

2016



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Av. Alvear 1711 1° piso
(1014) / Ciudad Autónoma de Buenos Aires
(011) 4815-6976 / 4812-9327
academiaderecho.org
academiadederecho@fibertel.com.ar

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE DERECHO PENAL

Director: Siro M. A. De Martini

Estudios de Derecho Penal Año 2016

Santiago Ottaviano ♦ Roberto Durrieu ♦ Ignacio Rodríguez Varela
Alejandro Freeland ♦ Juan María Rodríguez Estévez ♦ Marco Antonio
Terragni ♦ Félix Adolfo Lamas (h.) ♦ Eduardo J. Riggi ♦ Alejandro
Martín Becerra



\$300

ACADEMIA NACIONAL
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DE BUENOS AIRES

INSTITUTO DE DERECHO PENAL

ESTUDIOS DE DERECHO PENAL
Año 2016

Director: Siro M. A. De Martini

Santiago Ottaviano - Roberto Durrieu - Ignacio Rodríguez Varela - Alejandro
Freeland - Juan María Rodríguez Estévez - Marco Antonio Terragni - Félix
Adolfo Lamas (h.) - Eduardo J. Riggi - Alejandro Martín Becerra



BUENOS AIRES
2016

PUBLICACIONES DE LA
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

- *La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación*
- *CENTENARIO 1908 — 7 de octubre — 2008*
- *Homenaje al académico doctor Segundo V. Linares Quintana*
- *Historia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*

SERIE I — ANUARIOS

Anales — Primera época, N° 1 (1915) — Segunda época, N° 1 a 54.

SERIE II — OBRAS

- 1.— *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por Agustín de Vedia y Alberto Rodríguez Varela.
- 2.— *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por Alberto Octavio Córdoba.
- 3.— *La nueva ciencia política y constitucional*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 4.— *Política exterior en la edad nuclear*, por Felipe A. Espil.
- 5.— *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por Juan Silva Riestra.
- 6.— *La libertad. Elección, amor, creación*, por Manuel Río.
- 7.— *El Congreso de Panamá*, por Mariano J. Drago.
- 8.— *La esencia del Derecho, la justicia, la Ley*, por Manuel Río.
- 9.— *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por Miguel S. Marienhoff.
- 10.— *La Nación Argentina hecha ley*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 11.— *Historia del Derecho Político*, por Ambrosio Romero Carranza.
- 12.— *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por Juan Carlos Molina y Joaquín G. Martínez.
- 13.— *Alberdi y su tiempo*, por Jorge M. Mayer (2 tomos).
- 14.— *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por Isidoro Ruiz Moreno.
- 15.— *Historia de la doctrina Drago*, por Alberto A. Conil Paz.
- 16.— *La alborada. San Martín y Alberdi*, por Jorge M. Mayer.
- 17.— *Primeros Académicos de Derecho - 1925*.
- 18.— *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por Jorge M. Mayer.
- 19.— *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos).
- 20.— *Conferencias y estudios*, por Héctor P. Lanfranco.
- 21.— *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos). Segunda edición actualizada.
- 22.— *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 23.— *Las cinco Argentinas*, por Jorge M. Mayer.
- 24.— *Vida y testimonio de Félix Frías*, por Ambrosio Romero Carranza y Juan Isidro Quesada.
- 25.— *Victorino de la Plaza (1840-1919). Un eje institucional*, por Jorge M. Mayer.
- 26.— *Los posibles antídotos de la crisis*, por Jorge M. Mayer.
- 27.— *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 28.— *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, por Alberto Luis Zuppi.

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: EN TRÁMITE

IMPRESO EN LA ARGENTINA

La Ley Sociedad Anónima
Tucumán 1471
C.P. 1050 AAC Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Argentina
Tel.: (005411) 4378-4841

- 29.— *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 30.— *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 31.— *El derecho de la salud*, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 32.— *Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia*, por Aída R. Kemelmajer de Carlucci.
- 33.— *¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia?*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 34.— *Protección jurídica del consumidor*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 35.— *La desconstitucionalización del Presupuesto Nacional. ¿Es conveniente la sustitución del Código Civil?*, XX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

SERIE III — COMUNICACIONES

Comunicaciones — N° 1.

SERIE IV — INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

- 1.— *Estudios sobre Derecho Civil.*
- 2.— *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*
- 3.— *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*
- 4.— *Estudios sobre derecho ambiental.*
- 5.— *Estudios sobre daño moral.*
- 6.— *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*
- 7.— *Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.*
- 8.— *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.*
- 9.— *Estudios sobre la "pesificación" y la emergencia económica.*
- 10.— *Los vicios de la voluntad.*
- 11.— *Los vicios de la voluntad. Parte II.*
- 12.— *Capacidad civil de las personas.*
- 13.— *Estudios sobre Derecho Sucesorio Hereditario.*
- 14.— *Sociedad Conyugal.*
- 15.— *Teoría y práctica de los contratos.*
- 16.— *Código Civil y Comercial.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

- *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El derecho marítimo alemán.*
- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*
- *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*
- *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*
- *Derecho Internacional.*
- *La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión).*
- *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

- *Cooperación en la Explotación de Petróleo y Gas en el Mar.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*
- *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/95). Su influencia en los contratos.*
- *Evolución del derecho de los grupos de sociedades y Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por la Argentina.*
- *La empresa a la búsqueda de un necesario equilibrio.*
- *Cuestiones de derecho empresarial.*
- *Contratos y sociedades en el Proyecto de Código Civil y Comercial.*
- *Contratos comerciales.*
- *Sociedades y asociaciones en el Código Civil y Comercial.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Descentralización Productiva.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCIÓN DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

- *Las Reglas de Rotterdam.*

INSTITUTO DE DERECHO PENAL

- *Estudios de Derecho Penal. Año 2016.*

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*
- *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira.*

INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario.*

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2009.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2010.*

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2011.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2012.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2013.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2014.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2015.*

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*
- *Proyecto de Procesos Colectivos.*
- *Proyecto Modelo de Ley de Amparo.*

INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Ensayos sobre el impacto del nuevo Código Civil y Comercial en los institutos laborales.*

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES**

Presidente

Académico Dr. Jorge R. Vanossi

Vicepresidente

Académico Dr. Roberto E. Luqui

Secretarios

Académico Dr. Emilio P. Gnecco

Académico Dr. Rafael M. Manóvil

Tesorero

Académico Dr. Daniel Funes de Rioja

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones
Académico Dr. José Domingo Ray

Vocales
Académico Dr. Jaime Luis Anaya

ACADÉMICOS DE NÚMERO
por orden de antigüedad

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. José Domingo Ray	Manuel Obarrio	22 mayo 1975
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Salvador M. del Carril	19 octubre 1978
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 septiembre 1982
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dr. Hugo Caminos	Eduardo Acevedo	23 noviembre 1995
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 septiembre 1996
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Jorge Horacio Alterini	Alfredo Colmo	14 diciembre 2000
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	Lucio V. López	13 diciembre 2001
Dr. Héctor Alegria	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
Dr. Gregorio Badeni	Manuel Quintana	12 mayo 2005
Dr. Enrique Manuel Falcón	Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 septiembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	Juan A. Bibiloni	22 mayo 2008
Dr. José W. Tobías	José N. Matienzo	25 septiembre 2008
Dr. Emilio P. Gnecco	Mariano Moreno	8 octubre 2009
Dr. Rafael M. Manóvil	José María Moreno	8 octubre 2009
Dr. Eduardo Sambrizzi	José Figueroa Alcorta	14 junio 2012
Dr. Alfonso Santiago (h.)	Estanislao Zeballos	14 junio 2012
Dr. Daniel Fuñes de Rioja	Esteban Echeverría	11 julio 2013
Dr. Siro M. A. De Martini	Carlos Calvo	26 junio 2014

MIEMBROS CORRESPONDIENTES
por orden de antigüedad

		<i>Fecha</i>
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Giorgio Berti	Italia	10 julio 2003
Dr. Rudolf Dolzer	Alemania	22 abril 2004
Dr. Franck Moderne	Francia	27 mayo 2004
Dr. Carlo Angelici	Italia	22 julio 2004
Dr. Tomás Ramón Fernández	España	12 agosto 2004
Dr. Federico Carpi	Italia	12 mayo 2005
Dr. Gaspar Ariño Ortiz	España	11 agosto 2005
Dr. Marcelo G. Kohen	Suiza	25 agosto 2005
Dra. Giovanna Visintini	Italia	25 agosto 2005
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela	27 abril 2006
Dr. Ángel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006
Dr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Brasil	26 abril 2007
Dr. Francisco Orrego Vicuña	Chile	11 diciembre 2008
Dr. Mariano R. Brito Checchi	Uruguay	23 julio 2009
Dr. Daniel Hugo Martins	Uruguay	24 junio 2010
Dr. Måns Jacobsson	Suecia	9 septiembre 2010
Dr. Francesco Berlingieri	Italia	9 septiembre 2010
Dr. Santiago Muñoz Machado	España	9 junio de 2011
Dr. Andrei Gennadievich Lisitsyn-Svetlanov	Rusia	13 octubre 2011
Dr. Francisco Miró Quesada Rada	Perú	10 abril 2014
Dr. Augusto Ferrero Costa	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Domingo García Belaunde	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Horacio Rosatti	Santa Fe	26 noviembre 2015
Dr. Ricardo Olivera García	Uruguay	26 noviembre 2015
Dr. Marcelo López Mesa	Argentina	14 abril 2016
Dr. Diego Valadés	México	11 agosto 2016

ACADÉMICOS PRESIDENTES

	Presidente Provisorio, Decano de la Facultad de Derecho
Dr. Wenceslao Escalante	Acta n° 1 del 7-10-1908
Dr. Manuel Obarrio	1910/1916
Dr. José Nicolás Matienzo	1916/1936
Dr. Ernesto Boschi	1936/1937
Dr. Leopoldo Melo	1937/1951
Dr. Carlos Saavedra Lamas	1951/1958
Dr. Clodomiro Zavallá	1959/1959
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	1959/1967
Dr. Agustín N. Matienzo	1967/1971
Dr. Eduardo B. Busso	1971/1974
Dr. Alberto G. Padilla	1974/1977
Dr. Marco Aurelio Risolía	1977/1980
Dr. Isidoro Ruiz Moreno	1980/1983
Dr. Segundo Linares Quintana	1983/1986
Dr. Marco Aurelio Risolía	1986/1989
Dr. Federico Videla Escalada	1989/1992
Dr. Enrique Ramos Mejía	1992/1995
Dr. José Domingo Ray	1995/1998
Dr. Roberto Martínez Ruiz	1998/2001
Dr. Horacio A. García Belsunce	2001/2004
Dr. Alberto Rodríguez Galán	2004/2007
Dr. Julio César Otaegui	2007/2009
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2009/2011
Dr. Gregorio Badeni	2011/2016
Dr. Jorge R. Vanossi	2016/2019

