

**REGISTRO N° 19210**

///la ciudad de Buenos Aires, a los 1° días del mes de septiembre del año dos mil once, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el juez doctor Guillermo J. Yacobucci como Presidente y los jueces doctores Luis M. García y Juan E. Fégoli como Vocales, asistidos por el Prosecretario Letrado, doctor Gustavo J. Alterini, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto contra la resolución de fs. 226 de la causa n° 14.384 del registro de esta Sala: "N.N. s/ recurso de casación". Interviene representado el Ministerio Público Fiscal el señor Fiscal General doctor Juan M. Romero Victorica; por el denunciante, el presidente de la Fundación Sur Argentina doctor Emilio García Méndez, por la Secretaría de Políticas de Prevención y Relaciones con la Comunidad del Ministerio de Seguridad de la Nación, las doctoras Ileana Arduino y Susana R. Desimoni; por la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social, doctor Ernesto Martín Navarro y por la Dirección Nacional para Adolescentes infractores a la ley penal el doctor Gustavo Herrero.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultaron designados para hacerlo en primer término el juez doctor Luis M. García y en segundo y tercer lugar los jueces doctores Guillermo J. Yacobucci y Juan E. Fegoli, respectivamente.

El señor juez doctor **Luis M. García** dijo:

**-I-**

1º) Que por decisión de fecha 12 de junio de 2011, la Sala II de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de esta ciudad, en la causa n° 2423 de su registro, declaró mal concedido el recurso de apelación que había sido interpuesto por el representante de la Fundación Sur Argentina a fs. 191/197 contra la resolución del juez de instrucción que había rechazado "*el hábeas corpus preventivo colectivo entablado a favor de personas menores de edad, con el fin de*

*que se ordene el cese de la práctica inconstitucional –perpetrada por integrantes del Estado Nacional- de privar de la libertad en dependencias policiales, a niñas, niños y adolescentes menores de edad, imputados en causas penales en las que interviene la Justicia Nacional de Menores”.*

La Cámara de Apelaciones entendió que la denuncia de *habeas corpus* promovida por la Fundación Sur Argentina en beneficio de terceros no le concedía legitimación para apelar contra el rechazo de la acción de *habeas corpus*.

A raíz de ello el representante de la Fundación Sur Argentina interpuso recurso de casación (fs. 235/246), que fue concedido (fs. 252/252 vta.).

2º) El impugnante afirma tener capacidad legal para interponer *habeas corpus* de acuerdo a lo establecido en el artículo 43 de la Constitución Nacional.

Refirió que: “[e]n la actualidad [...] cuando un joven menor de 18 años es detenido por la presunta comisión de algún delito, es derivado a las comisarías de la Policía Federal [...] a los fines de su identificación, situación que es notificada a la Justicia Nacional de Menores y a la Fiscalía. En esta instancia es la Justicia Nacional de Menores quien consiente el alojamiento en la dependencia policial, y conjunta o alternativamente con la Fiscalía solicitan la realización de las primeras medidas de pruebas”.

Agregó que: “[l]a aprehensión y detención [...] en comisarías de la Policía Federal, con personal armado, junto con detenidos adultos implica una flagrante violación a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en virtud de los principios de especialidad e igualdad”.

Afirmó que: “a pesar de todas estas normativas, autoridades e instituciones especializadas en materia de infancia y adolescencia [...] se carece de un centro especializado para alojar a las personas menores de edad aprehendidas por la agencia policial, a los fines de su identificación, cuando son acusadas de la comisión de un delito”.

Así mencionó que: “es palmaria la inconstitucionalidad del alojamiento en comisarías de las personas menores de edad con fines identificatorios”.

En ese sentido, invocando el art. 16, CN, alegó que: *“en una misma jurisdicción geográfica, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, existe un doble procedimiento para la identificación de las personas menores de edad acusadas de la comisión de un delito, dependiendo de si el delito fue transferido a la orbita de la Ciudad o pertenece al ámbito de la Nación”*.

Continuó refiriendo que *“[f]rente a esta situación, la FUNDACIÓN SUR ARGENTINA, con fecha 7 de junio de 2011, interpuso una acción de habeas corpus, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional y artículo 1° de la ley 26.061, en amparo de todos los niños, niñas y adolescentes que por hechos presuntamente cometidos en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires con competencia de la Justicia Nacional de Menores, se hallaren privados de su libertad en dependencias policiales”* [y que a.] *tal efecto, se solicitó se habilite la creación de un centro especializado de identificación que reúna los recaudos y requisitos previstos en la normativa internacional”*.

Evocó que había apelado el rechazo del *habeas corpus*, y que *“la Sala II de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional [...] resolvió que el recurso fue mal concedido toda vez que el artículo 19 de la ley 23.098 sólo habilitaría al denunciante a recurrir únicamente por la sanción o costas que se le hubieren impuesto, cuando la decisión le causare un gravamen”*.

