

PRESENTAN *AMICUS CURIAE*

Señor Juez:

Gastón CHILLIER, en mi carácter de apoderado del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), con el patrocinio letrado de Carolina VARSKY, abogada inscrita al Tomo 70, Folio 297 CPACF y Maximiliano MEDINA, abogado inscripto al Tomo 101, Folio 776 CPACF, constituyendo domicilio procesal en la calle Piedras 547 Dpto. 1 de la Ciudad de Buenos Aires, en los autos caratulados “GENDARMERÍA NACIONAL S/ DELITO DE ACCIÓN PÚBLICA. DTE. HERMOSILLA DARIO JAVIER Y OTROS”, Expte. n° 14.966/2011 nos presentamos y decimos:

I. PERSONERÍA

Gastón CHILLIER es apoderado del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), tal como surge de la copia del poder que se acompaña —bajo juramento de ser fiel a su original—.

II. OBJETO

El objeto de esta presentación consiste en acercar al tribunal para su consideración al momento de resolver estos autos, un memorial en derecho que contiene principios y argumentos aplicables al caso.

A tal efecto, solicitamos se tenga al CELS por presentado en carácter de “Amigo del Tribunal” o “*Amicus Curiae*”, se incorpore este memorial en derecho a estos autos y se lo considere al momento de resolver.

III. ESQUEMA DEL PRESENTE MEMORIAL.

En primer lugar, analizaremos el instituto del *amicus curiae*, sus orígenes y su receptividad normativa en el Reglamento sobre Intervención de Amigos del Tribunal aprobado mediante la Acordada 28/2004 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Con posterioridad, fundamentaremos el interés del CELS en la cuestión debatida en el pleito, que acredita un indudable interés público; a la vez que demostraremos su competencia para acercar el presente memorial en derecho a la presente causa.

Tras una breve reseña de los hechos que han llegado a conocimiento de este Tribunal, nos referiremos a la ley n° 25.520, fundamentalmente en materia de estándares sobre actividades de inteligencia por parte de las fuerzas de seguridad. Seguidamente, desarrollaremos los alcances de las atribuciones de las fuerzas de seguridad en general y en particular ante situaciones vinculadas al delito previsto y reprimido por el artículo 194 del Código Penal.

IV. LA INSTITUCIÓN DEL *AMICUS CURIAE*.

El memorial en derecho que presentamos se inscribe en la tradición jurídica que tanto en el derecho comparado como nacional se conoce con el nombre de *amicus curiae*. El objeto de presentaciones de este tipo consiste en que terceros ajenos a una disputa judicial —pero con un justificado interés en la resolución final del litigio—, puedan expresar sus opiniones en torno a la materia, a través de aportes de trascendencia para la sustentación del proceso judicial.

En nuestro país la presentación de dictámenes en carácter de *amicus curiae* no sólo ha sido receptada por numerosos antecedentes jurisprudenciales, sino que ha tenido consagración nacional a través del Reglamento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Acordada 28/04, dictada el 14 de julio del 2004.

En dicha regulación, la Corte reivindica el instituto como un importante instrumento de participación democrática en el Poder Judicial, manifestando que la figura del amigo del tribunal es “un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia”¹.

¹CSJN, Acordada 28/04, “Autorízase la intervención de Amigos del Tribunal en todos los procesos judiciales correspondientes a la competencia originaria o apelada en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general. Reglamento”, de fecha 20 de julio de 2004.

En virtud de ello, ha expresado que:

“...el Tribunal vio apropiado que, en las causas en trámite ante sus estrados y en las 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)².

Asimismo, agregaron los magistrados en su Acordada que:

“...en el marco de las controversias cuya resolución por esta Corte genere un interés que trascienda al de las partes y se proyecte sobre la comunidad o ciertos sectores o grupos de ella, a fin de resguardar el más amplio debate como garantía esencial del sistema republicano democrático, debe imperar un principio hermenéutico amplio y de apertura frente a instituciones, figuras o metodologías que, por su naturaleza, responden al objetivo de afianzar la justicia entronizado por el Preámbulo de la Constitución Nacional, entendido como valor no sólo individual sino también colectivo”³.

Esta bienvenida innovación por parte del máximo Tribunal de la Nación demuestra que la tendencia en favor de la aceptación de los *amici curiae* es firme e inequívoca.

Cabe destacar que la presentación de los *amici curiae* de ninguna manera constituye un perjuicio para alguna de las partes del litigio. Por el contrario, la finalidad que subyace al instituto es la de colaborar en la sustanciación del proceso, aportando conocimiento, argumentos, experiencia y opiniones que puedan servir como elementos de juicio a tener en cuenta a la hora de resolverse la disputa.

Asimismo, la presentación de memoriales en derecho garantiza la participación de la sociedad civil y terceros interesados en ciertas cuestiones de trascendencia pública que se debaten ante los tribunales. Esta participación —que el *amicus curiae* vehiculiza— hace al principio republicano de gobierno consagrado en la Constitución Nacional. La transparencia del debate público y el acercamiento del poder judicial a los ciudadanos contribuyen al fortalecimiento de las instituciones republicanas y a la calidad del sistema democrático.

De lo dicho se desprende la viabilidad de la presentación denominada *amicus curiae*, en cualquier instancia de un proceso aún abierto, y sin que exista una limitación en función del fuero que se trate. En efecto, por su propia naturaleza, este instituto procede sin que existan al respecto restricciones formales que puedan oponérsele.

En virtud de lo expuesto, nos presentamos ante V.E. con el objeto de que se nos permita exponer nuestros argumentos jurídicos a los efectos de colaborar con la resolución del presente caso sometido a estudio.

V. EL INTERÉS DEL CELS EN LA RESOLUCIÓN DEL PRESENTE CASO.

El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) es una organización no gubernamental que desde 1979 se dedica a la promoción y protección de los derechos humanos, el fortalecimiento del sistema democrático y el Estado de Derecho en Argentina. Para llevar adelante esa tarea desarrolla sus actividades especialmente desde el punto de vista técnico-legal.

Los hechos denunciados en esta causa se vinculan a la realización de acciones delictivas cometidas por integrantes de las fuerzas de la Gendarmería Nacional que pueden ser encuadradas en las figuras de incumplimiento de deberes de funcionario público (artículo del 248 del Código Penal de la Nación, en adelante CP) en tanto estas acciones pueden llegar a constituir órdenes contrarias a normas expresas previstas en la Ley de Inteligencia Interior (ley 25.520), en la Ley de Defensa Nacional (ley 23.554) y en la Ley de Seguridad Interior (ley 24.059) y el Código Procesal Penal de la Nación (en adelante CPP Nación).

Desde 1983 uno de los principales desafíos del CELS fue democratizar las fuerzas de seguridad y en función de ello, desmilitarizar las actividades de inteligencia. El CELS definió muy tempranamente una agenda de trabajo orientada a la protección de derechos humanos en democracia, tanto los

² CSJN, Acordada 28/04, ut supra.

³ CSJN, Acordada 28/04, ut supra.

civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales. Al trabajo histórico y persistente en reclamo de verdad, justicia y memoria por los crímenes cometidos durante la última dictadura militar, el CELS añadió, hacia fines de los años 80, la investigación y denuncia de numerosas violaciones a los derechos humanos vinculadas al accionar violento de las fuerzas de seguridad, las condiciones inhumanas de detención de las personas privadas de su libertad en comisarias y cárceles de todo el país y la persistencia de situaciones de crueldad institucional como torturas, malos tratos o abusos, fundamentalmente contra los sectores más excluidos de la sociedad. Entre otros ejes vinculados a las fuerzas de seguridad, el CELS incorporó dentro de sus áreas temáticas la cuestión del control y monitoreo de las fuerzas de seguridad en el Estado de Derecho. Las actividades de inteligencia son parte de esas tareas que la sociedad civil debe controlar a fin de lograr una mayor democratización de las fuerzas.

La sanción de la ley 25.520 vino a ocupar un vacío normativo ya que no había regulación del sistema de inteligencia nacional. Como veremos a continuación, la ley se sancionó en resguardo de los intereses de la sociedad en su conjunto con el objetivo de lograr eficacia en las investigaciones pero previendo los mecanismos legales para evitar los abusos del Estado cometidos en el pasado.

En este sentido, en virtud de que como veremos, los hechos que enmarcan esta presentación dan cuenta de la posible trasgresión de ese cuerpo normativo, es que nos presentamos ante Ud.

VI. BREVE RESEÑA SOBRE LOS HECHOS DEL CASO.

Los querellantes Alejandrina BARRY, María Victoria MOYANO ARTIGAS, Javier HERMOSILLA, Lorena GENTILE, Leonardo NORNIELLA, Javier HERMOSILLA, Nora CORTIÑAS, Elia ESPEN, Enrique M. FUKMAN, Graciela ROSENBLUM, Juan Carlos CAPURRO, Nora LÓPEZ TOMÉ y Marcelo BAGNATI formularon una denuncia penal con el objeto de que se investigue la posible comisión del delito de incumplimiento de deberes de funcionario público (Art. 248 del CP), en virtud de que en diversas manifestaciones y reclamos gremiales y sociales, se habría identificado la realización de distintas tareas de "inteligencia ilegal" efectuadas por personal de Gendarmería Nacional (en adelante GN).

Concretamente, afirman los denunciados que personal de GN obtuvo diversa información de militantes sociales, en forma ilegal y que luego dicha información se utilizó en distintos expedientes judiciales, lo que se tradujo en la realización de tareas de inteligencia sobre organizaciones sociales, políticas y gremiales en violación a lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley 25.520.

