

SE PRESENTAN COMO AMICUS CURIAE

ACOMPañAN PODER

Excmo. Tribunal Superior:

El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), representado en este acto por Paula Litvachky constituyendo domicilio en Piedras 547, 1° piso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Asociación Pensamiento Penal, representada en este acto por Fernando Gauna Alsina en carácter de Secretario General, constituyendo domicilio en Corrientes 4206 13 B, en el marco de la causa nro. 59884/10 caratulada “Perez Ojeda, Diosnel y otros s/ infr. Art 181 inc1° usurpación (despojo) del CP”, a V.E decimos:

I- OBJETO:

Solicitamos a Usted, por medio de esta presentación, ser tenidos en calidad de *Amicus Curiae* (Amigos del Tribunal), para someter a su consideración argumentos de derecho de relevancia para la resolución de las cuestiones planteadas en esta causa.

II- PROCEDENCIA FORMAL DEL AMICUS CURIAE

En la Ley N° 402 del 8 de junio de 2000 se encuentra estipulado el procedimiento a observar ante el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En el artículo 22 de la citada norma, se regula la forma de presentación, la oportunidad y los alcances de la figura del Amicus Curiae.

No desconocemos que el artículo 22 se encuentra dentro del Capítulo que regula el trámite de interposición de la Acción Declarativa de Inconstitucionalidad. También los presentantes nos encontramos al tanto de la doctrina mayoritaria del Tribunal Superior recaída en el caso “*Mbaye, Ibrahima y otros s/ queja por recurso de inconstitucionalidad*”, donde los magistrados Maier, Lozano, Conde y Casas sostuvieron que la intervención en carácter de Amicus Curiae solo se encuentra previsto para los casos de acciones declarativas de inconstitucionalidad.

Sin embargo, consideramos que en la presente causa existen importantes elementos de juicio que merecen ser evaluados antes de determinar la procedencia formal de este memorial. Los mismos serán desarrollados a continuación. Posteriormente, y a fin de completar el panorama expositivo

sobre este punto, en el capítulo siguiente presentaremos un breve desarrollo de la evolución de la figura del Amicus Curiae desde sus comienzos, pasando por la sanción de la ley 402 en el año 2000 y hasta la actualidad

En primer lugar, nos interesa destacar que la Acordada 28/2004 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, parcialmente reformada en su procedimiento por la Acordada 07/13, dice que la figura del amicus curiae es *“un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia”* en aquellos casos en que *“se ventilen asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público”*. Las intervenciones, sigue la Corte Suprema, deben provenir de *“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”*.

Así ha quedado plasmado, en sintonía con estudiosos en cuestiones de justificación democrática del control judicial de constitucionalidad¹, la importancia de la figura del Amicus Curiae como medio para asegurar una adecuada participación de la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones del máximo tribunal.

Nótese que no hay una regulación previa y taxativa de los asuntos en que la Corte Suprema convocaría a amigos del tribunal. Se admiten tanto en casos de competencia original como apelada. Solo se incluye la razonable limitación de que en la causa en cuestión se debatan *“cuestiones de trascendencia colectiva o interés general”*²

Por su parte, se ha dicho que uno de los argumentos más potentes contra los sistemas de control de constitucionalidad judicial es la llamada *“dificultad contramayoritaria”*, entendida ésta, simplificada, como el planteamiento del interrogante respecto de la legitimidad democrática de los jueces para encarar las cuestiones valorativas que, necesariamente, subyacen en cada decisión a adoptar. Resulta inevitable que los magistrados deban apelar a sus valores personales y a sus propios juicios morales como parte de su razonamiento práctico a la hora de abordar un caso. Esto ocurre en toda decisión que un tribunal encargado del control de constitucionalidad debe adoptar, tanto si la cuestión a tratarse arribó a los estrados del Superior Tribunal por medio de una Acción

¹ Nino, Carlos S. *“Fundamentos de Derecho Constitucional”*, pag 682 y ss.

² Palacio, Lino E. *“El Recurso Extraordinario Federal , 4° Ed actualizada por Alberto F. Garay, pag 38*

Declarativa de Inconstitucionalidad o a raíz de la interposición de un Recurso de Inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior.