Con sustento en la causal prevista en el inciso segundo del artículo 456 del Código Adjetivo, el recurrente invocó la arbitrariedad de la sentencia por omisión de tratamiento de cuestiones planteadas.

En ese sentido, se agravió de lo decidido puesto que: *“el a quo no se pronunció sobre la ilegítima privación de libertad que sufre el colectivo objeto de esta acción. Tampoco se ha expedido acerca de la procedencia de la acción de habeas corpus como garantía de acceso a la justicia, ni ha abordado el derecho invocado de accionar de manera colectiva en defensa de todas personas menores de edad privadas de su libertad en dependencias policiales – imputadas por la comisión de un hecho de competencia de la justicia Nacional de Menores-, ni tampoco acerca de la conveniencia de tratar la cuestión de manera unificada”*.

Tachó la decisión de arbitraria.

En refuerzo de su pretendida legitimación para interponer el recurso de apelación citó, entre otra jurisprudencia, la sentencia de esta Sala en la causa n° 13.788, “Procuración Penitenciaria s/recurso de casación” (rta. 11/05/2011, reg. n° 18.469), en cuanto señaló que: “*artículo 2.3 PIDCP impone interpretar con cierta flexibilidad los recursos judiciales disponibles a fin de satisfacer las obligaciones de garantía asumidas de modo general, en el artículo 2.2 PIDCP*”.

En el mismo sentido citó la Observación General n° 31, del Comité de Derechos Humanos, sobre “La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto” (doc. ONU CCPR/C/21/Rey. 1/Add. 13,29/03/2004, párr.15).

Agregó que: “[l]a garantía del doble conforme se trata de una garantía que impone a los jueces el deber de revisión, sin limitaciones y la prohibición de denegar la misma so pretexto de pruritos formales”.

Con invocación de la causal contemplada por el artículo 456 inciso primero del Código Procesal Penal de la Nación, el recurrente alegó la errónea aplicación de la ley 23.098, del artículo 43 de la Constitución Nacional y de los arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos..

Así señaló que: “*la Cámara Nacional de Apelaciones desconoce la normativa nacional e internacional y la interpretación que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en lo referente a la garantía de acceso a la justicia y de un recurso judicial expedito y eficaz al declarar mal concedido el recurso de apelación acaparándose en lo estipulado en el artículo 19 de la ley 23.098, desvirtuando el procedimiento de habeas corpus y tornando inoperante la garantía de una tutela judicial inmediata*”, concluyendo que eso conduce a una denegación de justicia al negar la vía adecuada para alcanzar una solución a la situación de crisis expuesta debido a una cuestión meramente formal.

Invocando lo establecido por el art. 25 de la CADH, mencionó que la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado parte en el cual semejante situación tenga lugar; y agregó que para que el

recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.

Concluyó que: “[d]e esta forma el a quo, por una cuestión netamente formal, desvirtúa el procedimiento de habeas corpus tornando inoperante la garantía del acceso a una tutela judicial inmediata; situación que genera el desconocimiento de las condiciones materiales de las personas menores de edad privadas de la libertad en dependencias policiales, violentando la normativa internacional”.

En otro orden, y en cuanto al fondo de la pretensión que constituye el objeto del habeas corpus expuso que: “[l]as detenciones denunciadas a partir del Habeas Corpus presentado, son violatoria de los artículos 37 Inc. c de la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas 31, 65, 82, 83, 85 de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad” y que la situación oportunamente denunciada agrava las condiciones de detención por las características de las comisarías de la Policía Federal, por la presencia de personal policial no capacitado, por la presencia de personal armado y por la convivencia de personas menores de edad con detenidos mayores de edad; concluyendo que es palmaria la inconstitucionalidad del alojamiento en comisarías de las personas menores de edad sea con fines identificatorios o con cualquier otro fin.

Así afirmó que: “[t]oda esta normativa internacional vigente en nuestro país es desconocida por la Sala II de la Cámara de Apelaciones, toda vez que se ampara en cuestiones de mero formalismo, ignorando que la privación de libertad en dependencias policiales de niñas, niños y adolescentes, en las que interviene la Justicia Nacional de Menores, es contraria a los tratados internacionales de Derechos Humanos, especialmente la Convención de los Derechos del Niño que tiene jerarquía constitucional a través del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional”.

