse de la especial naturaleza que, en cada caso, tenga el contenido de esa posesión.

Al respecto, ha quedado sentado que: *“Tiene dicho el Tribunal que la tenencia de estos objetos sólo podrá ser típica cuando verdaderamente constituya una amenaza para el bien común. Y a los fines de determinar tal extremo, en los distintos precedentes se sostuvo la importancia del aspecto cuantitativo, más no como criterio excluyente, puesto que se destacó también la necesidad de analizar en cada caso concreto las circunstancias en que se inserta el hecho en cuestión.”* (C.C.C. Fed., Sala II Luraschi - Irurzun – Cortelezzi- 05-07-1996 "FERNÁNDEZ PRIETO s/ prisión preventiva").

Y que: *“El tribunal reitera y adhiere a la doctrina sentada en autos “Fernández, M.” del 15.5.85 en, cuanto declara que “El tipo penal descripto en el primer párrafo del artículo 189 bis del Código Penal contiene un elemento subjetivo especial”.... “el fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común o causar daños en las máquinas o elaboración de productos...”, se trata pues de un delito que la doctrina califica como “de intención” o de “tendencia interna trascendente” para cuya configuración es imprescindible que el autor dirija su intención mas allá del tipo objetivo.”En ellos hay un fin ultratípico, el autor tiene en vista un resultado que no necesariamente tiene que alcanzar.”* (C.C.C. Fed. Sala I Vigliani - Riva Aramayo 17.6.99 "BLACK, Lucas y otros s/procesamiento" Causa 30.862 Reg. 433 J. 5 - S. 10)

Es menester reflexionar en cuanto a la aplicación del instituto de la prisión preventiva, de acuerdo a lo que expresa el artículo 312 del Código Procesal Penal de la Nación: *“El juez ordenará la prisión preventiva del imputado al dictar el auto de procesamiento, salvo que confirmare en su caso la libertad provisional que antes se le hubiera concedido, cuando: 1) Al delito o al concurso de delitos que se le atribuye corresponda pena privativa de la libertad y el juez estime, prima facie, que no procederá condena de ejecución condicional; 2) Aunque corresponda pena privativa de libertad que permita la condena de ejecución condicional, si no procede conceder la libertad provisoria, según lo dispuesto en el artículo 319”.*

Este artículo regula su procedencia y doctrinariamente se plantea su aplicación, de carácter excepcional y siempre y cuando medien los dos requisitos que justifiquen legalmente su aplicación, es decir: el posible entorpecimiento de la justicia y la posibilidad de fuga. La inconstitucionalidad de la justificación de la prisión preventiva en parámetros relativos a la escala penal, ya ha sido declarada por la Sala I de la Cámara del Crimen, mediante el fallo “Bárbara” de fecha 10 de noviembre de 2003, en el cual se estableció claramente que los únicos dos justificativos que ameritan el dictado de la medida son los ut supra mencionados : En este sentido, se expidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 3 de mayo de 2005, en la resolución del

habeas corpus presentado por Horacio Verbitsky en representación del Centro de Estudios Sociales y Legales (C.E.L.S.), interpuesto en favor de los detenidos en las comisarías de la Provincia de Buenos Aires y respecto de las deplorables condiciones de detención.

Cabe poner de resalto que el carácter excepcional está amparado por normas de carácter internacional, a saber, por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9° inc. 3), que dispone: “La prisión preventiva no debe ser la regla general”.

En ese sentido, la regla 6 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) destaca que el procedimiento penal sólo debe recurrir a la prisión preventiva como último recurso. Por último, la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recalca que el interés persecutorio del Estado no puede contravenir la restricción razonable de los derechos fundamentales de una persona. Por ello, se establece el carácter excepcional de la prisión preventiva.

La gravedad del delito no justifica por si sola una prisión preventiva sino que deben evaluarse otros elementos.

Así queda claramente establecido en el artículo 319 del C.P.N. ya que determina la excepción al principio general de la libertad personal durante el proceso pues se expresa que “...podrá denegarse... la excarcelación respetándose el principio de inocencia y el artículo 2 de este Código cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si este hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de justicia o entorpecer las investigaciones”.