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo
 Dr. Carlos A. Adrogué
 Dr. Eduardo Aguirre Obarrio
 Dr. Jorge A. Aja Espil
 Dr. Juan Álvarez
 Dr. Octavio R. Amadeo
 Dra. Margarita Argúas
 Dr. Marco R. Avellaneda
 Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia
 Dr. Antonio Bermejo
 Dr. Juan A. Bibiloni
 Dr. Germán J. Bidart Campos
 Dr. Eduardo L. Bidau
 Dr. Eduardo Bidau
 Dr. Carlos María Bidegain
 Dr. Rafael Bielsa
 Dr. Bernardino Bilbao
 Dr. Adolfo Bioy
 Dr. Guillermo A. Borda
 Dr. Ernesto Bosch
 Dr. Rodolfo Bullrich
 Dr. Carlos O. Bunge
 Dr. Eduardo B. Busso
 Dr. Jorge Bustamante Alsina
 Dr. Pablo Calatayud
 Dr. Francisco Canale
 Dr. Ramón S. Castillo
 Dr. Santos Cifuentes
 Dr. Alfredo Colmo
 Dr. Jorge E. Coll
 Dr. Julio César Cueto Rúa
 Dr. Tomás R. Cullen
 Dr. Mauricio P. Daract
 Dr. Calixto S. de la Torre
 Dr. Antonio Dellepiane
 Dr. Atilio Dell'Oro Maini
 Dr. Mariano de Vedia y Mitre
 Dr. Juan José Díaz Arana
 Dr. Manuel María Diez
 Dr. Luis M. Drago
 Dr. Mariano J. Drago
 Dr. Wenceslao Escalante
 Dr. Felipe A. Espil
 Dr. Rómulo Etcheverry Boneo
 Dr. José Figueroa Alcorta
 Dr. Horacio P. Fargosi
 Dr. Salvador Fornieles
 Dr. Vicente C. Gallo
 Dr. Guillermo Garbarini Islas
 Dr. Juan Agustín García

Dr. Juan M. Garro
 Dr. Juan A. González Calderón
 Dr. Dimas González Gowland
 Dr. Aquiles H. Guaglianone
 Dr. Elías P. S. Guastavino
 Dr. Carlos Güiraldes (h.)
 Dr. Roberto Guyer
 Dr. Alberto Hueyo
 Dr. Carlos Ibarguren
 Dr. Eduardo Labougle
 Dr. Héctor Lafaille
 Dr. Héctor P. Lanfranco
 Dr. Hilario Larguía
 Dr. Tomás Le Bretón
 Dr. Ricardo Levene
 Dr. Juan Francisco Linares
 Dr. Segundo V. Linares Quintana
 Dr. Mario Justo López
 Dr. José María López Olaciregui
 Dr. Baldomero Llerena
 Dr. Osvaldo Magnasco
 Dr. Carlos C. Malagarriga
 Dr. Miguel S. Marienhoff
 Dr. Félix Martín y Herrera
 Dr. Roberto Martínez Ruiz
 Dr. Agustín N. Matienzo
 Dr. José N. Matienzo
 Dr. Jorge M. Mayer
 Dr. Carlos L. Melo
 Dr. Leopoldo Melo
 Dr. Manuel A. Montes de Oca
 Dr. Augusto Mario Morello
 Dr. Rodolfo Moreno (h.)
 Dr. Carlos M. Muñiz
 Dr. José Luis Murature
 Dr. Rómulo S. Naón
 Dr. Benito A. Nazar Anchorena
 Dr. Luis Esteban Negri Pisano
 Dr. Manuel Obarrio
 Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
 Dr. Francisco J. Oliver
 Dr. Julio H. G. Olivera
 Dr. Manuel V. Ordóñez
 Dr. Alfredo Orgaz
 Dr. Adolfo Orma
 Dr. Julio César Otaegui
 Dr. Alberto G. Padilla
 Dr. Lino E. Palacio
 Dr. Jesús H. Paz
 Dr. José M. Paz Anchorena

Dr. Federico Pinedo
 Dr. Norberto Piñero
 Dr. Ángel S. Pizarro
 Dr. Luis Podestá Costa
 Dr. Ernesto Quesada
 Dr. Juan P. Ramos
 Dr. Enrique Ramos Mejía
 Dr. Francisco Ramos Mejía
 Dr. Juan Carlos Rébora
 Dr. Roberto Repetto
 Dr. Manuel Río
 Dr. Marco Aurelio Risolía
 Dr. Horacio C. Rivarola
 Dr. Rodolfo Rivarola
 Dr. Alberto Rodríguez Galán
 Dr. Ambrosio Romero Carranza
 Dr. José M. Rosa
 Dr. José María Ruda
 Dr. Enrique Ruiz Guíñazú
 Dr. Isidoro Ruiz Moreno
 Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h.)
 Dr. Alejandro Ruzo
 Dr. Diego L. Saavedra

Dr. Carlos Saavedra Lamas
 Dr. Antonio Sagarna
 Dr. Raymundo M. Salvat
 Dr. Matías G. Sánchez Sorondo
 Dr. José Manuel Saravia
 Dr. Juan Silva Riestra
 Dr. Sebastián Soler
 Dr. Juan B. Terán
 Dr. José A. Terry
 Dr. David de Tezanos Pinto
 Dr. Gastón Federico Tobal
 Dr. Félix A. Trigo Represas
 Dr. Ernesto J. Ure
 Dr. Enrique Uriburu
 Dr. Antonio Vázquez Vialard
 Dr. Benjamín Victorica
 Dr. Federico N. Videla Escalada
 Dr. Ernesto Weigel Muñoz
 Dr. Raymundo Wilmart de Glymes
 Dr. Mauricio Yadarola
 Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez
 Dr. Clodomiro Zavallía
 Dr. Estanislao S. Zeballos

SUMARIO

DOCTRINA

El hombre de atrás, el de adelante, el del medio y el del costado POR SANTIAGO OTTAVIANO.....	17
La detención domiciliaria y la edad POR ROBERTO DURRIEU.....	47
La “securitización” y otros demonios POR IGNACIO RODRÍGUEZ VARELA.....	55
Breves sobre la prisión preventiva en la reforma procesal POR ALEJANDRO FREELAND	71
Persona jurídica. Responsabilidad penal POR JUAN MARÍA RODRÍGUEZ ESTÉVEZ.....	85
Penas suaves pero de cumplimiento efectivo POR MARCO ANTONIO TERRAGNI	97
La mutabilidad de la ley penal FÉLIX ADOLFO LAMAS (H.).....	101
Discrecionalidad fiscal: una lucha por el poder EDUARDO J. RIGGI.....	117
Violencia de género ALEJANDRO MARTÍN BECERRA.....	129
El llamado “principio de oportunidad” en materia penal. Debate....	143
Dictamen del Instituto de Derecho Penal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales sobre tres proyectos de ley integrantes del “Plan de Justicia 2020”	157