Con referencia al art. 43, CN sostuvo que: “[l]a negativa a abordar

*la problemática planteada importa una violación a la Constitución Nacional (artículos 18, 43 y 75 inc. 22) y los distintos instrumentos internacionales (artículos 1, 8 y 25 de la CADH, artículo 8 de la DUDH, artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), en relación con el derecho de acceder a la jurisdicción y obtener una efectiva protección por parte del Poder Judicial” [y que] “La acción interpuesta por la FUNDACIÓN SUR ARGENTINA tiene por objeto amparar a la totalidad de los miembros de este grupo en la necesidad de obtener igual protección, estando convencidos de que sólo un planteo de carácter colectivo resulta idóneo para abordar la situación de crisis enunciada”, y la cámara a quo desconoció lo prescrito por el art. 43 C.N.*

En ese contexto, el recurrente citó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso de Fallos: 328:1146 (“Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”), en el que se planteaba la admisibilidad y procedencia de una acción de *habeas corpus* correctivo de alcance colectivo, para el control judicial de la situación de las personas detenidas en comisarías de la Provincia de Buenos Aires.

Alegando que el razonamiento de la Corte Suprema en ese caso es extensivo al presente, el recurrente indicó que “*el objeto del planteo de esta parte no es la solución de la situación individual de una persona [...] sino la situación de alcance colectivo de violación por parte del Estado de los estándares jurídicos fijados en materia de niños, niñas y adolescentes por la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional de acuerdo con el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna.*”

Por último señaló la pertinencia de una acción colectiva, porque se trata de “*un caso colectivo, ya que se esta en presencia de una práctica sistemática de violación de derechos humanos que requiere el diseño e implementación de un centro especializado*”. Argumentó que “*Muchos integrantes de este colectivo, al igual que sus familias, no tienen el acceso a la información necesaria ni a los medios, ni el contacto con abogados que se necesitarían para la presentación de un habeas corpus*”.

En definitiva solicitó que se declare procedente el recuso de casación, y en consecuencia se revoque la sentencia recurrida y en su caso, se declare la

ilegitimidad de las privaciones de la libertad en sede policial y se ordene su cese.

3°) Que en la audiencia prevista en el art. 465 bis C.P.P.N. tomaron participación los representantes de la recurrente, Fundación Sur Argentina, de la Secretaría de Políticas de Prevención y Relaciones con la Comunidad del Ministerio de Seguridad de la Nación, y de la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social, doctor Ernesto Martín Navarro.

La representación de la Fundación Sur Argentina evocó el objeto de la acción de *habeas corpus* promovida por la esa fundación, en protección de menores de dieciocho años de edad detenidos en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por la alegación de haber cometido una infracción penal de la competencia de los jueces nacionales con asiento en la misma ciudad, en cuanto son conducidos y alojados a comisarías de la Policía Federal por personal policial que porta armas, muchas veces con adultos, y custodiados en dependencias y por personal que, según sostiene, no son especializados, que según sostiene es incompatible con la Convención sobre los Derechos del Niño y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Res. AG 45/113, de 13/12/1990). Señaló que el juez de instrucción había rechazado el *habeas corpus* declarando que la conducción de menores de edad a las comisarías no constituían privaciones de libertad, y que ese rechazo había sido apelado, y el recurso concedido.

Sostuvo que al declarar mal concedido el recurso sobre la base del art. 19 de la ley 23.098, la Cámara incurrió en exceso ritual que constituía una privación de justicia, lo que caía bajo la sanción de nulidad del art. 123 C.P.P.N. Destacó que no se trataba de una denuncia de *habeas corpus* interpuesta en amparo de una persona concreta en un caso concreto, sino de una en favor de un colectivo de personas, cuestión que no fue reconocida en la segunda instancia.

A continuación solicitó que esta Sala se avocase a resolver la cuestión de fondo, por las razones que expresó, y que en definitiva, establezca una fecha cierta para la efectivización de una disposición publicada en la Orden del Día n° 144 del 02/08/2011 De la Policía Federal, por la cual se dispone la

restricción del número de Comisarías destinadas a recibir menores de edad, y en el futuro su reemplazo por un Centro de Identificación.

La representante de la Secretaría de Políticas de Prevención y Relaciones con la Comunidad del Ministerio de Seguridad de la Nación, objetó que la cuestión de legitimación no había sido propuesta en las instancias anteriores, y se dedicó a argumentar sobre el fondo de la pretensión promovida por vía de *habeas corpus*. Mientras que el representante de la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social, pidió que el recurso de casación fuese declarado mal concedido, porque desde su presentación inicial la Fundación Sur Argentina se había presentado en calidad de denunciante, invocando el art. 5 de la ley 23.098, Subsidiariamente, señaló que si se hacía lugar al recurso de casación la decisión debía ceñirse a la cuestión de la legitimación y al reenvió para que el recurso de apelación se sustancie ante la cámara de apelaciones, pues si se accediese a la pretensión de que directamente esta Sala aborde el fondo se privaría a su parte de una instancia. Finalmente, sin embargo, abordó el fondo de la pretensión y pidió se rechace la acción de *habeas corpus*.