En cuanto al modo de operar de los distintos agentes de GN, los querellantes denunciaron que en algunas manifestaciones sociales hubo personal sin identificar, infiltrados y con ropa de civil. A modo de ejemplo, en la causa n° 481/09 en trámite ante el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de Tres de Febrero, se afirmó que el Gendarme Raúl SHEURMAN, integrante de la Unidad Especial de Procedimientos Judiciales de Gendarmería Nacional (en adelante UESPROJUD), al momento de labrar el acta procedimental ante un corte de tránsito en la Av. Panamericana, dejó expresa constancia que el personal asignado –correspondiente a GN – concurrió al lugar de los hechos "vestidos de civil para mezclar(se) entre la gente y determinar quiénes son los que hablan por los altoparlantes, ver quiénes son los organizadores..." (sic).

También se denunció que en la causa 620/10 en trámite ante el mismo Juzgado Federal, una gendarme concurrió con ropa de civil y se infiltró en una manifestación en repudio al asesinato de Mariano FERREYRA, con el objeto de recabar información sobre los militantes sociales.

Por otra parte, los denunciados le dedican un apartado específico al "Vocabulario utilizado" por los agentes de GN que se desprende de las actas judiciales, como una situación que debe destacarse para analizar los hechos denunciados.

Además, afirmaron que en diversas causas penales iniciadas por la posible infracción del artículo 194 del CP, el autor del delito ya "estaba decidido previamente" (sic) por los propios agentes de GN. A modo de ejemplo, se cita la situación respecto del dirigente de la Corriente Clasista y Combativa (en adelante CCC), Luis CUBILLA, quien fuera mencionado por los gendarmes con posterioridad a su muerte como uno de los referentes que organizaron el corte de la Av. Panamericana el 20 y 21 de agosto de 2009. Según la denuncia, este hecho demuestra que "la Gendarmería evidentemente en sus "bases datos" tenía sindicado a Luis Cubilla como dirigente de la CCC zona norte" (sic), lo que les permite inferir que esta fuerza de seguridad efectúa seguimiento a distintas organizaciones sociales y políticas.

Más adelante, afirman que de acuerdo con lo declarado en la causa 620/2010, la gendarme Elizabeth CALISAYA afirmó que la GN posee una base de datos donde se estaría volcando los datos de quienes ejercen el derecho de protesta en clara violación al artículo 4 inciso 2 de la ley 25.520.

También los querellantes sostienen que hasta el 21 de octubre de 2010 el dirigente Leonardo NORNIELLA no había sido investigado por ningún hecho delictivo, pero que sin embargo figuraba en una base de datos de la GN que permitió identificarlo, razón que permite inferir una posible sistematización de información contraria a la ley.

En este sentido, la denuncia hace especial hincapié en que la información obtenida por la GN en forma ilegal, luego es clasificada y seleccionada, y se puso como ejemplo que en el marco de la ya mencionada causa 481/09 a cargo de la jueza ARROYO SALGADO, no sólo participaron de la movilización aquellas personas señaladas por la fuerza, sino que también concurren las militantes María Victoria MOYANO ARTIGAS y Elia ESPEN, quienes sin embargo nunca fueron citadas en causa penal alguna.

Por último, sostuvieron que algunas de las tareas de inteligencia ilegal realizadas por la GN sobre las organizaciones gremiales, se realizan incluso previamente al inicio de las causas judiciales. Para sustentar esta imputación, manifestaron que durante el 2008 el Juzgado Federal de Tres de Febrero interviniente en la causa 141/07, ordenó determinar el paradero de algunos imputados, y que a raíz de esa orden la GN efectuó un informe detallado en el que se dio cuenta de las actividades políticas que se desarrollaron en el domicilio de uno de los manifestantes, lo cual muestra una vez más la violación de la ley nacional de inteligencia.

Luego de la formulación de la denuncia, Ud. ordenó entre otras medidas que el Ministerio de Seguridad de la Nación arbitre los medios necesarios para que se informe y se remita toda la normativa que regula las facultades y atribuciones de la GN en el marco de la investigación y prevención de delito en general. También, se requirió que se informe si existe alguna reglamentación que regule la formación y el contenido de "bases de datos" o "registros de información" en la GN.

Por esta razón, la fuerza efectuó una presentación en la que se informó la normativa que regula las facultades y atribuciones de la GN en el marco de la investigación y prevención de delitos. A su vez, informó sobre las bases de datos con las que cuenta la fuerza.

La causa, entonces, se encuentra en plena etapa de investigación. Entendemos que resultará de utilidad para la solución del caso, acercarle a Ud. distintas consideraciones sobre los estándares normativos que deben guiar la investigación del caso.

VII. FUNDAMENTOS.

VII. A Introducción

En este apartado, hacemos llegar a Ud. el desarrollo de los estándares que consideramos que resultan directamente aplicables al caso en lo que se refiere a la realización de tareas de inteligencia en general, actividades de inteligencia criminal y a las prohibiciones contenidas en el artículo 4, incisos 1 y 2 de la Ley 25.520.

También desarrollaremos el especial deber de protección del derecho a la intimidad de las personas y por último haremos un breve repaso sobre los criterios para la aplicación del artículo 194 del CP.

VII. B. La inteligencia estatal

1. El marco normativo

La regulación específica se encuentra en la ley 25.520 sancionada el 6 de diciembre de 2001. El artículo 2 inciso 1 define a la inteligencia de esta manera:

"La actividad consistente en la obtención reunión, sistematización y análisis de la información específica referida a los hechos, amenazas, riesgos y conflictos que afecten a la seguridad exterior e interior de la Nación."

Por su parte, el artículo 2 inciso 3 define a la inteligencia criminal en estos términos:

"La parte de la inteligencia referida a las actividades criminales específicas que, por su naturaleza, magnitud, consecuencias previsibles, peligrosidad o modalidades, afecten la libertad, la vida, el patrimonio de los habitantes, sus derechos y garantías y las instituciones del sistema representativo, republicano y federal que establece la Constitución Nacional."

Este es el marco normativo que regula nuestro sistema de inteligencia nacional y que rige para cualquier organismo de inteligencia. A ello se debe sumar que específicamente para las fuerzas de seguridad, el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, dictó el 10 de julio de 2003 la Resolución n° 38/2003 por la que se instruyó a los organismos de inteligencia de las instituciones de seguridad y policiales a sujetarse "estrictamente a las disposiciones contenidas en las leyes Nros. 24.059, de Seguridad Interior, y 25.520 de Inteligencia Nacional" a efectos de la realización de las tareas de obtención, reunión y sistematización y análisis de información. Es así que la Ley 25.520 constituye la normativa vigente en la materia para el tratamiento de la imputación efectuada en el presente caso, en concordancia con las reglas establecidas por el Código Procesal Penal de la Nación (en adelante CPP Nación).

2.A Las actividades de inteligencia prohibidas por el artículo 4.2 de la Ley 25.520

La ley de Inteligencia Nacional establece en su art. 4.2 que ningún organismo de inteligencia podrá:

"obtener información, producir inteligencia o almacenar datos sobre personas, por el solo hecho de su raza, fe religiosa, acciones privadas, u opinión política, o de adhesión o pertenencia a organizaciones partidarias, sociales, sindicales, comunitarias, cooperativas, asistenciales, culturales o laborales, así como por la actividad lícita que desarrollen en cualquier esfera de acción."

Es decir que la ley de inteligencia prohíbe la producción de inteligencia o el almacenamiento de datos en los supuestos recién establecidos.

El **tercer supuesto** es uno de los que merece especial atención para el caso, ya que prohíbe la obtención de información, la producción de inteligencia o el almacenamiento y clasificación de datos sobre personas, por el solo hecho de las acciones privadas de las personas.

Para definir el concepto de acción privada debemos remitirnos al artículo 19 de nuestra Constitución Nacional en cuanto dispone que:

"Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados".

El artículo 19 de la CN consagra uno de los límites materiales más importantes al poder estatal. No es un límite exclusivo al poder punitivo sino que se refiere a cualquier intervención del estado en la vida de las personas.

Para proteger a los ciudadanos, el Estado solo puede prohibir, restringir o perseguir aquellas acciones de las que se derive una lesión de los derechos de otros. Cualquier intervención del Estado en la vida de las personas que tenga lugar por otros motivos, configura una transgresión a los límites de la acción estatal⁴.

También, el **cuarto supuesto** puede tener incidencia en el marco de la discusión del caso ya que establece que no se puede obtener información o producir inteligencia o almacenar datos basados en la mera opinión política de las personas.

El Artículo 19. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la obligación estatal de que "Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.". En similar sentido, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos dispone que "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión..."

Estas disposiciones garantizan a las personas la posibilidad de opinar y expresarse libremente sin ningún tipo de interferencia del Estado. Cualquier restricción ilegítima de este derecho configuraría una violación a los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales respectivos.

⁴ Von Humbolt, W. "Los límites de la acción del Estado, pág. 122, citado por Zaffaroni, E. "Derecho Penal. Parte General" Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 122)

Por ello, la ley 25.520 en su artículo 4.2 pone en resguardo la libertad de expresión de cualquier ciudadano, al impedir la recopilación de información o la producción de inteligencia por motivo de la opinión política de las personas.

Por su parte, el **quinto supuesto** comprende varias situaciones que también deberán analizarse. Prohíbe la obtención de información, producción de inteligencia o el almacenamiento de datos de las personas, por el solo hecho de la adhesión o pertenencia a organizaciones políticas, sociales, sindicales, comunitarias, cooperativas, asistenciales, culturales o laborales.

Como correlato de la libertad de expresión, se deriva la posibilidad de las personas de agruparse políticamente en cualquier tipo de organización civil. La realización de tareas de inteligencia por estos motivos se encuentra vedada por las disposiciones enunciadas.