SUMARIO

DOCTRINA

17	El hombre de atrás, el de adelante, el del medio y el del costado
47	La doctrina de la imputación y la edad
88	La "responsabilidad" y otros conceptos
117	El hombre de atrás, el de adelante, el del medio y el del costado
139	La doctrina de la imputación y la edad
143	La "responsabilidad" y otros conceptos
157	El hombre de atrás, el de adelante, el del medio y el del costado

EL HOMBRE DE ATRÁS, EL DE ADELANTE, EL DEL MEDIO Y EL DEL COSTADO

POR SANTIAGO OTTAVIANO

Sumario: I. Introducción.- II. Algunos rasgos de la primera etapa.- III. Algunos rasgos de la segunda etapa.- IV. La incidencia de los rasgos antes mencionados en la consideración de la autoría.- V. La atribución de autoría y coautoría desde criterios del derecho penal internacional.- VI. La imputación sobre la base de concepciones normativizadas de la autoría.- VII. Palabras finales.

La atribución de autoría en las causas penales seguidas contra militares y civiles por la represión de las guerrillas en la Argentina de los años 70.

I. Introducción

Las causas penales que la justicia federal argentina ha llevado y sigue llevando adelante contra personas que tuvieron algún tipo de intervención en la persecución de los grupos guerrilleros que operaban en el país durante la década de 1970 (persecución que incluyó también a algunos actores políticos y sociales que con mayor o menor fundamento se afirmaba entonces que estaban vinculados a esos grupos) plantea múltiples cuestiones dignas de análisis. Este trabajo constituye un simple esbozo descriptivo sobre los criterios con los que, desde la reapertura de las causas en cuestión durante la primera década del presente siglo, se viene atribuyendo a diversos sujetos imputados la específica calidad de "autor" en términos jurídico-penales.

Como en todo esbozo, los trazos para la composición serán más bien gruesos. Esto implica evitar entrar *ex profeso* en las particularidades y complejidades que cada una de las causas iniciadas plantea (más allá de tomar ejemplos de algunas de ellas), asumiendo pues el riesgo de que las generalizaciones propuestas no se apliquen con exactitud a todas y cada una de ellas.

Para emprender este análisis es necesario también tomar en cuenta un rasgo peculiar que han incidido de manera más o menos directa (y más o menos legítima) sobre el desarrollo de las causas. Me refiero concretamente a que tanto la decisión de utilizar el sistema penal para perseguir esos hechos, como la determinación de los alcances de la persecución, tuvieron siempre en nuestro país una muy alta sensibilidad política. Con independencia de las variaciones que puedan haber existido en el interés de la opinión pública sobre el tema, es indudable que la apertura, el cierre y la reapertura de las causas penales en cuestión han interesado a todo el arco político argentino, a todos los poderes del Estado nacional, a organismos internacionales, y a diversas organizaciones no gubernamentales que han puesto su mirada sobre la actuación de la justicia argentina en estos casos.

Esa sensibilidad política se ha manifestado de diversas formas en distintos momentos. En este sentido es muy claro que existen dos períodos en los que el Estado argentino persiguió penalmente esos hechos, con un lapso intermedio en el que las causas penales estuvieron cerradas. El primer período: reconoce como hito de inicio la derogación de la amnistía dictada por el gobierno militar (1), y se cierra con la entrada en vigencia de las leyes de obediencia debida y punto final y la afirmación

(1) El 22 de septiembre de 1983, meses antes del restablecimiento de la democracia, el Poder Ejecutivo de facto dictó la ley 22.924 ("de pacificación nacional"). El art. 1 declaraba extinguidas las acciones penales emergentes de los delitos cometidos con motivación o finalidad terrorista o subversiva, desde el 25 de mayo de 1973 hasta el 17 de junio de 1982, y también los hechos realizados en ocasión o con motivo del desarrollo de acciones dirigidas a prevenir, conjurar o poner fin a las referidas actividades terroristas o subversivas, cualquiera hubiere sido su naturaleza o el bien jurídico lesionado. Los efectos de esta ley alcanzaban a los autores, partícipes, instigadores, cómplices o encubridores y comprendían a los delitos comunes conexos y a los delitos militares conexos.

Ahora bien, esa ley 22.924 fue derogada el 22 de diciembre de 1983, mediante ley 23.040 —promulgada el 27 de diciembre de 1983—. El artículo 2º de esta última norma estableció que: "La ley de facto N° 22.924 carece de todo efecto jurídico para el juzgamiento de las responsabilidades penal, civil, administrativa y militar emergentes de los hechos que ella pretende cubrir, siendo en particular inaplicable a ella el principio de la ley penal más benigna establecido en el artículo 2º del Código Penal. Lo dispuesto en el párrafo anterior no se altera por la existencia de decisiones judiciales firmes que hayan aplicado la ley de facto N° 22.924".

de su constitucionalidad por la Corte Suprema (2). Hubo una cierta prolongación de la persecución penal de algunos hechos no contemplados en esas leyes hasta el dictado de los indultos presidenciales durante la presidencia de Menem (3) y su convalidación por la Corte (4). El segundo período de persecución penal reconoce como hitos de apertura la anulación por el congreso de las leyes de obediencia de vida y punto final, y el dictado de las causas "Arancibia Clavel" (5) y "Simón" (6) de la CSJN. Este período no ha concluido aún.