Con la realización de la audiencia quedó el recurso en condiciones de ser resuelto.

## -II-

Corresponde en primer término examinar la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por el Presidente de la Fundación Sur Argentina contra una decisión que declara mal concedido su recurso de apelación contra una providencia dictada en materia de *habeas corpus*, no obstante la inexistencia de regla expresa que conceda jurisdicción a esta Cámara Nacional de Casación Penal. (art. 23 C.P.P.N.).

Al respecto esta Cámara ya ha admitido recursos de casación contra acciones de *habeas corpus* colectivo (conf. causa n° 13.788 “Procuración Penitenciaria de la Nación –Habeas Corpus- s/ recurso de casación”, rta 11/5/2011, reg. n° 18.469 del registro de esta Sala y causa n° 7537 “García



Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/recurso de casación", rta. 11/12/2007, reg. n° 1749/07 de la Sala III de esta Cámara).

Si bien el art. 432 C.P.P.N. ha establecido un régimen de *numerus clausus* al declarar que "las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley", ni el hecho de que las decisiones de la naturaleza de la que aquí se pretende impugnar no estén comprendidas en los arts. 457 y ss. C.P.P.N, ni el art. 19 de la ley 23.098 conducen a la aplicación de tal regla de clausura cuando se invoca una cuestión federal que habilita la competencia de esta Cámara de Casación como tribunal intermedio, conforme la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso de Fallos 328:1108 ("Di Nunzio, Beatriz Herminia s/excarcelación s/recurso de hecho"; confr. tb. Sala III, causa n° 13.391 "Páez Bacotti, Juan Javier s/ recurso de casación", rta. 23/03/2011, reg. n° 262.2011) doctrina que ha sido extendida a las impugnaciones de decisiones sobre habeas corpus dictadas en el marco de la ley 23.098, si los agravios invocados aparecen claramente vinculados con una cuestión federal en el caso de Fallos: 331:632 ("Sandoval, Sebastián Ricardo"), doctrina que ha sido seguida también por esta Sala II (causa n° 11.960, "Gutiérrez, Alejandro s/recurso de casación", del registro de esta Sala II, " rta. 18/03/2210, reg. n° 16.131).

El recurso de casación ha sido interpuesto temporáneamente y satisface las demás exigencias de interposición del art. 463 C.P.P.N.

El recurrente ha alegado en los fundamentos del recurso que encuentra comprometidos los arts. 16, 18, 43 y 75 inc. 22 C.N. y 8.2 y 25.1 CADH, y la ley 23.098.

La Fundación Sur Argentina ha recurrido a la vía de habeas corpus en protección de los derechos de un colectivo, a saber, las personas menores de edad detenidas y alojadas en dependencias policiales de la ciudad de Buenos Aires.

Las pretensiones aparecen *prima facie* encuadradas en el art. 3, inc. 2 de la ley 23.098 que declara que el *habeas corpus* es una vía legal admisible "cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad pública que implique [...] 2.

*Agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad, sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere”.*

Tengo dicho que “*el hábeas corpus correctivo es una vía adecuada para revisar el acto u omisión de una autoridad pública cuando se demuestre: a) la agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad (art. 3, inc. 2, de la ley 23.098), que implica, como el sustantivo lo indica, la existencia de un acto u omisión de autoridades estatales que podría acarrear graves consecuencias para el detenido y b) no hay otras vías ordinarias efectivas, en su caso, para corregir en tiempo útil el alegado agravamiento*”. Al contrario la vía de *habeas corpus* no puede ser utilizada como vía ordinaria para sortear la competencia de los jueces a cuya disposición son puestos en cada caso los menores de edad detenidos.

En las circunstancias del caso, el eventual recurso al juez encargado de velar por las condiciones de detención de cada uno de los detenidos que se encuentran a su disposición no es un recurso efectivo porque, no se persigue la protección de los derechos de un detenido en particular, sino de un conjunto de detenidos, conjunto que es de número contingente y variable, y que se define por el hecho de haberse dispuesto su alojamiento alguna de las comisarías de la Policía Federal en esta ciudad de Buenos Aires, en las que, según se alega, no asegura el principio de especialidad que el recurrente infiere de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

A este respecto, observo, por una parte, que el art. 5 de la ley 23.098 faculta a cualquier persona a presentar una denuncia de *habeas corpus* en favor de un detenido identificado del que se alegue se encuentra en las condiciones previstas en el artículo 3 de la misma ley. El texto legal no excluye la posibilidad de que la denuncia de *habeas corpus* se refiera a un conjunto de detenidos determinados que se encuentran en la misma situación, por las mismas causas. En este caso, la distinción de facultades entre denunciante y beneficiario determinado de la acción conserva sentido.