Entendemos que la esencia de las prohibiciones dispuestas por el artículo 4 inciso 2° de la ley de inteligencia, se traduce en la posibilidad de ejercer libremente los derechos constitucionales de expresión, participación y de opinión política, lo que constituye una reglamentación del derecho constitucional del principio de acto, también consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

En este sentido, de acuerdo con la letra constitucional se excluye del ámbito de intromisión del Estado toda clase de actos internos, como los meros pensamientos, la ideología, la fe religiosa, la afiliación política, los rasgos personales o de personalidad.

En relación a este principio, MAGARIÑOS ha dicho que:

“Determinados rasgos de carácter o de personalidad, o bien ciertas ideas o pensamientos, pueden sin duda lesionar o afectar los sentimientos, convicciones o creencias de alguna persona e inclusive las de un grupo mayoritario, en tanto se tome conocimiento de ellos. En consecuencia, la protección de los “actos internos”, en esa clase de hipótesis, no se halla en el principio de lesividad o en la exigencia del carácter público de los actos, sino en el principio de exteriorización...”⁵.

El principio de acto, es, entonces, un límite básico al poder estatal que se encuentra íntimamente vinculado con el derecho a la libertad. El Estado no puede entrometerse en aquello que forma parte del fuero interno de la persona.

Siguiendo a MAGARIÑOS:

“Sin ese alcance de la garantía normativa, que asegura la más absoluta libertad interior con relación a la incumbencia, se destruye el concepto de persona.”⁶

Y concluye que:

“La constitución argentina define un tipo de Estado en el cual se garantiza a cada individuo la expectativa de libre configuración de su personalidad, y para ello, la regla constitucional contenida en el art. 19 asegura, en su límite inferior, al fuero interno como un espacio ajeno a **toda clase de incumbencia estatal**, en razón de que “todo el derecho penal no totalitario reconoce un status mínimo del autor. En la medida en que rige el principio cogitationis poenam nemo patitur” (nota omitida).”⁷

Esta garantía determina que sólo acciones, es decir decisiones de voluntad exteriorizadas, pueden ser objeto de interferencia estatal, lo que excluye cualquier injerencia sobre meros pensamientos o condición de personalidad. La intervención estatal solo procederá en cuanto se produzca una acción (decisión exteriorizada – principio constitucional de acto) que además sea socialmente relevante y provoque una afectación a un bien jurídico, ello es una afectación de terceros (principio de lesividad). Es el doble límite que contiene el artículo 19 de la CN.

En definitiva, cualquier tipo de operación de obtención, reunión, sistematización y análisis de información realizado por un organismo de inteligencia del Estado –incluidas las fuerzas de

⁵ MAGARIÑOS, M. Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto, Ed. Ad-hoc, p. 37.

⁶ MAGARIÑOS, M., ob. cit., p. 62.

⁷ MAGARIÑOS, M. ob. cit., p. 65 el destacado me pertenece.

seguridad –, basado en la opinión política, la ideología o la acciones privadas de las personas, configura una injerencia ilegítima en un ámbito de la vida privada que se encuentra resguardado bajo el amparo del art. 19 de la CN y que está prohibido expresamente por el artículo 4.2 de la Ley 25.520. Esta prohibición no puede dar lugar a interpretaciones que la desnaturalicen. En ningún caso, lo establecido por otras normas podrá interpretarse como una habilitación a realizar tareas de inteligencia sobre los presupuestos expresamente vedados por el artículo 4.2 de la ley.

2.B Las actividades de inteligencia criminal

2.B.I Alcance y límites establecidos en la ley 25.520

Delimitado el alcance de la prohibición contenida en el inciso 2 del artículo 4 de la Ley 25.520, analizaremos la regulación de una actividad permitida: la inteligencia criminal.

Si bien se trata de una actividad de difícil contralor, lo cierto es que la ley fija diversos límites que deben ser interpretados a la luz de las disposiciones constitucionales y de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional que regulan este tipo de actividades.

Dijimos que la inteligencia criminal está definida como “La parte de la inteligencia referida a las actividades criminales específicas que, por su naturaleza, magnitud, consecuencias previsibles, peligrosidad o modalidades, afecten la libertad, la vida, el patrimonio de los habitantes, sus derechos y garantías y las instituciones del sistema representativo, republicano y federal que establece la Constitución Nacional.”

De acuerdo con la definición legislativa configura una parte del sistema de inteligencia nacional que procura la obtención, reunión, sistematización y análisis de información referida a delitos que configuren alguna amenaza para la seguridad interior.

Como se puede ver, el primer recaudo exigido para la realización de actividades de inteligencia criminal es que nos encontremos, justamente, ante **una actividad criminal**. Es decir, ante la inminencia o consumación de algún hecho definido como delictivo de acuerdo con el catálogo de tipos penales existentes en las leyes penales.

El segundo recaudo legal es que las actividades criminales sobre las que se puede realizar inteligencia, son aquellas que por su naturaleza, magnitud, consecuencias previsibles, por su peligrosidad o modalidades, afecten a la libertad (Capítulo I del Título V del Libro Segundo del Código Penal “Delitos contra la libertad”), la vida (Capítulo I del Título I del Libro Segundo “Delitos contra la vida”), el patrimonio de los habitantes (Capítulo I del Título VI del Libro Segundo “Delitos contra la propiedad”), sus derechos y garantías (parte dogmática de la CN) y las instituciones del sistema de gobierno (parte orgánica de la CN).

Fuera de estos supuestos no se puede realizar inteligencia criminal. Es decir, debemos encontrarnos ante una actividad criminal que por las distintas circunstancias enunciadas afecten a los bienes jurídicos mencionados⁸.

El recaudo vinculado a la posible afectación a la libertad, la vida o el patrimonio de los habitantes, no reúne en principio ningún problema a nivel normativo, ya que como hemos visto remite expresamente a disposiciones del CP.

No obstante, a simple lectura se puede advertir que el supuesto de mayor dificultad para definir es aquel referido a aquellos delitos que afecten los derechos y garantías de los habitantes, ya que cualquier acción delictiva supone de alguna u otra manera, la lesión de algún derecho constitucional. Es decir, si consideramos legítima la regulación de la norma en orden a la posible realización de actividad de inteligencia criminal en el supuesto de una modalidad delictiva que afecte los derechos y garantías de los habitantes, indudablemente se habilitaría para cualquier actividad criminal.

Esa no parece ser la intención legislativa, ya que de haber sido así, no se hubieran enumerado taxativamente los casos en los que se puede proceder a la realización de inteligencia criminal. La enumeración evidencia que el legislador quiso dejar al margen la posibilidad de aplicar esta ley a cualquier conducta delictiva.

Por su parte, merece destacarse lo dispuesto por el artículo 4. 1 de la ley 25.520 que dispone que ningún organismo de inteligencia podrá:

⁸ Por su parte, la ley 25.326 también dispone en el artículo 23 inciso 2º que el tratamiento de datos personales a los fines de seguridad pública por parte de las fuerzas de seguridad, se debe limitar a la necesidad que surja de aquellos fines asignados.

“Realizar tareas represivas, poseer facultades compulsivas, cumplir, por sí, funciones policiales ni de investigación criminal, salvo ante requerimiento específico realizado por autoridad judicial competente en el marco de una causa concreta sometida a su jurisdicción, o que se encuentre para ello, autorizado por ley.”

Esta norma establece un límite a la posibilidad de realizar inteligencia criminal por parte de cualquier organismo de inteligencia, entre los que se incluye a las fuerzas de seguridad⁹. Solo se puede realizar tareas de obtención, reunión, sistematización y análisis de información cuando exista un **requerimiento judicial** en el marco de **“una causa concreta”**..

Ahora bien, en estos dos supuestos que hacen a la realización de actividades de inteligencia permitidas, es necesario analizar con minuciosidad la legitimidad de la orden judicial y/o de las tareas de prevención que desarrollen las fuerzas de seguridad de acuerdo con la autorización legal que les confiere el CPP Nación. La existencia de orden judicial no abre la posibilidad a que las fuerzas de seguridad hagan cualquier cosa, sino que deben atenerse a lo estrictamente ordenado, siempre que la orden se encuentre, también, dentro de las facultades del juez (es decir, que ordene actividades de inteligencia permitidas, no violatorias del art. 4.2 de la ley de inteligencia). Por su parte, las actividades de prevención policial también encuentran diversas limitaciones que el propio Código Procesal Penal de la Nación establece y que serán analizadas más adelante, a las que se deben sumar aquellas limitaciones que surgen de la CN y de los tratados internacionales de Derechos Humanos en virtud del alcance del derechos a la intimidad¹⁰.

En la ley 25.520 la única regulación específica –más allá de la prohibición genérica del artículo 4.1 – ante injerencias arbitrarias al derecho a la intimidad se encuentra en el artículo 18 que dispone que:

“Cuando en el desarrollo de las actividades de inteligencia o contrainteligencia sea necesario realizar interceptaciones o captaciones de comunicaciones privadas de cualquier tipo, la Secretaría de Inteligencia deberá solicitar la pertinente autorización judicial. Tal autorización deberá formularse por escrito y estar fundada indicando con precisión el o los números telefónicos o direcciones electrónicas o de cualquier otro medio, cuyas comunicaciones se pretenda interceptar o captar.”

En esta disposición el legislador ha sido claro. Ante una medida como la interceptación de comunicaciones privadas –que afecta la intimidad de las personas – se requiere autorización judicial que debe ser fundada y precisa. Además, la última parte del artículo 19 de la ley 25520 dispone un plazo de sesenta días para la autorización de interceptación, que excepcionalmente puede prorrogarse por otros sesenta días. A esta prohibición, insistimos, se suma la definición general del artículo 4.2.

Claramente, todos estos recaudos establecidos para las interceptaciones telefónicas, tienden a dar cumplimiento de la protección legal contra toda injerencia arbitraria contra la intimidad de las personas.