II. Algunos rasgos de la primera etapa

Está claro que las autoridades políticas y judiciales instauradas a partir de 1983 se autopercibían diferentes del gobierno militar anterior en la comprensión y aplicación del derecho penal y su sistema de garantías. Ello implicaba un cierto énfasis en las garantías como límites al poder punitivo. Esa tendencia queda por ejemplo de manifiesto (más allá del marco concreto de la persecución penal de los que aquí nos ocupan) en el recordado precedente "Bazterrica" (7). En particular en el voto del ministro Petracchi, se habla en los siguientes términos:

"(L)a toma de conciencia de que nuestro país atraviesa una coyuntura histórico-política particular, en la cual, desde las distintas instancias de producción e interpretación normativas, se intenta reconstruir el orden jurídico, con el objetivo de restablecer y afianzar para el futuro en su totalidad las formas democráticas y republicanas de convivencia de los argentinos, dicho objetivo debe orientar la hermenéutica constitucional en todos los campos".

(2) En la causa "Camps" (Fallos: 310:1162, 1987) nuestra Corte Suprema afirmó la validez constitucional de la ley 23.521, constitucionalidad luego convalidada en precedentes posteriores. También aceptó la validez constitucional de la ley de punto final en Fallos: 311:401, 816, 890, 1085 y 1095; 312:111; 315:2988; 316:532, 609 y 2171 y 321:2031, entre otros.

(3) Decreto 1002/89 del Poder Ejecutivo Nacional.

(4) Fallos: 315: 2421. Allí quienes conformaron la mayoría resolvieron que el particular ofendido carecía de legitimidad para reclamar la inconstitucionalidad del decreto que indultó a un procesado: arts. 100 bis y 146 del Código de Justicia Militar más allá de lo cual analizó la cuestión de fondo y señaló que el titular del Poder Ejecutivo está facultado para indultar a personas sometidas a proceso.

Es cierto que por entonces, en el informe N° 28/92 del 2 de octubre de 1992, La Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuestionó las leyes N° 23.492 (de punto final) y N° 23.521 (de obediencia debida), por afectación del derecho a la protección judicial (artículo 25) y a las garantías judiciales (artículo 8) consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pero en aquel entonces eso no modificó la situación interna.

(5) Fallos: 327:3312.

(6) Fallos: 328:2056.

(7) Fallos: 308:1392.

En el párrafo transcrito se pone de manifiesto la evidente intención de presentar a la Corte Suprema como un órgano renovado con el advenimiento de la democracia, orientado a reafirmar una interpretación constitucional en clave liberal. Esa renovación se planteó también en términos de recuperación del constitucionalismo local, en principio no demasiado permeable al derecho internacional. Ello tuvo su correlato posterior en la aplicación estricta del principio de legalidad para convalidar limitaciones a la persecución que surgieron con el dictado de las leyes que limitaron la persecución.

Está claro también que las autoridades de la entonces nueva democracia asumieron una posición que pretendía ser relativamente equidistante sobre la violencia política de la década anterior, cuestionando tanto la represión del gobierno militar como la actividad de los grupos guerrilleros. Ello se traducía en distinciones entre el hecho mismo de la persecución de estos últimos (legítima *per se*) y el modo en que esta se llevó a cabo (ilegítima en sus métodos), o entre un cierto marco de legalidad sostenido formalmente por las autoridades militares que ejercían el poder (plasmado en diversas normas (8)) y el apartamiento clandestino de esa misma legalidad sostenida por el régimen de facto, y por lo tanto vinculante para sus autoridades.

De este modo, en la sentencia correspondiente a la conocida causa 13/84 (9) se trazó una distinción entre el plan ilegal de la represión militar y un estructura legal de la lucha contra las guerrillas. En efecto no se puede desconocer que en aquellos años la decisión de combatir las había emanado del gobierno democrático anterior al golpe de Estado de 1976.

Una norma muy relevante en este sentido fue el decreto 261/75 del 5 de febrero de 1975, firmado por la entonces presidenta María Estela Martínez de Perón. El mismo tenía como objetivo combatir militarmente al Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP) en la provincia de Tucumán. El artículo primero de ese decreto estableció como objetivo principal textualmente lo siguiente:

“El comando General del Ejército procederá a ejecutar las operaciones militares que sean necesarias a efectos de neutralizar y/o aniquilar el accionar de elementos subversivos que actúan en la provincia de TUCUMÁN”.

(8) Algunas de esas normas estaban vigentes desde el período democrático anterior y otras fueron creadas por ellos mismos.

(9) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, sentencia de 9 de diciembre de 1985.

Además se ordenó a la Policía Federal ponerse bajo el mando del Ejército y se solicitaba a la gobernación de Tucumán, hacer lo propio con las fuerzas de seguridad locales.

El 6 de octubre de 1975, luego del ataque guerrillero a los cuarteles del Regimiento de Infantería Monte 29 de Formosa por parte de la organización Montoneros, el presidente interino Ítalo Argentino Luder dictó en acuerdo de ministros los decretos 2770/75, el 2771/75 y 2772/75. Por medio de ellos se involucró a las fuerzas armadas en todo el país en las actividades orientadas a “neutralizar y/o aniquilar el accionar de los elementos subversivos”, que se había iniciado en Tucumán.

El decreto número 2770 creaba un Consejo de Seguridad Interna (encabezado por el presidente e integrado por los ministros y los tres jefes militares) orientado a la dirección de “los esfuerzos para la lucha contra la subversión”. También creó un Consejo de Defensa, presidido por el ministro de Defensa e integrado por los jefes de las tres fuerzas para conducir la lucha en todos los aspectos y acciones de la subversión y planear y conducir el empleo de las Fuerzas Armadas, fuerzas de seguridad y fuerzas policiales.