Ello no exime de considerar si la acción de *habeas corpus* procede

cuando se trata de proteger los derechos de un conjunto de detenidos menores de edad que es variable, que no se identifica en su individualidad, y que podrían haber sufrido la afectación de sus derechos en tanto sean colocados en establecimientos de alojamiento no especializados pero respecto de los cuales no se demuestra si se encuentran todavía alojados en ese lugar, por haber recuperado la libertad o haber sido transferidos a otros establecimientos, o de evitar que la situación se mantenga en detenciones futuras.

A fin de definir la cuestión debe tomarse debida cuenta de la dinámica de distribución de la población de menores de edad detenidos, y de las consecuencias a las que conduciría la inadmisibilidad de un remedio de protección por el hecho de que el conjunto de las personas que tienen derecho a tal protección sea por definición variable, y la situación de detención sea también breve o mutable. Tal consideración desnaturalizaría la posibilidad de acceso a un recurso efectivo, y a este respecto no puede desatenderse al hecho de que las personas detenidas carecerían de acceso a un recurso efectivo de protección si el mero hecho de traslado o transferencia, seguido de la asignación de nuevos detenidos al establecimiento o sección en la cual se alega se lesionan derechos fundamentales en un modo y circunstancias que constituyen agravamiento de las condiciones de detención condujese a declarar abstracta o sin objeto la medida de protección.

Por ello, sin perjuicio de las acciones de *habeas corpus* u otras de protección que tienen disponibles cada uno de los menores de edad detenidos, o sus representantes y defensores, para exigir el cumplimiento de las obligaciones de garantía de los derechos humanos asumidas por la República Argentina respecto de las personas sometidas a su jurisdicción (arts. 2 CADH, 2.2 PIDCP y 2.2 CDN), y en particular de proveer de un recurso efectivo a toda persona que alegue que sus derechos reconocidos por la Constitución, las leyes o los respectivos instrumentos internacionales han sido violados (arts. 8 DUDH, 25 CADH y 3.a PIDCP).

Al interpretar el alcance de esta última disposición el Comité de Derechos Humanos ha declarado que "*El párrafo 3 del artículo 2 exige que, además de dar una protección efectiva a los derechos del Pacto, los Estados*

*Partes garanticen que toda persona disponga también de recursos accesibles y eficaces para justificar esos derechos. Esos recursos deben adaptarse de manera adecuada para que tengan en cuenta la particular vulnerabilidad de determinadas categorías de personas [...]*” (HRC, Observación general n° 31, “La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto”, doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 29/03/2004, párr. 15).

De tal suerte, el art. 3.2 PIDCP impone interpretar con cierta flexibilidad los recursos judiciales disponibles a fin de satisfacer las obligaciones de garantía asumidas de modo general en el art. 2.2 PIDCP.

Sentado ello, y a falta de otra vía efectiva, sencilla y rápida que aparezca idónea para garantizar los derechos de los detenidos, esa flexibilidad impone admitir la acción de *habeas corpus*, en favor de un colectivo cuyas personas son indeterminadas y variables, en un caso como el presente.

A este respecto la vía de amparo del art. 43 C.N. no ofrece mejores posibilidades de protección, en la medida en que también aparece conectada a la violación de derechos de personas identificadas. Si bien el segundo párrafo de esa disposición sólo ha provisto de una vía de protección de intereses colectivos respecto de ciertos derechos de incidencia colectiva, ello no puede ser entendido en desmedro de las obligaciones de garantía colectiva de los derechos humanos, ni, en particular, de la especial relevancia que esa garantía colectiva tiene para hacer efectiva la obligación de prevenir las violaciones a los derechos humanos.

Por lo demás, esta Cámara ha interpretado con cierta flexibilidad el límite que impone el art.457 C.P.P.N. cuando se trata de examinar la admisibilidad de los recursos de casación interpuestos para impugnar decisiones en materia de *habeas corpus*, a fin de asegurar un recurso efectivo para la protección de derechos de un colectivo que caen bajo el objeto de la acción de *habeas corpus* (confr. Sala de FERIA, causa n° 153 “Procurador Penitenciario de la Nación s/recurso de casación”, rta. 26/1/2011, reg. n° 29).