2.B.II Los límites impuestos por el CPP Nación

⁹ Como dijimos, la Resolución n° 38/2003 del Ministerio de Justicia y Seguridad de la Nación, instruyó a los organismos de inteligencia de las instituciones de seguridad y policiales a sujetarse “estrictamente a las disposiciones contenidas en las leyes Nros. 24.059, de Seguridad Interior, y 25.520 de Inteligencia Nacional”.

¹⁰ El derecho a la intimidad no sólo protege el domicilio de una persona sino también todo otro aspecto de la vida privada de una persona: Los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, de algún modo refuerzan esta postura. Veamos: La Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH), establece en su artículo 12 que: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, la de su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”. La Convención Americana Sobre Derechos Humanos dispone en su artículo 11 que: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y dignidad personal. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticas señala en su art. 17 que: 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

Como adelantamos, el artículo 4.1 que habilita la realización de tareas de inteligencia criminal refiere a la existencia de una orden judicial y a las actividades de prevención policial. Para este segundo supuesto, debemos remitirnos a las normas que regulan las facultades, atribuciones y límites de cualquier fuerza de seguridad en el marco de la investigación y prevención de delitos, que se encuentran en las disposiciones procesales del Título II del CPP Nación.

En primer lugar, el artículo 183 del CPP Nación dispone que:

“La policía o las fuerzas de seguridad deberán investigar, por iniciativa propia, en virtud de la denuncia o por orden de autoridad competente, los delitos de acción pública, impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir las pruebas para dar base a la acusación.”

Esta norma establece los supuestos en los que deben intervenir las fuerzas de seguridad. Se trata de las modalidades que habilitan el inicio de la actividad de prevención de la policía o de las demás fuerzas de seguridad¹¹.

El CPP Nación establece que la única intervención de las fuerzas de seguridad en materia de prevención del delito puede ocurrir ante la comisión de “delitos de acción pública”. Ahora bien, concretamente este artículo no regula las facultades y atribuciones, sino que describe las funciones de prevención, en cuanto consagra el deber de investigar los delitos y de impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir las pruebas para dar base a la acusación.

Para cumplir con esta función, el artículo 184 del código de forma es el que regula las atribuciones deberes y limitaciones de las fuerzas de seguridad¹². Es decir, las fuerzas de seguridad, según las circunstancias, podrá realizar distintas tareas para cumplir con su función pero atendiendo a las atribuciones específicamente establecidas para ello.

La doctrina tiene dicho que el artículo 184 es el que detalla taxativamente cuales son las obligaciones y facultades de las fuerzas de seguridad para cumplir con las funciones establecidas en

¹¹ Navarro, G – Daray R. “Código Procesal Penal de la Nación, Tomo 2, 4º edición actualizada y ampliada, Ed. Hammurabi, p. 97

¹² Art. 184. Atribuciones, deberes y limitaciones.

Los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad tendrán las siguientes atribuciones:

1°) Recibir denuncias.

2°) Cuidar que los rastros materiales que hubiere dejado el delito sean conservados y que el estado de las cosas no se modifique hasta que lo disponga la autoridad competente.

3°) Disponer, en caso necesario, que ninguna de las personas que se hallaren en el lugar del hecho o sus adyacencias, se aparten de aquél ni se comuniquen entre sí mientras se llevan a cabo las diligencias que correspondan, de lo que deberá darse cuenta inmediatamente al juez.

4°) Si hubiera peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación, hacer constar el estado de las personas, de las cosas y de los lugares, mediante inspecciones, planos, fotografías, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la policía científica.

5°) Disponer con arreglo al artículo 230, los allanamientos del artículo 227, las requisas e inspecciones del artículo 230 bis y los secuestros del artículo 231, dando inmediato aviso al órgano judicial competente.

6°) Si fuere indispensable, ordenar la clausura del local en que se suponga, por vehementes indicios que se ha cometido un delito grave, o proceder conforme al artículo 281 dando inmediato aviso al órgano judicial competente.

7°) Interrogar a los testigos.

8°) Aprender a los presuntos culpables en los casos y formas que este Código autoriza y disponer su incomunicación cuando concurran los requisitos del artículo 205, por un término máximo de diez (10) horas, que no podrá prolongarse por ningún motivo sin orden judicial.

En tales supuestos deberá practicarse un informe médico a efectos de verificar el estado psicofísico de la persona al momento de su aprehensión.

9°) En los delitos de acción pública y únicamente en los supuestos del artículo 285, requerir del sospechoso y en el lugar del hecho noticias e indicaciones sumarias sobre circunstancias relevantes para orientar la inmediata continuación de las investigaciones. Esta información no podrá ser documentada ni tendrá valor alguno en el proceso.

10) No podrán recibir declaración al imputado. Sólo podrán dirigirle preguntas para constatar su identidad, previa lectura que en ese caso se le dará en alta voz de los derechos y garantías contenidos en los artículos 104, párrafo 1° y último, 197, 295, 296 y 298 de este Código, de aplicación analógica al caso, todo ello bajo pena de nulidad en caso de así no hacerse, sin perjuicio de la comunicación que hará el juez a la autoridad superior del funcionario a los efectos de la debida sanción administrativa por el incumplimiento.

Si hubiese razones de urgencia para que el imputado declare, o éste manifestara su deseo de hacerlo, y el juez a quien corresponda intervenir en el asunto no estuviere próximo, se arbitrarán los medios para que su declaración sea recibida por cualquier juez que posea su misma competencia y materia.

11) Usar de la fuerza pública en la medida de la necesidad.

Los auxiliares de la policía y de las fuerzas de seguridad tendrán las mismas atribuciones, deberes y limitaciones que los funcionarios para los casos urgentes o cuando cumplan órdenes del tribunal.

el artículo 183 del CPP Nación¹³. Por supuesto que estas normas deben conjugarse con aquellas disposiciones que se enmarcan en las leyes orgánicas de las fuerzas que tienen la obligación de intervenir ante la posible comisión de hechos delictivos¹⁴.

Esto significa que el artículo 183 del CPP Nación es la norma que reglamenta las obligaciones de las fuerzas de seguridad en el ejercicio de las funciones de policía judicial, y para determinar sus atribuciones, debemos recurrir a la norma específica que no es otra que el artículo 184 del CPP Nación.

Las preguntas son: ¿En qué momento las fuerzas de seguridad pueden realizar, de oficio, a modo de cumplir con la función de prevención, tareas de inteligencia? ¿Qué tipos de tareas son las que puede realizar?

Para contestar a este interrogante debemos definir el momento en el que una persona es considerada imputada de delito ya que no hay discusión respecto de que una vez iniciado un proceso penal contra una persona rigen todos los derechos y garantías constitucionales. La discusión, entonces, suele darse sobre cuando una persona puede ejercer esos derechos que funcionan como un vallado contra la pretensión persecutoria del Estado.

En relación al delicado tema que venimos analizando, inevitablemente surgen otros interrogantes: ¿Es válido que el Estado por medio de cualquiera de sus agencias pueda investigar a una persona sin una imputación penal en su contra? ¿Es legítimo que lo haga por fuera del marco de un proceso penal?

Insistimos en que si nos encontramos en el marco de un proceso penal, rigen todas las garantías judiciales de protección de los imputados. Incluido, claro está, el principio de inocencia. Este principio justamente cobra vida sólo cuando existe la posibilidad de ser declarado culpable, es decir, constituye un concepto referencial a la idea de un proceso penal seguido contra una persona; en tanto que la situación jurídica de cualquier persona por fuera de un proceso de estas características es la libertad¹⁵.

En este sentido, el proceso penal supone la construcción de la culpabilidad y la sentencia condenatoria constituye la destrucción del estado jurídico de inocencia del individuo sometido a proceso penal¹⁶. Pero ya la sola circunstancia de verse sometido a persecución penal implica una clara restricción a sus derechos fundamentales.

En todo caso ante una persecución penal adquiere el *status* de inocente, ya que ésta es “[l]a situación jurídica de un individuo frente a cualquier imputación [...] mientras no se declare formalmente su culpabilidad [...]”¹⁷ y adquirirá dicho estado jurídico desde que exista una persecución penal (imputación concreta) en su contra, porque justamente la persecución penal se sustenta sobre la sospecha de culpabilidad. La fuerza limitadora del principio de inocencia radica en esta cuestión: proteger jurídicamente al imputado a pesar de que fácticamente se sospeche de su culpabilidad.

A la luz de estos principios, la actividad de inteligencia en general y la inteligencia criminal en particular es un tema que merece analizarse con sumo detenimiento. Sobre todo para contestar al interrogante de si es legítimo realizar inteligencia criminal por fuera de una investigación penal en la que exista una hipótesis delictiva.

Además, aún si se aceptara esto, no ha sido desarrollado por la jurisprudencia cuáles son los estándares para evaluar la legitimidad de las actividades de inteligencia en los momentos previos a la iniciación del proceso.¹⁸ Creemos que la problemática no ha sido tratada con la suficiente minuciosidad, situación que necesariamente requiere de un análisis detallado con especial hincapié en todos los derechos fundamentales involucrados¹⁹.

¹³ Navarro, G – Daray R., ob. cit. p. 99.

¹⁴ En el caso de la Gendarmería Nacional, la ley 19.349 es la norma que regula las funciones encomendadas a la fuerza.

¹⁵ BINDER, A. “Introducción...” p. 124

¹⁶ BINDER, A., op. cit., p. 127

¹⁷ MAIER, JULIO .B.J. “Derecho Procesal Penal” Tomo I, Ed. Del Puerto, p. 492.