El decreto 2771 establecía que el Ministerio del Interior habría de firmar convenios con los gobernadores de las provincias a fin de que las fuerzas policiales y los servicios penitenciarios locales también quedasen a disposición del Consejo de Defensa.

Finalmente, el decreto 2772 ordenaba a las Fuerzas Armadas, bajo el Comando Superior del Presidente de la Nación ejercido a través del Consejo de Defensa, la ejecución de las operaciones militares y de seguridad que fuesen necesarias para aniquilar el accionar de los elementos subversivos en todo el territorio del país.

Los tres decretos fueron ratificados por el Congreso de la Nación el 29 de octubre de 1975.

Además, en el plano internacional, el comienzo de la década del 70 también estuvo signado por la condena a la actividad de los grupos guerrilleros. Es importante destacar en ese sentido lo afirmado por la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

“La Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

CONSIDERANDO:

Que es su deber velar por la defensa de los derechos humanos en los Estados miembros de la OEA, prestar particular atención a la observancia de los derechos mencionados en los arts. 1, 2, 3, 4, 18, 25 y 26 de la Declaración

Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y formular recomendaciones a los gobiernos, con el fin de hacer más efectiva la observancia de tales derechos;

Que han ocurrido en el Continente americano reiteradas violaciones de los derechos humanos, bajo la denominación de terrorismo político y de guerrilla urbana o rural,

RESUELVE:

I. Condenar los actos de terrorismo político y la guerrilla urbana o rural, de los cuales deriva grave lesión para los derechos a la vida, a la seguridad de la persona, a la libertad física, a la libertad de conciencia, de opinión y de expresión y para el derecho de defensa, consagrados en la Declaración Americana y en otros instrumentos internacionales.

II. Declarar que los objetivos políticos o ideológicos presentados como causa determinante de tales actos no afectan la calificación de los mismos como graves violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales, ni pueden excluir la responsabilidad de sus autores por la comisión de las mencionadas violaciones.

III. Incluir en el Programa General de Trabajo de la comisión el tema "El terrorismo con fines políticos o ideológicos como fuente de violación de los derechos humanos", a fin de que sean estudiadas las medidas de carácter interno y cooperación internacional requeridas por el agravamiento del problema.

IV. Transmitir el texto de esta Resolución a la Asamblea General de la Organización en su próximo período de sesiones" (10).

Por su parte, el Consejo Permanente de la OEA aprobó el 15 de mayo de 1970 una resolución en la que llega a declarar a los atentados terroristas como delitos de lesa humanidad. Conviene repasar el texto expreso de esa resolución a continuación:

"El Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos,

VISTAS: (...)

CONSIDERANDO: (...)

RESUELVE:

1. Reafirmar su adhesión a los principios consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en las normas

(10) Doc. OEA/Ser. L/V/II.23, doc. 19 (español) Rev. 1, 23 abril 1970.

sociales enunciadas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

2. Condenar los actos de terrorismo y en especial el secuestro de personas y la extorsión conexas con este delito como crímenes de lesa humanidad.

3. Recomendar a la Comisión Preparatoria de la Asamblea General la inclusión en el temario del próximo período extraordinario de sesiones de dicha Asamblea, del tema relativo a la acción y política general de la Organización respecto de los actos de terrorismo y, en especial, el secuestro de personas y la extorsión conexas con este delito" (11).

III. Algunos rasgos de la segunda etapa

En los comienzos del actual período de reapertura de las causas penales por los hechos de los años 70 también existió una cierta preocupación por marcar diferencias con el período anterior que había estado caracterizado justamente por el cierre de dichas causas. Esta diferenciación se construye desde una lógica de lucha contra la impunidad. En la fundamentación de esta nueva perspectiva hay una confluencia de diversas corrientes.

Por un lado la evolución del derecho penal internacional en el ámbito de las Naciones Unidas. En efecto, la creación y puesta en funcionamiento de los Tribunales Ad Hoc para la ex Yugoslavia (12) y para Ruanda (13), y la posterior aprobación y entrada en vigencia del Estatuto de Roma (14) que estableció la Corte Penal Internacional permanente, pusieron la cuestión de la responsabilidad penal individual por delitos graves que son de interés para la comunidad internacional en el centro de las preocupaciones doctrinarias, políticas y judiciales de muchos países.

Por otro lado, esta orientación a nivel universal tuvo su correlato regional en paralelo con el dictado de diversos fallos de la Corte Interamericana que receptaron las ideas que se venían desarrollando en el ámbito de las Naciones Unidas, y las integraron al análisis de casos por denuncias de violaciones a derechos humanos presuntamente ocurridas en los Estados parte del Pacto de San José de Costa Rica. Desde su primer caso contencioso la Corte Interamericana había entendido que existe una obligación

(11) Doc. OEA/Ser.G, CP/RES.5 (5/70), 15 de mayo 1970.

(12) Creado por resolución 827 del Consejo de Seguridad de la ONU de 25 de mayo de 1993.

(13) Creado por resolución 955 del Consejo de Seguridad de la ONU de 8 de noviembre de 1994.

(14) Adoptado en esa ciudad el 17 de julio de 1998, durante la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, entró en vigencia el 1 de julio de 2002.

en cabeza de los Estados de investigar y castigar las violaciones de los derechos humanos como forma de garantizarlos (15). Luego extrajo de los arts. 8 y 25 del texto convencional un derecho de las víctimas a que los Estados investiguen y sancionen las violaciones (16), y afianzó estas ideas creando un concepto de "impunidad" en los siguientes términos:

"(E)ntendiéndose como impunidad la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares" (17).