Al respecto, la Sala III de esta Cámara evocó que: “[h]ace ya tiempo el alto Tribunal, en armonía con las prescripciones internacionales sobre derechos humanos que adquirieron raigambre constitucional mediante su

*incorporación a la Carta Magna, con la reforma acaecida en el año 1994, sostuvo en autos 'Girolodi, Horacio David y otro s/recurso de casación' -causa n° 32/93, del 7/4/1995 que '...la Corte Interamericana precisó el alcance del artículo 1 de la Convención, en cuanto los Estados parte deben no solamente "respetar los derechos y libertades reconocidos en ella", sino además "garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción"'.*

*Agregó que: "[s]egún dicha Corte, 'garantizar' implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce" [y que] "Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención (opinión consultiva n° 11/90 del 10 de agosto de 1990 - 'Excepciones al agotamiento de los recursos internos' - párrafo 34).*

*Asimismo "[g]arantizar entraña, asimismo, 'el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos' (id., párrafo 23)." (Cfr. Considerando 12)" [y que] "el alcance de la cláusula constitucional, ya ha sido zanjado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al pronunciarse en los autos 'Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus', donde resolvió que 'Pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el hábeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose se pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla' (cfr. Considerando 16). Que '...debido a la condición de sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido, la defensa*

*de derechos de incidencia colectiva puede tener lugar más allá del nomen iuris específico de la acción intentada, conforme lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad (Fallos: 312:2192, disidencia del juez Petracchi; 320:875, entre otros' -cfr. Considerando 17- (Conf.. causa n° 7537 "García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/recurso de casación", rta. 11/12/2007, reg. n° 1749/07).*

Entiendo pues que, en las particulares circunstancias del caso, la vía de *habeas corpus* en favor de un colectivo es formalmente admisible, porque además, como se verá, se encuentran de hecho involucradas cuestiones federales en cuanto se alegan omisiones de autoridades del Estado que afectan los derechos de ciertos detenidos a tenor del art. 37, inc. "c", CDN, y los arts. 16, 18, 19 y 75 inc. 22, CN).

#### -IV-

Contra la resolución del juez de instrucción que rechazó la acción de *habeas corpus* interpuesta por el representante de la Fundación Sur Argentina (fs. 179/187), éste interpuso recurso de apelación (fs. 191/197) que había sido concedido (fs. 198).

Sin embargo, la Cámara de Apelaciones declaró mal concedido el recurso de apelación por considerar que el recurrente carecía de legitimación. Al respecto afirmó que: "*conforme se desprende del art. 19 de la ley 23.098 la resolución impugnada podrá serlo por '...el denunciante únicamente por la sanción o costas que se le hubieren impuesto...'*, circunstancia que no se aprecia en autos" (fs. 226).

A continuación expondré las razones por las cuales entiendo que el *a quo* ha interpretado erróneamente el art. 19 de la ley 23.098 y sobre la base de esa interpretación errada ha sancionando al recurso de apelación con la inadmisibilidad, materia que cae bajo el ámbito de revisión de esta Cámara (art, 456, inc. 2, C.P.P.N.).

-V-

El art. 19 de la ley 23.098 establece que: “[c]ontra la decisión podrá interponerse recurso de apelación para ante la Cámara en el plazo de 24 horas, por escrito u oralmente, en acta ante el secretario, pudiendo ser fundado.

*Podrán interponer recurso el amparado, su defensor, la autoridad requerida o su representante y el denunciante únicamente por la sanción o costas que se le hubieren impuesto, cuando la decisión les cause gravamen.*

*El recurso procederá siempre con efecto suspensivo salvo en lo que respecta a la libertad de la persona (artículo 17, inciso 4), que se hará efectiva.*

*Contra la decisión que rechaza el recurso procede la queja ante la Cámara que resolverá dentro del plazo de 24 horas; si lo concede estará a su cargo el emplazamiento previsto en el primer párrafo del artículo siguiente”.*

Respecto a la restringida legitimidad del denunciante, la doctrina señala que de: “los Fundamentos del proyecto De la Rúa explican la restricción de esta forma: ‘se entiende que en materia de recursos las razones de orden público que dieron lugar a permitir su intervención, ceden ante el carácter dispositivo de estos remedios, además de que en este estado del procedimiento ya se ha garantizado la participación del amparado” [y] “La función del denunciante tiende, pues, a esfumarse, en la presente etapa, ante la actuación del propio beneficiario del hábeas corpus” (confr. SAGÜES, Nestor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, 2ª edición actualizada y ampliada, Tomo 4º, págs. 457; concepción mantenida en la 4ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1995/2002, Tomo 4º, pág. 481S; el mismo autor en *Nuevo régimen del hábeas corpus (Ley 23.098)*, en La Ley, 1985-D, ps. 891/926; en similar sentido MANIGOT, Marcelo A, *Ley 23.098 sobre habeas corpus (B.O. 25/11/84) comentada y anotada con opiniones parlamentarias y jurisprudencia (Parte II)*, Jurisprudencia Penal de Buenos Aires, Año XVII, Tomo 66, pág. 367).