Uno de los caminos que se emprendió desde el derecho comparado, la teoría jurídica y, más recientemente, como vimos, a partir de la Acordada 28/04 CSJN, para atenuar esta evidente dificultad contramayoritaria es el de permitir presentaciones en calidad de Amicus Curiae en causas de enorme trascendencia institucional. En honor a la brevedad damos por reproducidos aquí los argumentos empleados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sancionar la citada acordada, sobre todo en torno a lo relativo a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia y de esa manera concretizar, en ese ámbito, otros derechos y garantías derivados del principio de la soberanía del pueblo (Art 33 CN)

Por su parte, consideramos que, si bien la ubicación normativa de la figura del Amicus Curiae en la ley 402 puede dar lugar a la interpretación de que estas presentaciones solo son admisibles en los casos regulados por el Capítulo II, lo cierto es que de la lectura de la regulación del procedimiento del Recurso de Inconstitucionalidad (Capítulo III), de lo estipulado por el texto de la Constitución de la Ciudad Autónoma y de la versión taquigráfica de los debates de la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires, no hay norma alguna que expresamente prohíba que se presenten dichos escritos que, como, se ha apuntado, solo persiguen la finalidad de enriquecer el debate en cuestiones de importancia para la sociedad en su conjunto. Si bien sostenemos que una interpretación que tenga en cuenta todo lo mencionado conduce a que la presentación de un amicus curiae no puede ser rechazada en procedimientos de acciones declarativas de inconstitucionalidad, a diferencia de los demás recursos en los que no están vedados pero correspondería al Superior Tribunal evaluar si la trascendencia institucional del caso concreto lo amerita

El criterio que hemos expuesto en los párrafos precedentes ya ha sido adoptado por el Superior Tribunal en el caso *“Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA s/ Amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”* resuelto en noviembre de 2009. En él se ha dicho que: *“Si todas las partes en el proceso consienten la concurrencia de un tercero como Amicus, y el Tribunal encuentra conducente para la solución del litigio oírlo, nos encontramos en un supuesto*

que, aunque no contemplado expresamente por el legislador, no contradice sus mandas y pone, en cambio, en acto el principio dispositivo que subyace al diseño de las normas adjetivas”³

Finalmente, resta mencionar un elemento adicional que, a nuestro juicio, habilitaría la participación en calidad de Amicus Curiae en este asunto. En general, la convocatoria a amigos del tribunal se produce en el marco de causas en las que su resolución conlleva graves e importantes decisiones de una gran trascendencia institucional, ya sea tanto por los temas debatidos o como por la gravedad de los hechos en discusión. Nosotros creemos que esta causa se puede catalogar como una de ellas. En efecto, se encuentra en tela de juicio la eventual responsabilidad penal de dos ciudadanos por la denominada “Toma del Parque Indoamericano”. Este suceso tuvo lugar en diciembre de 2010; contó con una amplísima repercusión pública; fue reprimida por la fuerza policial con el trágico saldo de dos ciudadanos muertos y determinó numerosas consecuencias políticas y sociales. Como telón de fondo de estos hechos está siempre presente la grave y persistente crisis social y habitacional de los barrios del sur de esta ciudad de Buenos Aires. La decisión que se tome respecto de las eventuales responsabilidades penales de personas que se encontraban en el lugar de los hechos y que son perseguidos penalmente por la eventual comisión de delitos de acción pública sentará un importante precedente respecto de si los conflictos sociales derivados de deficientes condiciones habitacionales pueden o no ser abordados desde la óptica del derecho penal.

Hecha esta salvedad, en los capítulos siguientes se explicará brevemente cual es el interés del Centro de Estudios Legales y Sociales y de la Asociación Pensamiento Penal que motiva su presentación como Amicus Curiae y, con posterioridad se formularán las consideraciones jurídicas que creemos son de relevancia para el caso.

III – EL INTERÉS EN EL CASO:

III.1 El Centro de Estudios Legales y Sociales

El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) es una organización no gubernamental dedicada a la promoción y protección de los derechos humanos en la Argentina. Con este fin, el CELS ha desarrollado una variada y cuantiosa labor desde su fundación en 1979. Entre las prioridades del

³ Del voto del juez Luis Francisco Lozano, apartado 1°.

CELS, siempre han tenido prevalencia las actividades vinculadas al litigio y el seguimiento de causas judiciales, debido a que es un objetivo central de la institución promover e impulsar la utilización de los tribunales para garantizar la plena vigencia de los derechos y garantías que la Constitución Nacional reconoce a todos los habitantes de la Nación. En este sentido, el CELS ha elaborado una vigorosa agenda destinada a promover y proteger los Derechos Humanos a través de la presentación, en forma autónoma o conjunta, como parte querellante o en calidad de *amicus curiae*, en numerosas causas testigo ante diversas instancias nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos.