Siguiendo el criterio jurisprudencial establecido por la Sala I de la Cámara Criminal y Correccional, en la causa “Fernández Gastón, s/inf art. 79 del CP” –del 22/03/05– el tribunal debe analizar si existen elementos objetivos que permitan presumir que el imputado intentará eludir la acción de justicia o entorpecer la investigación (art. 280).

Por ello, de un examen realizado sobre las condiciones personales corresponde investigar sobre los aspectos mencionados:

a) Del entorpecimiento de la investigación:

¿El hecho de que XXXXXXXXXXXX recupere su libertad es una circunstancia que posibilitará el entorpecimiento de las investigaciones?

Estos Organismos consideran absolutamente que no, dado que el encartado siempre prestó su colaboración para que el proceso siga su curso sin realizar jamás algún tipo de maniobra tendiente a entorpecer la tarea de los jueces.

Lo señalado precedentemente conlleva a concluir que desde la valoración de este peligro procesal resulta procedente otorgar la excarcelación, de modo tal que pueda permanecer en libertad a la espera de la realización del juicio oral en lo que hace a esta cuestión. Por otro lado la investigación se encuentra concluida.

b) Sobre el peligro de fuga: Acorde a las condiciones personales del Sr. XXXXXXXXX no puede sostenerse, en forma objetiva y fundada, que tal peligro concorra en autos. Para ello, han de ponderarse distintas circunstancias que surgen de la causa, como son el arraigo que posee el imputado.

Además XXXXXXXXX carece de antecedentes penales y goza de un buen concepto entre los parroquianos de su localidad, resultando ser una persona dedicada al trabajo y su familia.

Todas estas cuestiones permiten descartar objetivamente, la existencia del peligro de fuga al que hace referencia la norma del art. 319 del C.P.P.N. en su conjunción con lo establecido en el artículo 280 de mismo cuerpo legal.

c) Sobre la imposición de una caución: Teniendo en cuenta que XXXXXXXXX carece de ingresos y que su vivienda es muy precaria y quedó destruida después del allanamiento, considero adecuado que la excarcelación se otorgue bajo caución juratoria. Ello debido a que la imposición de otro tipo de caución tornaría ilusoria y abstracta la libertad del imputado.

Por otro lado, cabe agregar que la detención del Sr. XXXXXXXXX en condiciones como las descritas, es decir en estado de huelga de hambre, procesado por la guarda de hojas de coca que no resulta considerado como tenencia para consumo o fabricación de estupefacientes de acuerdo a la ley ya citada, contradice la normativa internacional sobre derechos humanos, agravado por el hecho de estar a la espera de la resolución de su situación procesal y encontrándose plenamente vigente el principio de inocencia. Por ello, a criterio de quienes suscriben, el único camino para garantizar el debido respeto a la dignidad del Sr. XXXXXXXXX es que transite el proceso libre de cualquier tipo de coerción personal estatal, sin perjuicio de reconocer la necesidad de asegurar los fines del proceso a través de medidas alternativas a la prisión preventiva.

V. CONSIDERACIÓN FINAL

Como cuestión final cabe destacar que el presente caso involucra la existencia de una violación de derechos fundamentales de la persona, como la libertad, amparados por la Constitución Nacional. Las implicancias de este caso trascienden el particular y los análogos que puedan llegar a presentarse con relación al derecho esgrimido en esta presentación.

VI. PETITORIO

Por todo lo expuesto solicitamos:

Se nos tenga por presentados en carácter de “amicus curiae” en la presente causa y por constituidos los domicilios invocados.

Se tengan en cuenta los argumentos esgrimidos en el presente, concediéndose la excarcelación del Sr. XXXXXXXXXXXXX, oportunamente solicitada por su defensa.

En caso de no hacer lugar a lo peticionado precedentemente, se otorgue el beneficio del arresto domiciliario establecido en el art. 33 de la Ley N° 24.660.

Proveer de conformidad que,

Será Justicia