La solución de la ley 23.098 ha sido objeto de críticas, que no pueden ser superadas con la interpretación de la doctrina que se cita, en la medida en que en muchos casos se parte de asumir que siempre puede garantizarse la

intervención del amparado en el procedimiento, y que por ende, tratándose de una instancia de protección sujeta al principio dispositivo, sólo a éste correspondería ejercer la facultad de recurrir contra decisiones que rechazan el *habeas corpus*. Así, en consideración a constelaciones de casos diferentes al presente se ha sostenido que “*no ha sido feliz el texto [...] en materia de recursos (art. 19). En efecto: se prevé el recurso de apelación por parte del amparado, su defensor, al autoridad requerida, el ministerio público (art. 27), pero se lo excluye al denunciante, salvo en lo que concierne a las costas cuando la decisión le hubiera causado gravamen. Y es aquí donde el Congreso ha olvidado que el papel protagónico fundamental en las denuncias de hábeas corpus efectuadas a causa de las desapariciones forzadas pertenece al denunciante, y que han sido los familiares, amigos y miembros de las organizaciones de derechos humanos, como lo demuestra las miles de presentaciones judiciales (Nunca más, Informe de la CONADEP, p. 400) los verdaderos impulsores del procedimiento de hábeas corpus; un bache que deberá, sin duda, ser cubierto por nuestros legisladores para no dejar truncas tantas expectativas aún en latencia*” (BAIGÚN, David, *Ley 23.098. Procedimientos de Hábeas Corpus*, en Rev. Doctrina Penal, Año 7, vol 28, p. 776).

Haciéndose cargo de esta observación, la doctrina ha opinado que: “*en cuanto a los recursos, parecería que [la actuación del denunciante] debería quedar supeditada al hecho de que no mediare presencia o recurso del amparado (porque en estas condiciones lo resuelto no le causaría agravio)*” (confr. MANIGOT, Marcelo A, *op. cit.*, p. 370).

En el mismo sentido se evoca el caso de Fallos: 307:1039 en el que la Corte Suprema había admitido la apelación interpuesta por un denunciante no beneficiario del *habeas corpus*, contra el auto que había rechazado la acción en virtud del art. 10 de la ley 23.098, no obstante lo que dispone el art. 19, en la medida en que en la especie el recurso únicamente podía ser útilmente deducido por el denunciante no beneficiario, puesto que todavía no se había dado intervención al amparado ni al defensor oficial. Así se ha observado que “*el criterio del alto tribunal es sensato, por más que significa abrir una vía*



*apelatoria no contemplada en la ley 23.098"* (confr. SAGÜES, *Derecho Procesal Constitucional*, 2ª edic., cit., ps. 401/402).

Desde esta perspectiva corresponde examinar las circunstancias del presente caso, en la medida en que, como se ha declarado la vía de amparo de un colectivo indeterminado y variable mediante la acción de *habeas corpus* no tiene una pura base legal, sino constitucional, y en tanto, la propia indeterminación no hace factible la intervención en el trámite sumario de *habeas corpus* de todas las personas alcanzadas por la pretensión de protección, de modo que al menos en estos casos, la efectividad y utilidad de la acción de *habeas corpus* depende de que se reconozca legitimación para apelar de las decisiones de rechazo a la persona física o jurídica a quien se le ha reconocido legitimación para promover un *habeas corpus* colectivo

Por estas razones, entiendo que si se afirma que se tiene legitimación para interponer un recurso de *habeas corpus* colectivo, sin identificación individualizada de las personas cuya protección se requiere, supuesto que difiere de la mera denuncia de *habeas corpus* que requiere necesariamente la identificación del amparado, entonces debe considerársele también legitimado a interponer recurso de apelación contra las decisiones que a) desconocen la legitimación para promover la acción, o b) las que rechazan por otras razones la acción de *habeas corpus*.

-V-

De la compulsa del trámite impreso a la presente causa, relevo que en el caso se dan las circunstancias mencionadas en el considerando anterior.

Se trata de una acción de *habeas corpus* colectivo promovida por el representante de la Fundación Sur Argentina en protección de los derechos de un colectivo, a saber, los menores de edad (niños según el art. 1 CDN) detenidos, conducidos y alojados en dependencias de Comisarias de la Policía Federal de la ciudad de Buenos Aires,

Por la misma indeterminación relativa del colectivo amparado es imposible la identificación de los amparados en tiempo útil que no frustre el

carácter sumario de la acción. Además, en atención al carácter variable del conjunto de personas, se persigue la protección no sólo de quienes eventualmente se hallen detenidos al momento de la instancia, sino de modo preventivo de todos aquellos niños que pudieran ser detenidos en el futuro. Estas dos circunstancias impiden dar oportunidad de intervención efectiva en el procedimiento de *habeas corpus* a todos los amparados. A este respecto resulta impracticable su intervención y menos aún la provisión de un defensor oficial.