Una línea histórica de trabajo del CELS se centra en el problema de las reacciones del Estado y en particular del sistema penal frente a manifestaciones de protestas sociales⁴. En esta línea, los informes anuales correspondientes a los años 2011, 2012 y 2013 han dedicado sendos capítulos a analizar las diferentes problemáticas derivadas de los sucesos de diciembre de 2010 en el Parque Indoamericano⁵. Este análisis implica tanto evaluar las formas de actuación policial ante crisis sociales de gran magnitud como la que aconteció en diciembre de 2010 y representar en juicio a los familiares de las víctimas fatales del accionar policial, como así también la investigación de las causas socioeconómicas que determinaron la ocupación y toma de uno de los predios públicos más extensos de la Ciudad. |

En los puntos que siguen se aportarán algunos conceptos e ideas que creemos que son de utilidad para la resolución del caso judicial sometido a consideración del Excelentísimo Superior Tribunal. Estos conceptos y estas ideas son el producto de la experiencia reunida luego de años de trabajo sistemático sobre los temas reseñados.

III.2 La Asociación Pensamiento Penal

La Asociación Pensamiento Penal (APP) es una entidad civil, sin fines de lucro, integrada por operadores del sistema penal (jueces, fiscales, defensores, abogados de la matrícula, docentes y estudiantes) de todo el país, cuyos principales objetivos son la promoción, el respeto y resguardo de

⁴ Ver en este sentido CELS "El Estado Frente a la Protesta Social, 1996-2002", Siglo XXI Editores Argentina, 2003.

⁵ CELS, "Derechos Humanos en Argentina. Informe Anual 2011", pag 146 y ss en relación a la represión policial del día 7 de diciembre de 2010; CELS "Informe Anual 2012", pag 169 y ss y 273 y ss desde el punto de vista de la situación de desconocimiento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que fue determinante para la toma del predio;

los derechos humanos en general y de los incorporados a la Constitución nacional en el artículo 75 inciso 22.

Cabe remitir al artículo 2 del estatuto social de APP, que fija el objeto social de la entidad, y particularmente a sus incisos a (*Procurar mediante acciones positivas el afianzamiento de la justicia y de las instituciones democráticas del país*), e (*Propender al progreso de la legislación en general y en articular la penal a fin que responda a la plena vigencia de los derechos humanos y el respeto de la dignidad individual*) y h (*Pronunciarse sobre leyes, proyectos de leyes, ordenanzas, decretos o cualquier documento normativo, que traten directa o indirectamente temas relativos al derecho penal, los derechos humanos, torturas o medidas de seguridad*).

APP es responsable de la publicación de la revista electrónica “Pensamiento Penal” (www.pensamientopenal.com.ar) en la que se publican mensualmente materiales jurisprudenciales, doctrinarios, informes, etcétera, sobre la situación de los derechos humanos y de las personas privadas de su libertad, y otros temas relacionados íntimamente con el derecho penal en todas sus expresiones. También cuenta con una publicación institucional (www.pensamientopenal.org.ar) donde diariamente se publican las noticias relacionadas con el mundo penal y que son remitidas vía mail a más de diez mil contactos.

Estas actividades tienen como objetivo ayudar, desde el espectro que le cabe abarcar, a la información de la población en general y de los profesionales del derecho en particular sobre derechos humanos y derecho penal, constitucional y penitenciario.

Como antecedentes más inmediatos y relevantes de este tipo de presentaciones, vale tener en cuenta el “*amicus curiae*” acompañando la acción que fuera iniciada por los detenidos en *Penitenciarías de Mendoza* en situación de obtener libertad condicional, pero imposibilitados de ello por haber sido declarados reincidentes, solicitando por acción declarativa de certeza la declaración de inconstitucionalidad de este instituto (*autos 93.267 del registro de la Corte Suprema de Mendoza*).

En fechas más recientes, APP ha acompañado con sendos *amicus curiae* ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y ante la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, la presentación del Centro de Estudios Legales y Sociales denunciando el incumplimiento de lo que la

Corte Suprema Nacional ordenara en su resolución del 3 de mayo de 2005 en el marco del *hábeas corpus* de la causa “Verbitsky”.

APP también ha efectuado presentaciones ante el máximo Tribunal nacional solicitando la invalidez de las detenciones efectuadas por personal de Gendarmería Nacional en zonas fronterizas de la República Argentina (causas “Tonore Arredondo” y “Jiménez Manrique”), y ha realizado una presentación en el marco de una solicitud judicial, propiciando la declaración de inconstitucionalidad y anti-convencionalidad de la facultad policial contenida en el inciso “b” del artículo 8 del decreto ley 4.663 de Catamarca.