¹⁸ La CNCP ha afirmado que “las labores de averiguación, pesquisa, etcétera, genéricamente denominadas “Tareas de inteligencia”, constituyen una metodología normal en la detección de los delitos y sus posibles autores. Más que una aceptable técnica de investigación, es una actividad absolutamente esencial para las fuerzas policiales y cuerpos de seguridad y forman parte integrante de las funciones que en modo imperativo establece el ordenamiento procesal en su artículo 183...” Estas tareas “forman parte de todo proceso de investigación y pueden ser tanto anteriores como posteriores a la iniciación de una causa judicial (Cámara Nacional de Casación Penal, “Garrido, Alejandro J. y otros s/ recurso de casación, Sal i DEL 03/03/1999)

¹⁹ El 24 de noviembre de 2002, integrantes de la agrupación Hijos por la Identidad y la Justicia contra el Olvido y el Silencio (en adelante HIJOS), de la regional Mar del Plata, realizaron un “escrache” frente a un ex centro clandestino de detención. Ante este evento, un móvil de la Delegación Departamental de Mar del Plata, se detuvo en el lugar y los

Como conclusión preliminar, podemos decir que tanto la ley de inteligencia como el CPP Nación, fijan determinados límites a la realización de tareas de obtención, sistematización, reunión, análisis y clasificación de información, cuyo presupuesto principal es la sospecha de comisión de un delito y que a su vez existen límites a la recopilación de esta información propia de los límites de cualquier actividad de inteligencia (Art. 4.2 de la ley).

Otros criterios de interpretación

De acuerdo a lo que hemos desarrollado, para que una actividad de inteligencia criminal se adecúe a los lineamientos establecidos por el artículo 2.3 de la ley 25.520, debe existir una actividad criminal que, por diversas razones afecte a la libertad, la vida, el patrimonio de los habitantes, sus derechos y garantías y las instituciones del sistema representativo, republicano y federal establecido por la CN.

Ante la oscuridad legislativa en definir con precisión los supuestos en los que puede proceder una actividad de inteligencia criminal –en especial aquel que dispone que procede ante actividades delictivas que afecten los derechos y garantías de los habitantes del país-, entendemos que para no vulnerar injustificadamente el derecho a la intimidad, la posibilidad de realizar estas tareas debe adecuarse –como mínimo – a las exigencias requeridas para cualquier otro tipo de intromisión en la esfera privada de las personas. Ello además, se corresponde con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos vinculado al problema de la interpretación y validez de las restricciones de derechos²⁰.

agentes que se encontraban a bordo comenzaron a tomar fotografías. Por esta razón, algunos integrantes de HIJOS efectuaron una acción de Hábeas Data. Ante el pedido judicial de informes, el jefe del operativo informó que las fotografías fueron tomadas "al solo efecto de dejar constancia que el acto se desarrolló sin inconvenientes". Tras ello, el juez interviniente, Marcelo Madina, ordenó un allanamiento a la Delegación Departamental en el que se pudo secuestrar unas ochos fotografías que no habían sido entregadas y en las que podía verse el rostro de algunos de los manifestantes. El 24 de febrero de 2004, el juez resolvió que los agentes que habían tomado las fotografías habían actuado "sin responder a directivas precisas" y "sin control específico". Concretamente afirmó que estas tareas configuraban "lo peor del espionaje ideológico" y que gozaban "de una absoluta discrecionalidad en su tarea lo que es decisivamente peligroso e inaudito en una institución tan vertical como la Policía provincial, salvo que se utilice para fines espurios." Además, el fallo agregó que **"...es absolutamente indispensable que la tarea policial se relacione solamente con las conductas delictivas y no para espiar a las personas o agrupaciones sólo por sus ideas, puesto que ello nos retrotrae a las peores épocas de los gobiernos autoritarios."** El fallo analiza con acierto cual es el ámbito de incumbencia de las fuerzas de seguridad que efectúan tareas de inteligencia. El principal recaudo es la posible existencia de un hecho delictivo. Por fuera de estos supuestos no es posible realizar este tipo de tareas. Para más información, véase CELS. "La Justicia frente a la protesta social". Fernández, G., "El desarrollo de tareas de inteligencia sobre manifestantes y organizaciones sociales en Argentina. Vulneración de los límites establecidos por la Ley de Inteligencia Nacional."

²⁰ El principio es que toda restricción de derechos fundamentales de las personas debe cumplir con determinados requisitos. Así, el artículo 29.2 de la DUDH que dispone que: "en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática". Por su parte, el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa que: "las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas". El artículo 32.2 de la Convención Americana, relativo a la correlación entre deberes y derechos, expresa que "los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática". Las limitaciones contenidas en el Artículo 32.2. o en aquellas normas que establezcan restricciones específicas permisibles para ciertos derechos deben cumplir, de acuerdo con la Corte, con las siguientes condiciones: "a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida; b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a "razones de interés general" y no se aparten del "propósito para el cual han sido establecidas" . c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas". En general se puede afirmar que las disposiciones que autorizan limitaciones a derechos consagrados en un tratado de derechos humanos deben ser interpretadas en forma restrictiva de manera que esos derechos no sean limitados más allá de lo requerido. Ello implica que las medidas de restricción deben ser "necesarias", y en este sentido la Corte Interamericana ha determinado que no basta que la medida sea conveniente, suficiente o útil para proteger el derecho, sino que debe ser "estrictamente necesaria". Y el hecho de que deban ser necesarias en una sociedad democrática, determina que no resulta suficiente una justificación que pretenda proteger a las mayorías de una conducta considerada ofensiva. Sin embargo, no solamente es importante analizar las normas que establecen limitaciones a los derechos protegidos. Es igualmente relevante establecer si la práctica o aplicación de una norma es excesivamente restrictiva. Una norma puede ajustarse a los parámetros establecidos para limitar un derecho pero su aplicación puede exceder dichos límites. Dicha práctica puede presentarse en el ámbito de los tribunales de justicia así como en la administración pública. Para el derecho internacional de los derechos humanos, no es suficiente argumentar la limitación sobre la base de afirmaciones no sustentadas o meras especulaciones de un daño presumido al bien común. Podemos concluir entonces, que las restricciones deben estar prescriptas por ley; su aplicación debe ser conforme a ella; debe perseguir uno de los fines previstos en la Convención; ser proporcional y necesaria para una sociedad democrática.

Un principio interpretativo de la ley procesal penal es aquel que dispone la obligación de interpretar restrictivamente toda disposición legal que coarte la libertad personal, o que limite el ejercicio de las facultades que son conferidas por la propia ley.

En conclusión, en casos como el presente en los que no hay una descripción acabada de las condiciones de aplicación al caso –a pesar de que el artículo 4.1 de la ley 25.520 fija determinados principios, como ser la necesidad de autorización judicial o la autorización legal – , una correcta hermenéutica obliga a aplicar por analogía determinadas disposiciones que tienden a la protección del derecho a la intimidad, ello también como corolario del principio *pro homine* de amplio desarrollo en el sistema internacional de protección de Derechos Humanos, que establece una regla sencilla y eficaz; “estar siempre a favor del hombre”, esto es, 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 en el ejercicio²¹.

Como una primera aproximación, y como derivación del requisito de estar ante una “actividad criminal”, la medida de inteligencia deberá motivarse en una sospecha fundada sobre la probable comisión de un delito, ya sea en carácter de autor o de partícipe, y entendemos que aquí también funciona como límite encontrarnos ante el comienzo de ejecución de alguna de las actividades delictivas enunciadas en el artículo 2º inciso 3º de la ley.

La “sospecha fundada” constituye un estándar derivado necesariamente del juego armónico de las distintas disposiciones procesales y de las normas constitucionales en juego. De lo contrario sería un contrasentido que se le exija al juez este requisito para disponer una orden de registro domiciliario²² o una requisita personal²³, todas situaciones que afectan directamente el derecho a la intimidad.

Además, la regla debe ser que la realización de tareas de inteligencia que pudieran provocar la afectación a la intimidad de las personas, debe ser ordenada por un juez tal como surge de la expresa prohibición contenida en el artículo 4.1 de la ley 25.520²⁴ y deberá contar con todos los requisitos para ser considerada como un acto jurisdiccional válido, es decir, debe encontrarse debidamente motivada tanto en los hechos como en el derecho aplicable.

Por su parte, las fuerzas de seguridad podrán realizar excepcionalmente este tipo de actividad, cuando por motivos de urgencia la situación obligue a actuar sin orden judicial (conf. Art. 4.1 de la ley 25.520 última parte). En ese caso, la actuación luego deberá ser convalidada judicialmente.

Esta parece ser la intención del legislador en el sentido de mantener un equilibrio entre la eficacia en la investigación y la protección de los derechos involucrados. En el debate parlamentario que dio origen a la sanción de la ley 25.520, quedó plasmado cual es el espíritu de la ley en el sentido de no restringir ningún tipo de derecho constitucional a la hora de obtener, reunir, sistematizar y/o analizar información con fines de inteligencia. De ahí que exista específicamente la tipificación de dos conductas delictivas dirigidas exclusivamente a los operadores de dicho sistema (cfr. Arts. 42 y 43 de la Ley 25.520).

El objetivo de la ley era modernizar el sistema de inteligencia para lograr eficacia en las actividades pero respetando todas las garantías constitucionales. Con la sanción normativa se limitó la discrecionalidad con la que contaban los organismos de inteligencia en clara contradicción con los principios democráticos del Estado de Derecho, producto de los períodos más autoritarios de nuestra historia.

²¹ Pinto, M. “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” en “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales” Abregú, M. y Courtis, Ch. compiladores, CELS, 2004 Ed. Del Puerto, p. 163.

²² Art. 224. - Si hubiere **motivo para presumir** que en determinado lugar existen cosas vinculadas a la investigación del delito, o que allí puede efectuarse la detención del imputado o de alguna persona evadida o **sospechada de criminalidad**, el juez ordenará por auto fundado el registro de ese lugar...”