En esas condiciones, una vez que se reconoce, en base a fundamentos constitucionales, que es admisible –bajo ciertas circunstancias- la promoción de un *habeas corpus* colectivo de las características del que aquí se intenta, debe entonces reconocerse al promotor de la acción legitimación para interponer recurso de apelación ante la cámara respectiva, más allá de la literalidad del art. 19 de la ley 23.098, porque ésta, en rigor, no regula la acción de *habeas corpus* en favor de un colectivo indeterminado y variable.

Concluyo así que la cámara de apelaciones ha incurrido en error al declarar mal concedido el recurso de apelación interpuesto por el representante de la Fundación Sur Argentina, de fs. 179/187, y que corresponde anular la decisión de fs. 226, en la medida en que la Cámara ha privado al recurrente el acceso a su jurisdicción por un interpretación formalista contraria al art. 2 C.P.P.N., traduce una denegación arbitraria de acceso a una instancia recursiva respecto de una decisión que le acarrea gravamen al tornar irrecurrible el rechazo de toda acción de *habeas corpus* deducida en amparo de un colectivo indeterminado y variable (art. 471 C.P.P.N.).

#### -VI-

En la audiencia celebrada a tenor del art. 465 bis C.P.P.N. el recurrente además ha promovido que esta Cámara se pronunciase directamente sobre el fondo de la acción de *habeas corpus*, exponiendo los fundamentos de su pretensión, los que han sido abordados y contestados, también en cuanto al fondo, por la representante de la Secretaría de Políticas de Prevención y Relaciones con la Comunidad del Ministerio de Seguridad de la Nación. En

cambio, el representante de la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social, ha objetado que, la jurisdicción de esta Sala debía considerarse ceñida a la revisión de la decisión recurrida, esto es, la legitimación del representante de la Fundación Sur Argentina para interponer el recurso de apelación que había sido declarado mal concedido, de modo que, si se hiciese lugar al recurso de casación, sólo cabría ordenar la sustanciación ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional del recurso de apelación.

Este es en rigor el alcance de la jurisdicción de esta Sala, que sólo puede revisar el acierto o error de la decisión de fs. 226, pero no tiene jurisdicción para abocarse a la decisión del fondo del asunto, sin que hubiese mediado pronunciamiento en la instancia anterior, lo que equivaldría a la supresión de la instancia.

**-VI-**

En estas condiciones, opino que debe hacerse lugar al recurso de casación de fs. 235/246, anularse la resolución de fs. 226, y remitirse las actuaciones al tribunal de origen a fin de que se sustancie el recurso de apelación de fs. 191/197 que ha sido erróneamente declarado mal concedido, sin costas (arts. 471, 530 y 532 C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

El señor juez doctor **Guillermo J. Yacobucci** dijo:

Que adhiere al voto precedente.

El señor juez doctor **Juan E. Fégoli** dijo:

En primer lugar, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que *"...pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el hábeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el*

*párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla...*” (cfr. *in re*: “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, expte. V. 856. XXXVIII, Recurso de Hecho, resuelto el 3/5/05 –considerando 16º-).

También en dicha oportunidad expresó que “...*debido a la condición de los sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido, la defensa de derechos de incidencia colectiva puede tener lugar más allá del nomen iuris específico de la acción intentada, conforme lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad (Fallos: 312:2192, disidencia del juez Petracchi; 320:875, entre otros)...*”.

En consonancia con lo expuesto, el Alto Tribunal “...*admitió la apelación interpuesta por un denunciante no beneficiario del hábeas corpus contra el auto que rechazó la acción en virtud del art. 10 de la ley 23.098, no obstante lo consignado por el art. 19 de tal norma (que sólo habilitó el recurso de apelación radicado por el denunciante no beneficiario, por la sanción o costas que se le hubiesen impuesto)...*” al entender que “...*en la especie el recurso únicamente podía ser útilmente radicado por el denunciante no beneficiario, puesto que no se había dado intervención al amparado ni al defensor oficial...*” (cfr. SAGÜES, “Derecho Procesal Constitucional – Hábeas Corpus”, 2da. edición, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, página 401/402).

En virtud de tales fundamentos y los desarrollados en el *sub examine* por el distinguido colega que lidera este Acuerdo, adhiero a su voto y emito el mío en igual sentido.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal **RESUELVE**: Hacer lugar al recurso de casación de fs. 235/246, anular la resolución de fs. 226, y remitir las actuaciones al tribunal de origen a fin de que se sustancie el recurso de apelación

de fs. 191/197 que ha sido erróneamente declarado mal concedido, sin costas (arts. 471, 530 y 532 C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del artículo 400, primera parte, del Código Procesal Penal de la Nación en función del artículo 469, tercer párrafo, del mismo ordenamiento legal y remítase al tribunal de procedencia sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

Fdo.: Dres. Luis M. García, Guillermo J. Yacobucci y Juan E. Fegoli.

Ante mí: Gustavo Alterini.