Entendemos que cuanto hemos manifestado en los párrafos que anteceden marcan la indubitable legitimación del CELS y de APP para intervenir como amigos del tribunal en esta causa, al demostrar el constante compromiso, desde su constitución, con la lucha a favor de los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho y con el respeto irrestricto de las libertades ciudadanas.

IV. DESARROLLO DE LOS FUNDAMENTOS DE ESTE AMICUS CURIAE:

IV.1- Arbitrariedad de la sentencia de la cámara del fuero

Al momento de rechazarse in limine el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Defensa, la Cámara consideró que lo resuelto en el caso no reunía la calidad de sentencia definitiva, ni resultaba equiparable a tal.

Entendemos la doctrina de este Máximo Tribunal en cuanto a que las decisiones que solo importan la realización del juicio oral y público no son definitivas. Sin embargo, creemos que en este caso concreto la circunstancia misma de que Nardulli y Pérez Ojeda deban enfrentar un debate oral y público genera un perjuicio de magnitud tal que es necesario evitar y que debe ser entendido como de imposible reparación ulterior. Ello por las particularidades concretas de este caso y que apuntaremos en lo que sigue, y porque no se puede dejar de considerar que en definitiva lo que se revocó fue una sentencia definitiva respecto de ellos.

Por otro lado, creemos que la decisión de la Cámara exhibe fundamentos aparentes y contradictorios, sin tratar cuestiones oportunamente tratadas y esenciales para la correcta solución

del caso, todo ello, en detrimento de las garantías constitucionales del debido proceso y defensa en juicio.

En ese sentido nada dice respecto a las personas que no participaron de la mediación, a quienes se les adjudicó el hecho – igual situación que la de los aquí imputados - y fueron desvinculados informalmente del caso. Si bien por la particularidad del suceso aquí ocurrido y por todas las consideraciones que seguirán a continuación estamos de acuerdo con dicha desvinculación creemos que la misma postura debió adoptarse con Nardulli y Pérez Ojeda.

Asimismo, la resolución por la que se revoca el sobreseimiento ha sido dictada sobre la base de una interpretación arbitraria de las normas aplicables, a partir de una calificación jurídica que no se corresponde con una adecuada y razonable valoración de las pruebas reunidas. En este sentido, dogmáticamente se recurrió a una fórmula vacía que no se corresponde con la realidad de los hechos en la medida que no se tuvo en cuenta la palmaria falta de prueba de toda acusación en tanto organizadores, lo que se advierte del requerimiento mismo pues nada se explica en relación al cómo de la imputación (cómo tenían el dominio del hecho) y tampoco están individualizadas las personas que habrían sido organizadas para cometer el delito en cuestión.

Se ha recurrido entonces a una formulación genérica acerca de que son cuestiones de hecho y prueba ajenas a esta instancia procesal, todo ello, en detrimento de las garantías constitucionales del debido proceso, defensa en juicio y del principio de inocencia.

IV.2- Resumen de los antecedentes del caso.

Como bien ha explicado la magistrada de primera instancia en su resolución de fecha 6 de diciembre de 2013, esta causa se inició a raíz de un requerimiento de los representantes del Ministerio Público Fiscal a fin de que se investigue y determine las eventuales responsabilidades penales por delitos cometidos por un grupo de personas que habrían participado en la denominada “Toma del Parque Indoamericano”. Los hechos de diciembre de 2010 son públicos y notorios por lo que no serán objeto de mayores comentarios en el presente escrito.

La magistrada también ha hecho un relato detallado de los diversos avatares procesales que esta causa ha tenido a lo largo de más de tres años y medio de instrucción y que, como bien acepta la propia jueza, se encontraba al borde de la prescripción al momento del dictado de la resolución del 6

de diciembre de 2013. No deseamos ingresar en el relato de los pormenores respecto del trámite de la causa pero creemos oportuno destacar en este punto que los imputados, a diferencia de otros coimputados, no aceptaron la terminación del proceso por las denominadas vías alternativas (mediación) que los representantes del Ministerio Público habían ofrecido en su momento.

En su resolución de diciembre pasado la Dra. López Iñiguez resolvió, considerando la decisión personal de Pérez Ojeda y de Nardulli y las excepciones interpuestas por sus letrados defensores, sobreseer a los nombrados por inexistencia de participación criminal en los delitos por los que venían siendo acusados. En su decisión la jueza efectuó algunas interesantes consideraciones sobre la naturaleza y el estado actual del conflicto social que subyace en esta causa judicial que serán rescatadas en el próximo punto.