²³ Art. 230. - El juez ordenará la requisita de una persona, mediante decreto fundado, siempre que haya **motivos suficientes para presumir** que oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito. Antes de proceder a la medida podrá invitársela a exhibir el objeto de que se trate. Las requisitas se practicarán separadamente, respetando el pudor de las personas. Si se hicieren sobre una mujer serán efectuadas por otra. La operación se hará constar en acta que firmará el requisado; si no la suscribiere, se indicará la causa. La negativa de la persona que haya de ser objeto de la requisita no obstará a ésta, salvo que mediaren causas justificadas.

²⁴ Una adecuada exégesis de la ley obliga a las fuerzas a no dispensar de la orden judicial ante afectaciones al derecho a la intimidad. Ello así ya que según el artículo 19 de la ley 25.520, como mencionamos, para la interceptación telefónica se requiere autorización judicial, razón por la que no se explicaría porque para otro tipo de actividad que afecte este derecho se pueda eximir de este recaudo.

Por su parte, de los distintos discursos de los legisladores que participaron de la sesión en la que se sancionó la ley 25.520, se puede destacar que todo el arco político coincidía en la necesidad de regular el sistema de inteligencia en el respeto de los principios del Estado de Derecho²⁵.

Incluso, el artículo 3 de la citada ley 25.520 dispone que:

“El funcionamiento del Sistema de Inteligencia Nacional deberá ajustarse estrictamente a las previsiones contenidas en la primera parte Capítulos I y II de la Constitución Nacional y en las normas legales y reglamentarias vigentes.”

Esta norma consagra el principio de sometimiento del propio Estado al derecho, es decir, la idea de que el funcionamiento del Estado está limitado en relación al contenido de sus posibles actos como en cuanto a los procedimientos de actuación. Y esos límites son, ni más ni menos, los derechos fundamentales de las personas.

En conclusión, para dar cumplimiento a lo dispuesto por los instrumentos internacionales de protección de derechos fundamentales y ante la oscuridad legislativa en establecer precisamente cuándo, cómo y por qué razones se pueden realizar actividades de inteligencia criminal, entendemos que para una adecuada exégesis se debe interpretar la prohibición del artículo 4.1 de la ley 25520 mediante la aplicación analógica de algunos de los otros supuestos vinculados a las restricciones al derecho a la intimidad que encontramos en las normas vigentes, particularmente en el CPP Nación (Arts. 224 y 230 del CPP Nación) y en el artículo 18 de la ley de inteligencia referida a interceptaciones telefónicas. Ello, claro está, siempre que las tareas de obtención, reunión, sistematización y análisis de información importe una restricción al derecho a la intimidad o a la dignidad de las personas, y que además no se trate de criterios prohibidos por el artículo 4.2 de la ley de inteligencia.

VII. C Los hechos que se investigan en esta causa

1. La utilización de criterios de obtención, almacenamiento y clasificación contrarios a la ley 25.520

En la denuncia penal se han relatado diversos hechos. Traemos a colación a modo ejemplificativo, las imputaciones formuladas por la actuación de GN en el marco de la Prevención de la UESPROJUD N° 345/2009 caratulada “Averiguación Pta. Infracción Art. 194 del CP”, correspondiente a la causa 381/09 en trámite ante el Juzgado Federal 1 de San Isidro, a cargo de la Dra. Sandra ARROYO SALGADO, cuyo procedimiento fue efectuado por el Alférez Raúl Ernesto SHEURMAN, quien labró el acta del día 20 de agosto de 2009 en la que se dejó constancia que en el marco del procedimiento por el corte de la Autopista Panamericana en la Localidad de General Pacheco, unas ciento cincuenta personas reclamaban “La reincorporación de los trabajadores despedidos y la mejora en las condiciones sanitarias”.

Concretamente, se reflejó en el acta que se llegó a individualizar a Ramón BOGADO, Luis CUBILLO y “Darío o Javier HERMOSILLA” (sic).

En el caso de Ramón BOGADO se informó a la jueza que resultaba ser “Delegado gremial del turno mañana, de la planta Terrabusi”. Respecto de Luis CUBILLO, que es “delegado de CCC (Corriente clasista y combativa)” y en relación a HERMOSILLA, se informó que es miembro de la comisión interna de Kraft Foods Argentina ex – terrabusi, “...y quien estaría alienado al Partido Obrero (PO).” (sic.)

Esta información fue ratificada por SHEURMAN en su declaración testimonial obrante en las actuaciones preventivas labradas al efecto y que fueron oportunamente remitidas al juzgado federal que se encontraba a cargo de la investigación. En dicha declaración, el alférez agregó que “...con relación al ciudadano RAMÓN BOGADO, DELEGADO DEL TURNO MAÑANA DE LA PLANTA “KRAFT FOODS ARGENTINA S.A.”, posee antecedentes en la Causa nro. 141/07 caratulada “AUTOPISTAS DEL SOL S/ DENUNCIA POR ART. 194 DEL C.P” registro del Juzgado Federal de Tres de Febrero, A/C del Dr. Juan Manuel CULOTTA, Secretaría Nro. 3 del Dr. Mariano

²⁵ Por ejemplo, Fernando Montoya, ex diputado nacional por la Unión Cívica Radical (UCR), quien expresó que: “En mi opinión ningún país puede prescindir de ese servicio, pero la actividad que realice no debe afectar derechos individuales garantizados por la Constitución Nacional. **Por eso es importante el equilibrio entre la actividad de inteligencia y la protección de esos derechos. Justamente este proyecto persigue ese equilibrio**, ya que la actividad de inteligencia, así como también los fondos presupuestarios, estarán sujetos al control del Congreso.” (Versión taquigráfica de la sesión en el congreso, correspondiente a la sanción de la ley 25.520, el destacado me pertenece)

LARREA, por la responsabilidad de quienes protagonizaron el día 23 de mayo de 2007 el Corte del Ramal Campana de la Ruta Panamericana”.

De la lectura del acta labrada por SHEURMAN y de su declaración testimonial, no hay explicación alguna respecto de cómo se llegó a la información vinculada a la militancia política y/o gremial de las personas señaladas. Lo que resulta cuanto menos llamativo, es que los agentes de GN ponen el énfasis en información que nada tiene que ver con comisión de delito alguno y sin especificar las fuentes de obtención.

De los hechos denunciados aparece la posibilidad de que la base de datos contenga criterios de clasificación prohibidos por la ley de inteligencia. En consecuencia, este es uno de los puntos que deben ser examinados en esta investigación judicial, es decir, si en alguna de las bases de datos de GN existen criterios de clasificación de información prohibidas por la ley. No se trata de si un agente de la GN actuó bajo las órdenes de una jueza en una causa judicial sino si la información que introdujo en el acta inicial surge de una fuente ilegítima y si los criterios de clasificación de esa información son ilegales.

Como veremos luego, la GN ha notificado que posee tres bases de datos. Se deberá determinar entonces si el énfasis puesto en la afiliación política de las personas mencionadas, forma parte de un criterio utilizado para almacenar y clasificar información sobre personas. Si esta situación se comprobara, estaríamos ante actividades de inteligencia ilegal.

Tal como ha informado GN en esta causa, la fuerza posee tres bases de datos denominados Sistema de Antecedentes de Gendarmería (en adelante SAG); Sistema de Gestión Operativa (en adelante SGO) y Proyecto “X”.

SAG y Proyecto “X”

En relación al SAG, GN ha informado que se trata de una base de datos que “... se utiliza a los fines de registrar antecedentes de personas y vehículos, pedidos de secuestros de vehículos y de armas. Adicionalmente permite realizar la registración migratoria de personas y vehículos.”

De acuerdo a su objeto, esta base de datos se utiliza para “... todos los procedimientos de control e investigación que realice Gendarmería Nacional, en los cuales estén involucrados personas, vehículos y/o armas, para determinar la existencia de medidas cautelares vigentes, emanadas de autoridad competente.” (Cfr. Punto 3 a. del Procedimiento Operativo Normal Nro. 2/07 para regular el funcionamiento y empleo del Sistema de Antecedentes de Gendarmería (SAG).)

Sobre el denominado “Proyecto X”, que de acuerdo a lo informado por GNA, se trata de una base de datos utilizada en causas judiciales cuyo contenido se vuelca a partir de investigaciones judiciales, entendemos que debería identificarse con exactitud cuales son las fuentes de obtención de la información, y los criterios de clasificación de datos de las personas, para analizar si efectivamente existe o no alguna transgresión normativa.

Es necesario entonces, que se analice exhaustivamente los criterios de clasificación utilizados por estas bases de datos para ver si los se adecuan o no a los parámetros legales. Es decir, es preciso diferenciar la investigación y análisis de las fuentes por las que llegó la información a la base de datos (que puede ser legal o ilegal) y los criterios de clasificación (que también pueden ser legales o ilegales).

SGO

En relación al SGO, la GN ha informado que “...esta base de datos se utiliza con los fines de registrar el total de los procedimientos policiales y judiciales realizados por la Institución en su despliegue territorial. Este sistema permite el ingreso descentralizado de información, al igual que su consulta en forma remota solamente a través de intranet de Gendarmería Nacional....”

Por su parte, en el Protocolo para regular el funcionamiento y empleo del “Sistema de Gestión Operativa” (SGO) de Gendarmería Nacional Argentina” se ha informado que la misión de esta base de datos es:

“Registrar en el sistema (SGO) toda la información y los datos que resulten de los procedimientos Operativos Policiales de Prevención y de Aplicación que realiza la Fuerza, que impliquen el empleo de personal y medios, **aún cuando del resultado del mismo no se generen actuaciones judiciales y/o policiales**, a fin de su posterior explotación en investigaciones y estadísticas.” (El destacado nos pertenece)

En sentido similar, en el punto 1 a) del Anexo 3 remitido al juzgado, se explica que en dicho sistema “Se registrarán todos los procedimientos en los que intervenga la fuerza, que impliquen el empleo de personal y medios, **aún cuando del resultado del mismo no se generen actuaciones judiciales y policiales**”.

