

SE PRESENTA EN CALIDAD DE AMICUS CURIAE

A los jueces de la Sala V del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires:

Adrián N. Martín,, y **Fernando Gauna Alsina**,, en nuestro carácter de Presidente y Secretario General de la **Asociación Pensamiento Penal**, respectivamente, en el marco de la causa n° 78003, nos presentamos y decimos:

I. OBJETO

La Asociación Pensamiento Penal –en adelante, APP– viene a expresar su opinión sobre algunos de los aspectos debatidos en el proceso seguido en el marco de la causa N° 1961/5141 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 de La Plata –n° 78003 del registro del TCPBA–, en la cual dicho órgano jurisdiccional, con fecha 10 de mayo de 2016, e integrado a esos efectos unipersonalmente por el juez Juan José Ruiz, decidió condenar a Claudia Córdoba¹ a la pena de cinco años y tres meses de prisión y multa de doscientos veinticinco pesos, accesorias legales y costas por considerarla autora del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

En lo que aquí interesa destacar, en dicha sentencia se consideró que la calidad de extranjera de Córdoba constituía un agravante que debía ser tenido en cuenta al momento de individualizar el monto de la sanción penal a disponer.

Esta presentación, además de manifestar la adhesión de APP a los argumentos señalados por la defensa de Córdoba en el recurso de casación interpuesto, estará dirigida a informarles acerca de los motivos por los cuales considerar la condición de extranjero de la persona imputada en un proceso penal como un agravante de la sanción penal que eventualmente se disponga es una postura contraria a nuestra Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados a

¹ Si bien en la sentencia se hace referencia a Jaime Luis Córdoba –en función del nombre que consta en su documento de identidad–, de aquí en adelante nos referiremos a Claudia Córdoba. Ello es así en razón de que en nuestro país, en función del artículo 1 de la ley 26.743, toda persona tiene derecho al “reconocimiento de su identidad de género”, al “libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género”, y a “ser tratada de acuerdo con su identidad de género”.

ella, en tanto representa una manifestación propia de un derecho penal de autor y un trato discriminatorio hacia esa persona.

II. PERSONERÍA

Como lo acreditamos con la copia adjunta de los estatutos sociales y acta de distribución de cargos, que son fieles de sus originales y que se encuentran a su disposición, quienes suscribimos esta presentación nos encontramos habilitados para obrar en nombre y representación de APP –resolución D.P.P.J. N° 9196, con domicilio legal en calle 111 N° 1716 de Necochea, provincia de Buenos Aires–.

III. LEGITIMACIÓN DE LA ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL PARA REALIZAR ESTA PRESENTACIÓN

Al respecto, resulta pertinente indicar que 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 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 e informes 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 otra oportunidad, 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 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 e inconveniencia de la facultad policial contenida en el inciso “b” del artículo 8 del decreto ley 4.663 de Catamarca.

Por lo demás, debemos señalar que recientemente acompañamos por este mismo medio un *habeas corpus* promovido por la Defensoría de Menores e Incapaces de Viedma, Río Negro, para que cesen las detenciones por averiguación de identidad de jóvenes menores de 18 años de edad –ver en <http://www.pensamientopenal.org.ar/wp-content/uploads/2016/02/APP-Amicus-Rio-Negro-VF.pdf>–.

Entendemos que lo manifestado en los párrafos que anteceden marcan la indubitable legitimación de APP para intervenir en calidad de *amicus curiae* en este caso, al demostrar el constante compromiso, desde su constitución, con la lucha a favor de los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho, con el respeto irrestricto de las libertades ciudadanas y la independencia del Poder Judicial.

IV. APORTES JURÍDICOS. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE CONSIDERAR LA CALIDAD DE EXTRANJERA DE UNA PERSONA COMO AGRAVANTE DE LA SANCIÓN PENAL

1) Síntesis de la argumentación del TOC N° 1 de La Plata

El TOC N° 1 entendió que el hecho de que Córdoba sea de nacionalidad peruana era una circunstancia que debía ser tomada en cuenta al momento de determinar el monto de pena a disponer. La conclusión a la que se arribó fue la siguiente:

“Se puede considerar como un agravante de la pena en los términos de los arts. 40 y 41 del CP, que el hecho en análisis fuera cometido por un extranjero, por ser una medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad y el orden público, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás”.