Acto seguido, el día 4 de abril del corriente año, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas resolvió conceder y aceptar el planteo recursivo de los fiscales Cevasco y Barcia y revocar el sobreseimiento dispuesto por la jueza López Iñiguez. Para sustentar esa decisión, la Cámara efectuó un análisis sobre las diferenciaciones entre los conceptos de coautoría y autoría mediata y sostuvo que las conductas de los imputados debían ser evaluadas a la luz del primero y no del segundo de ellos. En consecuencia, revocó el sobreseimiento de Nardulli y Pérez Ojeda y ordenó a la señora jueza de instrucción que celebre la audiencia del art 210 del CPPCABA.

La Letrada defensora de los imputados interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la decisión de la Sala I, el cual fue denegado. A raíz de ello, los recurrentes presentaron la correspondiente queja por denegación de recursos, la cual se halla radicada ante este Superior Tribunal.

Finalizado el relato sobre los antecedentes del caso, en el próximo apartado comenzaremos con el desarrollo de las cuestiones que, a nuestro criterio, deben ser tenidas en cuenta a la hora de tomar una decisión jurisdiccional sobre este asunto.

IV.3- Fines del proceso penal y del Derecho Penal

Existe un consenso entre la doctrina especializada en relación a los fines o funciones del Derecho Procesal Penal y sus interacciones con el Derecho Penal. Siguiendo la obra de Julio B.J. Maier, ex Presidente de este Superior Tribunal de Justicia y uno de los más destacados tratadistas del

Derecho Procesal Penal de los últimos tiempos, diremos que el proceso penal tiene una función material y una función formal. La función material estriba en considerarlo como el instrumento necesario para la realización del derecho penal sustantivo. Por su parte, la función formal implica el conjunto de normas y reglas que coordinan, enlazan y dan significado a los diversos actos jurídicos que se ejecutan durante un proceso penal⁶.

Hasta ahora tenemos por seguro que el proceso penal tiene un fin instrumental, que ese fin instrumental es el de concretizar el derecho penal sustantivo y que el derecho penal sustantivo protege o busca proteger bienes jurídicamente valiosos, cuya afectación o puesta en peligro se produce mediante una conducta humana. A continuación, avanzaremos un poco más en el razonamiento.

IV.4- Conflicto Social y Derecho Penal

El concepto de “conflicto” ha sido largamente tratado por las Ciencias Sociales. Su significado según la Real Academia Española es “*Combate, lucha, pelea*” según su primera acepción o “*Problema, cuestión, materia de discusión*” de acuerdo con la cuarta acepción⁷. La etimología de la palabra deriva del latín *conflictus*, vocablo formado por el prefijo *con-* (convergencia, unión) y el participio de *filgere* (flictus=golpe). Entonces, equivaldría al “golpe junto” o al “golpe entre varios” o, en definitiva, a un pleito o discusión entre varias personas.

Los conflictos son intrínsecos a toda sociedad o comunidad de seres humanos. Aquellas comunidades humanas que profesan alguna de las tres grandes religiones monoteístas de la tierra encuentran en los primeros capítulos de sus textos sagrados varios relatos acerca de conflictos entre hermanos, vecinos, o incluso entre los hombres y Dios. De allí en adelante, todas las guerras, todas las crisis económicas y las revoluciones políticas y sociales que se fueron sucediendo en el tiempo a lo largo de generación tras generación son sólo las manifestaciones concretas de la tendencia inevitable de los seres humanos de generar y participar en conflictos sociales. Los conflictos son, entonces, hechos sociales, estructurales y permanentes en toda sociedad⁸.

⁶ MAIER, Julio B.J “Derecho Procesal Penal TI Fundamentos”, 2° ed 3° reimp. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, pags 84 y ss.

⁷ Diccionario de la Real Academia Española (DRAE) 22° Edición, 2001.

⁸ GATLUNG, Johan, “*Paz por medios pacíficos. Paz y conflicto. Desarrollo y Civilización*”, Bilbao, Gernika

Existen numerosos estudios en el terreno de las Ciencias Sociales que buscan explicar el por qué de esta tendencia al conflicto social y cuáles son sus características. El tema es amplísimo y no tenemos nosotros intención de agotar el análisis del mismo. Sin embargo, nos interesa dejar en claro que las vertientes más actuales de la Teoría del Conflicto postulan que no necesariamente el conflicto debe tener una connotación negativa ni debe ser entendido como una patología social. Se han superado las ideas de aquellos pensadores enrolados en las corrientes funcionalistas que comenzaron sus estudios durante el periodo de posguerras y que, influenciados por los horrores de la Primera Guerra Mundial y las consecuencias negativas de la Gran Depresión de 1929, veían a la sociedad como un sistema articulado e interrelacionado y le asignaban una connotación profundamente negativa al conflicto social, toda vez que lo consideraban como un factor desintegrador del cuerpo social.