Esta información brindada por la GN, establece que el SGO se utiliza para obtener información sobre **cualquier procedimiento**, lo que indudablemente abre la posibilidad de realizar actividades de inteligencia en violación al artículo 4.2 de la ley 25.520. El interrogante es ¿Por qué GN obtiene y sistematiza información que no genera ningún tipo de actuación?

Recordemos que la ley de inteligencia impide el almacenamiento de datos de las personas por el solo hecho de sus acciones privadas o sus características personales. En el apartado correspondiente, explicamos que el concepto de “acciones privadas” remite a la disposición constitucional establecida en el artículo 19 de la CN, norma que en rigor constituye la esencia misma del sentido de las prohibiciones establecidas en la ley 25.520.

Por ello, el registro de información en los supuestos que no generan actuaciones debe ser un dato a considerar a la hora de verificar la existencia o no de una actividad reñida con el artículo 4.2 de la ley.

También es necesario remarcar que el artículo 23 inc. 3º de la ley 25.326 de datos personales, expresamente prevé que “Los datos personales registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento.”, lo que refuerza aún más la hipótesis sobre la ilegitimidad de esta base de datos.

De ello se concluye que se torna indispensable conocer el contenido de esta base, puesto que de confirmarse que se obtuvo, se almacenó y se utilizó información que no culminó en actuaciones policiales ni judiciales, nos encontraríamos ante una violación a la ley.

Debe tenerse en cuenta lo afirmado por los querellantes en el tercer párrafo de la página 11 de la denuncia formulada, en cuanto sostuvieron que Leonardo Norniella fue identificado en una marcha del día 21 de octubre de 2010, hecho por el cual no fue imputado en ninguna causa penal, y que luego habría sido señalado como uno de los responsables de otro corte de ruta en base a su afiliación política. El interrogante que debe resolver esta investigación en este punto es ¿Cómo sabía la GN que Norniella era un activista político? ¿Hay un énfasis en la afiliación política para sistematizar esta información? ¿Por qué se almacenaron sus datos si cuando se lo identificó no se inició ninguna acción? Todos estos interrogantes deben ser resueltos por la investigación.

El protocolo de la base de datos denominada SGO, como dijimos, habilita –en una interpretación posible – almacenar información por fuera de los límites establecidos por la ley de inteligencia²⁶.

Ahora bien, si se intentara justificar esta regulación del SGO en el marco de actividades de inteligencia criminal, recordemos que el artículo 2.3 de la ley regula la posibilidad de realizar inteligencia criminal **solo en determinados supuestos** cuyo presupuesto básico es la investigación de alguna actividad criminal, o sea, la comisión o posible comisión de un delito. En este aspecto, vale aclarar que el almacenamiento de las bases de datos configura, por sí misma, una actividad de inteligencia permanente.

VII. D Los derechos constitucionales afectados en el marco de una protesta social

1. Libertad de expresión y derecho de reunión

Entendemos que todos los recaudos exigidos deben ajustarse aún más en los casos de protesta social. Es decir, para que sea legítima la injerencia de algunas de las agencias penales, los órganos de criminalización secundaria²⁷ deben someterse a estándares mucho más estrictos para iniciar una persecución penal.

Los distintos casos que nos ocupan sugieren que las actividades de protesta en las cuales participaron los denunciantes y que dieron origen a las actividades de inteligencia de GN, fueron encuadrados en el tipo penal establecido en el artículo 194 del Código Penal.

²⁶ Por otro lado, también debería investigarse el/los criterio/s para clasificar la información, ya que del punto 8 del Protocolo de actuación del SGO, surge que toda la información obtenida tiene carácter de “RESERVADA”.

²⁷ Zaffaroni explica que “*Criminalización secundaria* es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas. Es el acto del poder punitivo por el que éste recae sobre una persona como autora de un delito.”. Para luego agregar que por resultar de imposible cumplimiento el programa trazado por las agencias de criminalización primaria, las agencias policiales “...ejercen un poder selectivo sobre personas y criminalizan a quienes tienen más a mano” (Manual de Derecho Penal. Parte General, segunda edición, 2006, Ed. Ediar, p.12.)

Si bien no constituye el objeto procesal de esta causa, entendemos que para analizar la legitimidad de la intervención penal, debemos tener en consideración que entre el bien jurídico que protege el artículo 194 del CP y las conductas efectuadas por los aquí querellantes, existe una posible colisión de derechos. Por un lado, el derecho a la libre expresión, petición de las autoridades y reunión. Por el otro, la seguridad del tránsito y los medios de transporte.

Los derechos de reunión y de petionar a las autoridades tienen como objetivo central la difusión de ideas y opiniones así como la manifestación de críticas a los gobernantes. Su protección se encuentra directamente asociada con la libertad de expresión²⁸. No existe duda que la libertad de expresión y pensamiento desempeña una función crucial y central en el debate público.

En este sentido, la Corte IDH, ha señalado que es en interés del “orden público democrático”, tal como está concebido por la Convención Americana, que se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente²⁹.

Por su parte, la Comisión IDH ha expresado que el debate político “... está indisolublemente vinculado a la existencia misma de una sociedad democrática. Es más, la plena y libre discusión evita que se paralice una sociedad y la prepara para las tensiones y fricciones que destruyen las civilizaciones. Una sociedad libre, hoy y mañana, es aquella que pueda mantener abiertamente un debate público y riguroso sobre sí misma”³⁰.

En conclusión, cualquier persecución penal por hechos que constituyen el legítimo ejercicio de estos derechos, desconoce la naturaleza democrática de las actividades de protesta. No existe un Estado de derecho consolidado en aquellas sociedades en las cuales la posibilidad de disentir con las políticas y acciones del gobierno y de manifestarlo pública y abiertamente no está garantizada.

Por ello, la posibilidad de disentir se garantiza con el reconocimiento pleno de los derechos de reunión, de petionar a las autoridades, y de libertad de expresión.

Con todo, para analizar la validez constitucional de la intervención estatal en este tipo de ámbitos es indispensable considerar el contenido expresivo de la protesta social³¹.

Por todo ello, debemos coincidir, entonces, con el Relator para la Libertad de Expresión cuando dice que:

“El amedrentamiento a la expresión a través de la imposición de penas privativas de la libertad para las personas que utilizan el medio de expresión antes mencionado [demostraciones en la vía pública], tiene un efecto disuasivo sobre aquellos sectores de la sociedad que expresan sus puntos de vista o sus críticas a la gestión de gobierno como forma de incidencia en los procesos de decisiones y políticas estatales que los afecta directamente”³².

En conclusión, las fuerzas de seguridad y los jueces a la hora de perseguir una acción enmarcada dentro de una protesta social, deberán asegurarse de no restringir un derecho garantizado por la constitución nacional y los instrumentos internacionales. De lo contrario, su actuación será ilegítima y producirá el efecto de “criminalizar” un hecho determinado que en rigor debe interpretarse como un acto lícito en el marco del ejercicio de un derecho.

Otra cuestión que deben analizar los jueces y las fuerzas de seguridad a la hora de decidir intervenir penalmente sobre una protesta social, es la cuestión vinculada a que el derecho de reunión, se suele ejercitar en lugares de tránsito público, como una manifestación colectiva de la libertad de expresión a través de una asociación transitoria de personas³³.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado desde antaño que el derecho de reunión es una consecuencia directa de la libertad individual y de la libertad de expresión³⁴

²⁸ Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria, Judgment of 2 October 2001; Freedom and Democracy Party (OZDEP) v. Turkey.

¹² Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 13 de noviembre de 1985. Serie A, Nº 5, para. 69

³⁰ CIDH; Informe Anual 1994, Capítulo V; Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³¹ Ver al respecto, Informe Anual, del Relator Especial para la Libertad de Expresión 2002, capítulo IV –Libertad de Expresión y Pobreza-, párr. 34.

³² Ver, Informe Anual, del Relator Especial para la Libertad de Expresión 2002, capítulo IV –Libertad de Expresión y Pobreza-, párr. 35, in fine.

³³ CELS. Criminalización de la protesta social. En “El estado frente a la protesta social”, p. 62.

³⁴ CSJN, Fallos 156:81.

Por tal motivo, para que cualquier agencia del Estado pueda incidir (en este caso desde alguna agencia punitiva) en el ejercicio de este derecho, es necesario que existan razones fundadas³⁵ y en tal sentido, rigen las mismas consideraciones ya analizadas en términos generales sobre la restricción de derechos³⁶.

De acuerdo a lo que hemos sostenido, podemos afirmar que los principios constitucionales en juego imponen límites estrictos al Estado en relación a la interferencia frente a la expresión de ideas y este criterio es el que debe primar a la hora de analizar la legitimidad de las tareas de inteligencia realizadas sobre activistas u organizaciones sociales o políticas y las órdenes judiciales bajo las cuáles aquellas tareas pretenden quedar amparadas.

2. Interpretación restrictiva del tipo penal. Criterios específicos para la intervención del sistema penal en protestas sociales

Como hemos sostenido, ante una manifestación pública en la vía pública suele darse una situación de conflicto o colisión de derechos. Entendemos que para seleccionar o "criminalizar" una situación vinculada al ejercicio del derecho de reunión y libertad de expresión, tanto el Poder Judicial como las fuerzas de seguridad, deben justificar específicamente cuál es el "peligro" generado por las acciones de protesta, ello en términos de lo previsto y reprimido por el artículo 194 del CP³⁷.