El énfasis por evitar la impunidad de los crímenes graves implicó entonces, tanto a nivel interamericano como local, identificar los límites a la persecución y a la sanción como obstáculos a remover en la lucha contra la impunidad. Esto abarca obviamente a las amnistías (18) pero también a diversas garantías procesales y sustantivas cuyos alcances se vieron entonces recordados en función de las necesidades de persecución y el castigo concebidos como deber propio del Estado y a la vez como derecho de las víctimas. Las manifestaciones de esa tendencia al recorte de las garantías han sido múltiples. Se destacan, entre otros, la reducción de los alcances del principio de legalidad penal (19), la relativización de la protección dispensada por la cosa juzgada y el *ne bis in idem* (20), la interpretación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas como garantía para las víctimas posibilitando la prolongación de los procesos a favor de la pretensión sancionatoria de aquellas (21), la convalidación de prisiones preventivas prolongadas (22), etc.

Caracteriza también a este período una cierta reivindicación histórica y política de los grupos guerrilleros que operaban en la década de los años

(15) Ver Corte IDH, Serie C, n° 4, sentencia de 29 de julio de 1988, caso "Velásquez Rodríguez", párr. 176.

(16) Ver entre otros Corte IDH, Serie C, n° 75, sentencia de 14 de marzo de 2001, caso "Barrios Altos", párr. 42.

(17) Corte IDH, Serie C, n° 37, sentencia de 8 de marzo de 1998, caso "Paniagua Morales", párr. 173.

(18) Corte IDH, caso "Barrios Altos", ya citado, párrs. 41 a 44, CSJN, caso "Simón", Fallos 328:2056.

(19) CSJN, caso "Arancibia Clavel", Fallos: 327:3312.

(20) CSJN, caso "Mazzeo", Fallos: 330:3248.

(21) Corte IDH, Serie C, n° 90, sentencia de 6 de diciembre de 2001, caso "Las Palmeras", párrs. 62 y 63.

(22) CSJN, caso "Acosta", Fallos: 335:533.

70 del siglo XX en Argentina, a los que se percibe ya no como posibles destinatarios de castigos o intervenciones militares legítimas, sino siempre como víctimas de la represión de una dictadura cívico-militar orientada a eliminar la disidencia política. Desde esta perspectiva ideológica, el hecho mismo de que los militares reprimieran pasó a entenderse como un obrar de suyo ilegítimo (23). Esto significa entonces que los dispositivos creados o mantenidos con el fin de combatir a las guerrillas, y las normas que los constituyeron, sean considerados en el actual período de persecución penal como una expresión de sentido en sí misma delictiva o al menos plenamente integrada o re orientada a lo delictivo a partir del golpe de estado de 1976. De este modo pierde trascendencia la distinción entre mecanismos clandestinos y no clandestinos de la persecución militar de las guerrillas. Todos ellos se interpretan ahora como indisolublemente integrados en el ataque sistemático a los militantes políticos y sociales que no adherían a los postulados del régimen de facto (24).

Ello explica que en diversas causas los jueces hayan introducido en sus sentencias afirmaciones tales como que:

"(E)xistió un plan sistemático de persecución y exterminio de determinado universo de militantes sociales, que se basaba en una estructura organizada, y que además se había predeterminado un circuito para la manipulación de las personas marcadas como subversivos" (25).

Lo que en definitiva se está afirmando desde esta perspectiva es que ciertos militantes sociales eran marcados por el gobierno de facto como subversivos simplemente para justificar su represión o su exterminio.

Resulta también coherente con esta visión ideológica que en muchos casos se haya aplicado para hechos de tortura, ocurridos en aquellos años, un agravante de la pena para el supuesto de que la víctima sea un

(23) En rigor, este modo de interpretar el pasado ya era sostenido por Organizaciones de Derechos Humanos. Lo característico de la actual etapa es que ese marco ideológico pasa a ser sostenido desde el Estado. Esto queda muy bien ejemplificado en la publicación del Informe "Nunca Más" de la CONADEP con un nuevo prólogo escrito por funcionarios de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación donde justamente se afirma que "el terrorismo de Estado fue desencadenado de manera masiva y sistemática por la Junta Militar a partir del 24 de marzo de 1976, cuando no existían desafíos estratégicos de seguridad para el statu quo, porque la guerrilla ya había sido derrotada militarmente".

(24) En particular, en el nuevo prólogo del "Nunca Más", se afirma: "La dictadura se propuso imponer un sistema económico de tipo neoliberal y arrasar con las conquistas sociales de muchas décadas, que la resistencia popular impedía fueran conculcadas (...) En la aplicación de estas políticas, con la finalidad de evitar el resurgimiento de los movimientos políticos y sociales, la dictadura hizo desaparecer a 30.000 personas".

(25) TOF de Santa Fe, Reg. 30/14, sentencia de 13/6/14, caso "Brusa".

perseguido político. Ello se hizo aún con clara consciencia de que las víctimas en cuestión formaban parte de guerrillas armadas. Así, se ha llegado a sostener por ejemplo:

“(L)a directiva del Comandante General del Ejército N° 404/75, cuya finalidad fue poner en ejecución inmediata las medidas y acciones previstas por el Consejo de Defensa en la Directiva 1/75 —PLACINTARA—, para la lucha contra la subversión; definía e identificaba al enemigo, señalándolo como organizaciones subversivas en la República Argentina, a las organizaciones político militares PRT-ERP y Montoneros, como aquellos que en aquel entonces ejercían el liderazgo de la agresión en el país.

Así las cosas, quedó debidamente demostrado a partir de los testimonios de las víctimas, familiares y allegados que las conductas delictivas perpetradas en contra de los primeros se encontraron motivadas por sus actividades políticas, hayan sido éstas reales o solo presumidas por el aparato represor, siendo ello suficiente para tener por satisfecho el requisito típico objetivo de la agravante en cuestión” (26).

Resulta patente en los párrafos transcriptos que la actuación de grupos como ERP o Montoneros son concebidas como “actividades políticas”, y que los textos de ciertas Directivas Militares del año 1975 se toman como manifestación y como prueba de una persecución delictiva de esos grupos durante el gobierno militar posterior.