Actualmente, ya no se considera que, *per se*, el conflicto social es sinónimo de tragedia o calamidad social. Con la aparición de las diversas versiones de lo que se ha denominado como la Teoría del Conflicto, se lo intenta comprender como un mecanismo -al menos potencialmente positivo- de innovación y cambio. El conflicto es visto tanto como una crisis como una oportunidad para el cambio social⁹.

Naturalmente, existen diversas clases de conflictos. Hay conflictos políticos, económicos, culturales, religiosos, etc. Solo una pequeña porción de todos los conflictos sociales son tomados por el sistema penal. Los conflictos que el sistema penal acepta son solo aquellos que evidencian algún grado de afectación de bienes jurídicos generalmente considerados como valiosos por la sociedad.

Si bien hay destacados estudiosos en el campo de las Ciencias Penales que consideran que el ejercicio del poder punitivo del Estado no soluciona los conflictos, sino que, o bien impide resolverlos o bien los suspende¹⁰, lo cierto es que todos podemos coincidir en que las agencias del sistema penal trabajan a partir de conflictos sociales, ellos son su base.

Gogoratuz. p. 27

⁹ SIMMEL, George, "Sociología", 2° ed. Vol I, Madrid, Biblioteca Revista de occidente, 1977

¹⁰ ZAFFARIONI, E.R, SLOKAR, Alejandro, ALAGIA Alejandro "Manual de Derecho Penal", 2°Ed. 1 Reimpresión, Buenos Aires, Ediar 2007, pags8 y ss.

El derecho penal tiene la pretensión - o para algunos la ilusión- de dirimir conflictos sociales, pero no todos los conflictos sociales pueden ni deben ser resueltos por el derecho penal. El sistema penal tiene una única forma de reaccionar cuando identifica un conflicto: la sanción represiva. Todas las conductas que se tipifican como delitos en los códigos penales implican conflictos sociales; pero, sin embargo, no todos los conflictos sociales pueden ser resueltos de la misma manera, o mediante el empleo de las mismas herramientas.

Aquellos que tienen la responsabilidad de representar a las agencias penales y de decidir en qué ocasiones y bajo qué condiciones el poder punitivo es ejercido contra un ciudadano deben, al momento de tomar una decisión, reflexionar acerca de cuál es el conflicto social subyacente y si se ha emprendido otro camino u otra forma de solucionar la disputa. El estado actual del conflicto y la cuestión sobre si este ya ha sido resuelto por otros medios diversos a la reacción penal es de gran trascendencia y no debe ni puede ser soslayado a la hora de la decisión.

IV.5- Naturaleza del conflicto por la Toma del Parque Indoamericano

Como hemos dicho en el punto II del presente escrito, la llamada “Toma del Parque Indoamericano” es solo un episodio, tal vez el más dramático por la cantidad de personas involucradas y por la injustificada represión policial, de la persistente y grave crisis habitacional que desde hace décadas experimentan los habitantes de la zona sur de esta ciudad.

Diversos estudios señalan que alrededor de medio millón de personas no ve cumplido su derecho a la vivienda digna en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Mientras que en los últimos 50 años el número total de habitantes de la Ciudad se ha mantenido en forma estable, la cantidad de personas que habitan en barrios de emergencia se ha triplicado desde 1991¹¹. Para entender el dramatismo de la situación, basta con decir que en la Comuna 8, donde se encuentra el Parque Indoamericano, tiene un 22% de hogares en condiciones de hacinamiento, el nivel más alto de toda la ciudad. Además, en esa misma comuna, 80 de cada 100 personas deben alquilar cuartos sin resguardo legal, doblando la media de la ciudad¹².

¹¹ Sindicatura General de la Ciudad de Buenos Aires, “Intervención estatal destinada al abordaje del déficit habitacional en la ciudad de Buenos Aires”, Diagnóstico especial nº 8-UPE-SGCBA/09, 2009, p. 31.

¹² CELS, Derechos Humanos en Argentina: informe 2012, 1º Ed, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2012, pag 274 y ss.

Solo desconociendo la grave situación de déficit social y habitacional precedente se puede catalogar a la ocupación del parque como un conflicto netamente penal o de aquellos que las agencias penales deben o pueden entender. Recordemos en este punto la tipología de conflictos que esbozamos en el apartado precedente. Este conflicto es de naturaleza eminentemente social. Aquellos que ingresaron al predio lo hicieron con el único fin de procurarse un espacio en donde habitar, agobiados por los altísimos alquileres y sin hallar otra alternativa posible¹³. Nunca la solución de este conflicto puede hallarse mediante la intervención del sistema penal.