Dentro de este título, el capítulo II se refiere a los "Delitos contra la seguridad de los medios de transporte y de comunicación". En ese capítulo se agrupan los artículos 190, que tutela la seguridad del transporte naval o aéreo; 191, referido a los atentados contra trenes en marcha; 192, que reprime la interrupción deliberada del funcionamiento de telégrafos o teléfonos afectados a un servicio ferroviario; 193, que amenaza con una pena más leve al que "arrojare cuerpos contundentes o proyectiles contra un tren o tranvía en marcha"; 194 que impide el entorpecimiento del transporte terrestre y servicios públicos; 195 referido al abandono de servicio; y 196 que pena al que, culposamente, "causare un descarrilamiento, naufragio u otro accidente previsto en este capítulo. Si del hecho resultare lesionada o muerta alguna persona...".

Señala Sebastián SOLER que en este capítulo se contempla una diversidad de materias acorde a la evolución progresiva de los medios de transporte: motivo por el que en el derecho antiguo no se les prestaba mayor importancia. Señala específicamente:

"En realidad es la importancia adquirida por los medios de transporte, según se ha dicho, lo que explica y justifica la inclusión de esta clase de infracciones dentro de la familia de los delitos contra la seguridad común, tanto por la magnitud de los daños posibles que justifican su asimilación a los estragos causados por fuerzas naturales, como por la alarma que suscitan los hechos de esta naturaleza"³⁸.

Por su parte, Carlos CREUS entiende que la razón de ser de la punibilidad, es el peligro común que se puede crear tras la afectación de servicios que por su utilidad por parte de la comunidad, al ser dañados o entorpecidos, pueden generar³⁹.

En la Exposición de Motivos de la ley de reforma 17.567 se explica el alcance de la norma con algunos ejemplos. Concretamente señala:

"Aquí se incluye, con una pena más leve, el hecho de entorpecer los transportes y algunos servicios públicos esenciales. Impedir el tránsito en una carretera, detener un tren o no permitir que en un momento dado se aprovisione regularmente con electricidad un pueblo, son ciertamente hechos delictivos, pero, en circunstancias normales, menos graves que atentar contra la usina o levantar los rieles de la vía por donde ha de pasar un tren".

La problemática consiste en definir el significado de la no creación de un peligro común. Tal como lo ha destacado Eugenio ZAFFARONI, la correcta interpretación del tipo penal previsto en el art. 194 del Código Penal es la siguiente:

³⁵ CELS, Ídem, p. 62.

³⁶ Véase Punto VII. B. 4. B de esta presentación.

³⁷ El artículo 194 se encuentra ubicado en el Título VII denominado "Delitos contra la seguridad pública". Con anterioridad, la ley 21.338 —como lo había hecho la ley 17.567—, rubricaba el título "Delitos contra la seguridad común", con el objeto de destacar claramente cual era la idea central que subyacía en casi todos los tipos: la creación de un peligro común. Ver al respecto Exposición de motivos, ley 17.567.

³⁸ SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, T. IV, Tipográfica editora argentina, Bs.As., p. 609.

³⁹ Creus, Carlos. Derecho Penal. Parte Especial, t. II, Ed. Astrea, 3° edición actualizada 1990, Bs.As., p. 35.

"Sin crear una situación de peligro común, en el contexto del capítulo de los delitos contra la seguridad de los medios de transporte y de comunicación, no puede entenderse como equivalente a *sin ningún peligro*, sino como un peligro que no sea común, es decir, con *peligro individual*"⁴⁰.

ZAFFARONI considera que la situación debe resolverse en el ámbito de la tipicidad ya que se trata ni más ni menos que del ejercicio de un derecho constitucional que, como tal, nunca puede ser prohibido.

Carlos CREUS, señala, además, que los delitos de que trata el Título VII:

"...están dirigidos a proteger la seguridad común" y, según explica, "...se entiende por tal la situación real en que la integridad de los bienes y las personas se halla exenta de soportar situaciones peligrosas que la amenacen. Las acciones típicas que las constituyen son todas ellas generadoras de peligro para esa integridad, al crear condiciones de hecho que pueden llegar a vulnerarla"⁴¹.

Es decir, para que se configure el delito previsto y reprimido por el artículo 194 del CP, será necesaria la verificación concreta de un peligro determinado e individual y es a partir de esta constatación que cualquier agencia punitiva puede intervenir ante un hecho de expresión de una protesta colectiva.

Cualquier otra injerencia del derecho penal en el marco del ejercicio de los derechos constitucionales involucrados importaría la **ilegítima criminalización de una protesta social**, especialmente protegida por nuestra norma fundamental y los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos.

Por ello, la obligación de perseguir todos los delitos de acción pública debe ceñirse a la verificación de una afectación al bien jurídico protegido por el tipo penal involucrado, requisito ineludible a la hora de perseguir y sancionar una conducta⁴².

Estos principios de intervención del sistema penal en el marco de protestas sociales, surgen de la interpretación armónica de todas las normas involucradas y resulta aplicable a operadores judiciales y a las fuerzas de seguridad, que en el ámbito de sus competencias son quienes deben evaluar y aplicar estos estándares a la hora de iniciar una persecución penal en la consideración de que una reunión o "protesta social" pueda constituir un delito. Insistimos entonces que para ello, necesariamente, deberá encontrarse debidamente fundada la posible situación de peligro exigida por el tipo penal del artículo 194 del Código Penal y cualquier otra injerencia indebida constituirá una ilegítima criminalización de una protesta social⁴³.

En este sentido, si no existe una afectación a la seguridad de transporte y como lo requiere el tipo penal aplicable, si no se produce la creación de un peligro, no es posible habilitar la criminalización de ninguna conducta que constituya una protesta social.

De ello se concluye que la realización de actividades de inteligencia frente a una protesta también debe considerarse como de aplicación restrictiva. Solamente se puede producir y podría proceder de considerarse que se produjo o se comenzó a ejecutar el delito previsto y reprimido por el artículo 194 del Código Penal, con especial fundamento en la exigencia típica de creación de un peligro concreto e individual.

⁴⁰ ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *"El Derecho Penal y la criminalización de la protesta social"*, Jurisprudencia Argentina, 2002-IV, fascículo N° 7, p. 30).

⁴¹ Creus, Carlos. ob. cit.

⁴² Según Arroyo Zapatero "la primera condición de legitimidad de una infracción penal es que se dirija a la tutela de un bien jurídico" ya que "el mal que se causa a través de la imposición de una pena sólo resulta conforme con el principio de proporcionalidad si con ello se trata de tutelar un interés esencial para el ciudadano o la vida en comunidad" Arroyo Zapatero, L. "Derecho penal económico y Constitución" en Revista Penal, n° 1, Praxis, Barcelona, julio de 1997, p. 1, citado por Niño, L. "El bien jurídico como referencia garantista" Ed., del Puerto, 2008, p. 28.

⁴³ Merece destacarse que en este caso también resulta aplicable el criterio hermenéutico de la interpretación restrictiva de toda disposición que restrinja o limite los derechos de las personas, en conjunción con el criterio principio *"pro homine"*, lo que nos lleva a afirmar que en caso de duda, deberá optarse por no iniciarse ninguna persecución penal. Es decir, la intervención de cualquier agencia del sistema penal ante una manifestación pública debe ser de carácter estrictamente restrictivo. Ello también encuentra fundamento en el principio de *última ratio* del derecho penal.

Por último, aún en el caso de encontrarnos ante la posible comisión del delito, tanto el Poder Judicial como las fuerzas de seguridad deben prestar especial atención a la hora de ordenar y/o realizar actividades de inteligencia, a fin de no transgredir lo dispuesto por el artículo 4, inciso 1 y 2 de la Ley 25.520.

VIII. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Como hemos visto, existen diversos y variados límites a la actuación del Estado en cuanto a la actividad de obtención, reunión, sistematización y análisis de información. Algunos de ellos se encuentran en la propia letra de la ley objeto de análisis en esta presentación. Otros límites se imponen a partir de la interpretación de normas constitucionales y convencionales de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por otra parte, vimos que la propia ley procesal penal que regula las facultades policiales también presupone la limitación de esas atribuciones a situaciones legalmente preestablecidas. Tal vez en este punto se encuentre el principal problema que hallamos en la lectura que realizan tanto los operadores judiciales como las fuerzas de seguridad a la hora de interpretar lo que ocurre en el marco de una protesta social.

En este sentido, expusimos cual es el criterio interpretativo del tipo penal involucrado. Una incorrecta interpretación de este delito determinará que una persona se encuentre sometida a una persecución penal que puede llevar días, meses o años, lo que indudablemente provoca una situación de transgresión de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto la propia persecución penal importa una afectación al derecho a la libertad de las personas.

Por estos motivos, creemos que lo que se debe definir con mayor precisión es cuando puede haber intervención del poder punitivo. En este punto es en el que juegan un rol fundamental para la protección de los derechos de los manifestantes los criterios hermenéuticos de interpretación restrictiva, *pro homine* y *última ratio* del derecho penal.

La cuestión es, una vez más, asumir que en el marco del Estado de Derecho existen diversos límites a la injerencia de las agencias penales. El incumplimiento de los límites abre la puerta a la arbitrariedad y a la ilegítima criminalización de la protesta social.

IX. PETITORIO.

Esperando que nuestro aporte pueda contribuir a una justa resolución del caso a V.E. solicitamos:

- 1) Se tenga al Centro de Estudios Legales y Sociales como *Amicus Curiae* en esta causa.
- 2) Se tengan en cuenta los fundamentos de derecho expuestos en el presente memorial y se resuelva en consecuencia.

Proveer de conformidad,
Que es derecho.