Para llegar a esa decisión, el juez Ruiz utilizó una serie de argumentos que pueden ser resumidos a las siguientes premisas:

a) Que la igualdad ante la ley del art. 16 de la CN entre las personas de nacionalidad argentina y quienes no la poseen no es “absoluta”. Ejemplos de ello serían el hecho de que el art. 21 de la CN obliga a *“todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la Patria y de esta Constitución”*, pero releva a los extranjeros de esa obligación; que votar en las elecciones – artículos 22 y 37 de la CN– y cumplir con determinados deberes que en el marco de ellas se generan –como se presidentes de mesa– es una obligación que recae sólo en las personas de nacionalidad argentina.

b) Que lo anterior implica que la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación no son absolutos, y que, por eso mismo, podrían ceder “excepcionalmente” y por “motivos fundados”.

c) Que los artículos 20 y 25 de la CN –en tanto prevén que *“los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión, poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes”* y que *“el gobierno federal no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada al territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias e introducir y enseñar las ciencias y las artes”*, respectivamente–, sumados al preámbulo de la CN e interpretados a contrario sentido, arrojarían la siguiente lectura: *“se podrá restringir, limitar, y gravar la entrada y*

permanencia de aquellos extranjeros que en vez de venir a labrar la tierra, esto es a trabajar, vengan a robar; en vez de venir a mejorar las industrias, vengan a fabricar y traficar con el veneno (droga); en vez de venir a introducir y enseñar, vengan a asesinar y violar, etc., porque con tales actos; no se afianza la justicia, no se consolida la paz interior ni la unión nacional". De este modo – continúa su argumentación– “el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación deben ceder ‘excepcionalmente’, en relación a un extranjero que comete un robo, asesina, viola, comercia estupefacientes, usurpa una propiedad, etc.; porque así como Ella (la CN), excepcionalmente, deja de lado el principio de igualdad entre un argentino y un extranjero, al pedirle al primero que de su vida por la patria; así también, excepcionalmente, deja de lado el principio de igualdad y de no discriminación entre un extranjero y un argentino, cuando el foráneo comete ‘delitos comunes’ en el país”.

d) Que la conclusión anterior se encuentra respaldada por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que, por vía del artículo 75.22 de la CN, gozan de jerarquía constitucional. Un ejemplo de ello sería el artículo 22 de la CADH, en tanto el derecho de circulación y residencia puede “*ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás*”; y el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en tanto establece que “*esta Convención no se aplicará a las disposiciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos*” y que “*ninguna de las cláusulas de la presente Convención podrá interpretarse en un sentido que afecte en modo alguno las disposiciones legales de los Estados partes sobre nacionalidad, ciudadanía o naturalización, siempre que tales disposiciones no establezcan discriminación contra ninguna nacionalidad en particular*”.

En definitiva –sostuvo a modo de conclusión–, “*los Tratados al igual que nuestra Constitución Nacional, se reservan derechos en caso de la comisión de “delitos comunes” y, excepcionalmente, hacen ceder la igualdad ante la ley, por existir un interés superior al del sujeto como individuo*” (...) “*El Estado puede y debe aplicar sanciones como pena accesoria a la de prisión y agravar las penas, a los extranjeros que cometan delitos comunes en el país, sin que ello importe violación a los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación entre otros, puesto que estamos en presencia de una medida excepcional, avalada por nuestra Constitución y Tratados Internacionales que la integran. Lo único inconstitucional, sería no hacerlo*”.

A continuación señalaremos los motivos por los cuales esa conclusión debe ser enérgicamente rechazada por ser una clara manifestación de un derecho penal de autor y por implicar un tratamiento discriminatorio injustificado hacia las personas que no posean la nacionalidad argentina, cuestiones que se encuentran vedadas tanto por la CN como por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados a ella.

2) El agravamiento de penas a extranjeros como una manifestación del derecho penal de autor

Desde sus orígenes, nuestra CN marcó claramente que lo único que puede ser merecedor de reproche penal son las **acciones** de las personas que lesionen derechos de terceros. De este modo, el artículo 19 hace referencia a que *“las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden o la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están... exentas de la autoridad de los magistrados”*, mientras que el artículo 18 prevé que *“ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”*. Del mismo modo, por vía del art. 75.22 de la CN, el artículo 9 de la CADH vino a reforzar esta tendencia histórica al establecer que *“nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”*.

De acuerdo con lo anterior, queda prohibido para el Estado sancionar penalmente –lo que incluye no sólo la tipificación de delitos, sino también el agravamiento de penas– algo que no sea una acción que afecte derechos de terceros, como aspectos de la personalidad de un sujeto, tales como su color de piel, su religión o su nacionalidad. En otros términos, el modelo al que debe ajustarse nuestro sistema penal es un derecho penal “de acto” por oposición a un derecho penal “de autor”.

Así lo ha destacado la CSJN, afirmando que:

“Resulta por demás claro que la Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido. De modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a cabo. En un estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la constitución no puede admitir que el propio estado se arroge la potestad sobrehumana de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la

neutralización de la peligrosidad o, si se prefiere, mediante la pena o a través de una medida de seguridad” (CSJN, “Gramajo”, G. 560. XL, 2006, consid. 18).

Y que:

“Un derecho penal centrado exclusivamente en las características del sujeto y desinteresado de sus conductas abriría el camino de la arbitrariedad estatal al punir categorías de personas por el solo hecho de pertenecer a ellas” (Fallos 313:1333, considerando 8º del voto del juez Petracchi).

En la misma línea, la Corte IDH, al hacer duras críticas al concepto de “peligrosidad”, señaló que:

“El problema que plantea la invocación de la peligrosidad (...) constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía” (Corte IDH, “Fermín Ramírez v. Guatemala”, sent. de 20 de junio de 2005, párr. 94).