La decisión de no dialogar con los ocupantes del predio y de abordar el problema como un asunto policial derivó en la brutal represión del día 8. Lo que había comenzado como una ocupación pacífica de una porción del espacio público por parte de personas que sufrían una situación habitacional desesperante, se transformó en uno de los casos más graves de violencia institucional de la historia de esta ciudad.

Este *amicus curiae* tiene como meta central colaborar aportando conceptos para que esta respuesta estatal no se perpetué. Una vez esbozado el marco en el cual tuvieron lugar los hechos, en el apartado siguiente presentaremos una síntesis de la evolución y de la situación actual del conflicto. Por último, presentaremos argumentos acerca de por qué creemos que el Exmo. Superior Tribunal puede y debe clausurar el proceso en este punto.

IV.6- Evolución y situación actual del conflicto

Cuatro días después de las muertes, el Gobierno Nacional en acuerdo con militantes y referentes sociales, barriales y políticos y el gobierno local, comenzó a ejecutar un operativo destinado a identificar a aquellos que se encontraban ocupando el predio, a censarlos y a entablar una mesa de trabajo para negociaciones. Asimismo, se ordenó el despliegue preventivo de efectivos de la Gendarmería Nacional Argentina en el perímetro del predio para garantizar la exactitud del censo y la seguridad de todos los que allí se hallaban.

Se sucedieron una serie de reuniones en Casa de Gobierno entre altos funcionarios del Gobierno Nacional, del gobierno local, y militantes y referentes sociales, barriales y políticos. Entre estos últimos se encontraban los imputados y otras personas que en algún momento estuvieron

pasivamente legitimados en la presente causa. Entre ellos algunos ostentaban alguna clase de representación vecinal, comunal o partidaria y otros participaban en virtud de su militancia política y social previa en la zona. Al término de esas reuniones, los gobiernos nacional y local anunciaron que se implementaría un plan de viviendas financiado en partes iguales por ambas jurisdicciones. Luego del anuncio sobre el plan de viviendas, el parque fue definitivamente desocupado¹⁴ y continúa de esa manera hasta el día de la fecha, aún cuando no se ha avanzado con las soluciones habitacionales prometidas.

Si apreciamos las estadísticas del apartado precedente, debemos concluir que un conflicto como el de diciembre de 2010 era, cuando menos, probable. Las autoridades, al abordarlo, tomaron dos caminos: primero la represión policial del día 7 que culminó en las muertes; y solo una vez que este primer camino tuvo esa fatídico desenlace, se emprendió el dialogo arriba reseñado, a través del cual los gobiernos nacional y de la ciudad arribaron a un acuerdo que no fue cumplido por las autoridades en este tiempo.

IV.7- Clausura del Proceso por la irrelevancia penal de las conductas analizadas

En todo este proceso de diálogo y negociación política, no ha participado ninguna agencia encargada de la persecución penal. Y es correcto que no lo hicieran. La intervención policial y judicial de los días 7 y 8 de diciembre solo provocó un agravamiento del conflicto el cual, después de la represión, solo pudo resolverse luego de arduas negociaciones.

Sin embargo, a pesar de que este conflicto fue abordado y resuelto desde la negociación política aun continúa vigente la persecución penal contra Pérez Ojeda y Nardulli. Rescatamos aquí lo desarrollado en el punto 4.3: el proceso penal no es la única vía de solución de los conflictos; no todos los conflictos tienen un contenido negativo y no todos afectan valores sobre los cuales el derecho penal tiene algo que hacer o decir. Y como bien ha dicho la Señora Magistrada de grado al argumentar a favor de la insubsistencia de la acción penal en este causa, *“las instancias de dialogo abiertas en el ámbito político cuando acontecieron los hechos de la causa [...] los tiñe de un matiz de justicia en la base del reclamo”*

¹⁴ Conferencia de prensa del jefe de gabinete Anibal Fernández, del jefe de gabinete de CABA Horacio Rodríguez Larreta y del ministro del Interior Florencio Randazzo, en Casa Rosada, el 14 de diciembre de 2010, disponible en <www.casarosada.gov.ar/informacion/conferencias/22926>

El Derecho Penal tiene la función esencial de racionalizar, en la medida de lo posible, el poder punitivo a fin de limitar el arbitrio de las agencias estatales encargadas de su ejercicio. Para cumplir con este cometido, se han construido diversos conceptos teóricos que, agrupados, construyen la Teoría del Delito. La tipicidad es uno de los elementos de la Teoría del Delito y, siguiendo el desarrollo de Zaffaroni, se define como *“la formula usada por la ley para señalar los pragmas conflictivos cuyas acciones son amenazadas con pena”*. Emplea el concepto de “pragma conflictivo”, el cual solo existe cuando una acción reconfigura el mundo de manera penalmente relevante. La acción debe ser trascendente, debe ser la génesis de un conflicto relevante para el derecho penal.

Resulta pertinente, entonces, evaluar, en este caso concreto, si las conductas que el Ministerio Público le endilga a los imputados en autos son adecuadas para haber creado un determinado “pragma conflictivo”, es decir si resultan penalmente relevantes. Creemos que no. Creemos que el conflicto no tiene las características que el Ministerio Público le atribuye. Como dijimos más arriba, la llamada Toma del Parque Indoamericano no fue ni es un conflicto policial o penal. Fue un conflicto social. Las acciones de Pérez Ojeda y Nardulli, consistentes en hacerse presente en el lugar en solidaridad primero frente al conflicto social manifestado en la ocupación del predio y la brutal represión, no pueden ser entendidas como penalmente relevantes porque esas acciones no han generado conflicto penal alguno. Como hemos expuesto en los puntos IV.3 y IV.4, el conflicto social se desencadenó por el estado de emergencia habitacional padecido por las miles de personas que habitan en los barrios de emergencia cercanos al Parque, muchas de las cuales participaron de la toma y no por las conductas descritas por el Ministerio Público.

El Código Procesal ha receptado estos principios al regular expresamente que el fin que debe tener el Ministerio Público Fiscal en toda investigación penal preparatoria es la solución del conflicto. El art. 91 dispone *“El Ministerio Público Fiscal practicará la investigación preparatoria con la finalidad de arribar a la solución del conflicto por cualquiera de las vías legalmente previstas o promover o desechar la realización del juicio.”*

Por su parte el art. 199 inc. e) prevé el archivo por proceso injustificado, supuesto que no encuentra mejor escenario que el de inexistencia de conflicto actual o solución del conflicto.

Entonces no es cierto lo manifestado por el Fiscal General Adjunto en la audiencia realizada en primera instancia respecto de que se debió llevar a juicio a Perez Ojeda y Nardulli porque no

quisieron participar de un proceso de mediación, pues resuelto el conflicto tenía toda la legitimidad para “desecharlo” y no se entiende por qué no lo hizo con ellos y sí lo hizo con otros que estaban en la misma situación procesal.

Es realmente llamativo que las mismas personas que fueron escuchadas como afectados o como representantes de los afectados o como reconocidos militantes sociales en el seno político, se sentaron a dialogar con los dos ejecutivos cuya jurisdicción se comparte en la Ciudad, y se les hicieron promesas, sean luego y continúen siéndolo pasados casi cuatro años imputados de haber cometido un delito.

Todos los magistrados que deben intervenir en casos como el presente, haciendo una recta aplicación de la regla constitucional de afianzar la justicia, tienen la responsabilidad de reflexionar sobre la naturaleza del conflicto que tienen frente a sí y decidir si la sanción punitiva es pertinente. Esperamos que esta presentación contribuya a comenzar a visibilizar que este caso se trata de evitar la respuesta penal a un conflicto derivado del desconocimiento de derechos sociales básicos.

V- SOLICITA SE SUSPENDA EL CURSO DEL PROCESO

Sin perjuicio de todo lo expuesto, dado que se ha fijado fecha de audiencia de debate oral y público para los próximos 17, 18 y 20 de octubre entendemos que a fin de evitar una violación a las garantías de doble conforme y debido proceso, debería suspenderse el curso del proceso en los términos del párrafo 4° párrafo del art. 33 de la Ley 402, y concretamente la realización de juicio oral.

VI- 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 (CELS) y a la Asociación Pensamiento Penal (APP) como Amicus Curiae en esta causa;
- 2) Se tengan en cuenta los fundamentos de derecho expuestos en el presente documento y se resuelva en consecuencia.
- 3) Se suspenda el curso del proceso hasta tanto se resuelva la suerte del recurso de queja interpuesto por esta parte (art. 33 4º. Párr. Ley 402)

Proveer de conformidad que,

Será Justicia

Paula LITVACHKY
Directora. Área de Justicia y Seguridad
Centro de Estudios Legales y Sociales

Fernando GAUNA ALSINA
Secretario General
Asociación Pensamiento Penal