“La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos” (Corte IDH, “Fermín Ramírez v. Guatemala”, sent. de 20 de junio de 2005, párr. 95).

Considerar, como lo ha hecho el TOC N° 1, que una característica personal como la nacionalidad del sujeto imputado en un proceso penal constituye un “*plus*” debe ser considerado como agravante al momento de individualizar el monto de pena a disponer, se encuentra en palmaria contradicción con las pautas repasadas anteriormente.

En este caso, Córdoba recibió un monto de pena superior no por circunstancias vinculadas con lo que presuntamente realizó, sino por el hecho de **ser** de nacionalidad peruana. Resulta claro que lo que una persona **es** de ningún modo representa, por sí solo, que la conducta que pueda realizar

implique un daño mayor al que puede generar otra persona realizando idéntico hecho en idénticas circunstancias. Si una persona de nacionalidad peruana comete un hecho ilícito, no existen bases objetivas para concluir que el mismo hecho, al ser cometido por una persona de nacionalidad argentina, es menos grave, en tanto se tratan de aspectos que de ningún modo influyen en la afectación que se genere en el bien jurídico tutelado en un caso concreto. Una persona podría llegar a compartir los razonamientos empleados por el TOC N° 1, pero ello podría generar una reprobación de índole moral que de ningún modo sirve de sustento para habilitar una mayor aplicación de poder punitivo.

Los argumentos brindados por el TOC N° 1 para intentar justificar la aplicación de ese “*plus*” punitivo poseen grandes debilidades. Como se vio al resumir los razonamientos que se emplearon para llegar a esa decisión, el principal sustento que tiene su decisión es una particular lectura de las normas de la CN y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial que habilitaría –o incluso obligaría– a actuar de ese modo.

Sin embargo, proponer una lectura como aquella equivaldría a dejar de lado las pautas interpretativas que deben guiar a los órganos jurisdiccionales en un Estado de Derecho y, además, llevaría a la ilógica conclusión de que, por ejemplo, la propia CN, implícitamente, mandarían a realizar determinados actos que ella misma se encarga de definir expresamente como inconstitucionales – como aplicar penas en razón de lo que una persona **es**–.

Realizar una interpretación que forzosamente implique restringir derechos fundamentales es contraria a las pautas que la CSJN ha adoptado en la materia. En este sentido, privilegiando la llamada interpretación *pro homine*, se ha destacado que los jueces, especialmente en materia penal, deben privilegiar la interpretación que más derechos brinde al ser humano (CSJN, “Acosta”, A. 2186. XLI, 23/4/2008, consid. 6), algo que ha sido perdido de vista por el TOC N° 1 de La Plata .

Por los argumentos anteriores, la decisión de considerar la condición de extranjera de una persona como agravante de la sanción penal debe ser rechazada por ser contraria a los artículos 19 de la CN y 9 de la CADH.

3) El agravamiento de penas a extranjeros como trato discriminatorio

El razonamiento empleado por el TOC N° 1, por haber implicado un trato más gravoso para Córdoba sólo por su condición de extranjera, sin que existan motivos objetivos y razonables que justifiquen ese tratamiento diferenciado, debe ser calificado como discriminatorio.

Mientras el artículo 16 de la CN garantiza la igualdad ante la ley entre nacionales y extranjeros, el artículo 1 de la CADH prevé que “Los *Estados Partes* en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, **sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social**”.

Al analizar qué debe entenderse por discriminación, la Corte IDH ha señalado que:

“La Convención Americana, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contiene una definición explícita del concepto de “discriminación”. Tomando como base las definiciones de discriminación establecidas en el Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el Artículo 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha definido la discriminación como: **toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas**” (Corte IDH, “Atala Riffo y Niñas v. Chile”, sent. de 24 de febrero de 2012, párr. 81).

Mientras que, al determinar cuáles son las obligaciones concretas que los Estados poseen al respecto, precisó que:

“La Corte considera que el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una concepción negativa relacionada con **la prohibición de diferencias de trato arbitrarias**, y una concepción positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados” (Corte IDH, “Furlan y familiares v. Argentina”, sent. de 31 de agosto de 2012, párr. 267).

De acuerdo con los criterios de análisis anteriores, lo realizado por el TOC N° 1 implicó un trato discriminatorio en perjuicio de Claudia Córdoba en tanto **a)** implicó una distinción que tuvo por resultado una restricción de sus derechos con base exclusiva en su origen nacional, y **b)** esa diferencia

de trato fue arbitraria, en tanto, como se vio al analizar los aspectos vinculados al derecho penal de autor, careció de fundamentos razonables y de peso que permitieran habilitarla.

V. PETITORIO

Por las razones expuestas, solicitamos a los jueces integrantes de la sala V del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires que tengan por presentada a la Asociación Pensamiento Penal en calidad de *amicus curiae*, y que al momento de resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa de Córdoba tenga en consideración lo manifestado en esta presentación.

Adrián N. Martín

Presidente

Fernando Gauna Alsina

Secretario