IV. La incidencia de los rasgos antes mencionados en la consideración de la autoría

A partir de lo expuesto hasta aquí, no resulta difícil establecer que en la primera etapa de persecución el círculo de posibles autores, candidatos a una sanción penal, estaba compuesto por aquellas personas (mayormente militares) respecto de quienes efectivamente se comprobara una intervención directa en las maniobras específicamente delictivas de persecución de las guerrillas según la normativa penal vigente en aquel entonces, y también por aquellos integrantes de las cúpulas militares responsables de diseñar el plan clandestino de represión y de posibilitar su ejecución mediante la disposición de los recursos humanos y materiales necesarios. Pero precisamente el esfuerzo argumental plasmado en la causa 13/84 para incluir a los integrantes de las juntas militares en el círculo de los autores consistió en una justificación de por qué era aceptable la atribución de autoría mediata respecto de aquellos. Conceptualmente se partió de un círculo de posibles autores relativamente limitado, y se buscó

(26) TOF n° 5 de San Martín, sentencia de 18/9/2015, caso “Mansión Seré”.

ampliarlo fundamentalmente hacia las máximas autoridades echando mano del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder desarrollado por Roxin como un caso peculiar de dominio de la voluntad (27).

Dicho con otras palabras, desde la perspectiva de los órganos judiciales de los años 80 se entendía que en los años 70 habían coexistido un conjunto de instituciones y normas que posibilitaban una represión legal con un conjunto de mecanismos y prácticas de represión clandestina. Es por eso que los órganos del sistema penal de los años 80 se orientaban primariamente a imputar a los responsables de estas últimas en todos sus niveles (28).

Además, la determinación del carácter antijurídico de las prácticas clandestinas se establecía a partir del confronte con normas entonces vigentes en el derecho argentino, fundamentalmente los delitos de la parte especial del Código Penal y del Código de Justicia Militar.

En cambio, en la actual etapa de persecución penal de los hechos de la década del 70, el círculo de posibles autores se ha extendido notablemente. Es que si toda la represión militar de aquel entonces se concibe como eliminación de la disidencia política, la ilegalidad de cualquier forma de intervención en la represión resulta evidente. Pero si además se constata que la represión implicaba la violación sistemática los derechos humanos de los perseguidos, entonces la mera intervención en cualquier eslabón del sistema de represión podría en principio generar también responsabilidad penal por crímenes graves. El hecho de que no se pueda atribuir a un sujeto concreto una conducta en sí misma delictiva según la normativa también vigente en aquellos años (torturas, homicidios, privaciones de libertad, sustracción de menores, etc.) no lo excluye necesariamente como autor de esos hechos si estaba de todos modos involucrado en las actividades de persecución o detención de presuntos guerrilleros que luego serían sometidos a tales violaciones de sus derechos (por ejemplo estaban necesariamente involucrados los miembros de las fuerzas de seguridad

(27) Sentencia de la Causa 13/84 antes citada, considerando séptimo, citando a Roxin, Claus, Täterschaft und Tätherrschaft, 1975, pp. 242 y sgtes.

(28) Ciertamente esta afirmación no corresponde a la causa 13 que se centró en las juntas militares. Tampoco responde estrictamente a la voluntad del gobierno de Alfonsín, que pretendía diferenciar tres categorías de autores: “Los que planearon la represión y emitieron los órdenes correspondientes; quienes actuaron más allá de las órdenes movidos por crueldad, perversión o codicia; y quienes cumplieron estrictamente con las órdenes. Alfonsín creía que mientras las dos primeras categorías merecían castigo, los que pertenecían al tercer grupo debían tener la oportunidad de reinsertarse en el proceso democrático”. NINO, Carlos S., “Juicio al Mal Absoluto”, Emecé, Buenos Aires, 1997 (traducción del original en inglés por Martín F. Böhmer).

federales y provinciales al ser incluidos por las normativas entonces vigentes en la lucha contra las guerrillas).

Ello es así, además, porque el carácter antijurídico de las conductas no se establece exclusivamente (diría casi ni tan siquiera principalmente) a partir del confronte con las normas positivas internas entonces vigentes, sino con un conjunto de normas del derecho internacional que si bien fueron expresamente positivizadas con posterioridad a la década del 70, de todos modos son presentadas ahora como mandatos ineludibles del derecho internacional (*ius cogens*) que habrían resultado imperativos desde los juicios de Nuremberg.

Así, en la determinación de la autoría no sólo se miran los tipos penales específicos del Código Penal argentino, sino que también se utiliza un enfoque más orientado a lo masivo y sistemático que caracteriza a los delitos de lesa humanidad en el derecho penal internacional, y se toman en cuenta también los mandatos de persecución y castigo que provienen de la evolución actual del derecho internacional de los derechos humanos.

La lógica actual en la imputación de los hechos de la década del 70 ha sido expresada con mucha claridad por el TOF 1 de La Plata del siguiente modo:

“(L)os valores que compartimos para optar por determinado criterios teóricos de imputación pasan por la necesidad de juzgar aquellos fenómenos de macrocriminalidad, privada y estatal, que estragan a nuestras sociedades y que producen esa sensación de impunidad que han venido dejando en la historia delictual de nuestro país fenómenos como el que hoy nos convoca” (29).

La idea expresada en el párrafo transcrito es que la selección de los criterios para imputar a título de autoría no pasan tanto por una convicción fundada de los jueces acerca de cuál es la corriente de la dogmática penal que posibilita una solución más racional e igualitaria del mayor número de casos penales posibles, sino por la convicción de que es necesario combatir especialmente ciertas formas de macrocriminalidad y evitar la impunidad de ellas. De lo que se trató en el mismo fallo antes citado es de castigar lo que los jueces actuantes consideraban previamente el “terrorismo de estado” en Argentina. Esto implica en la práctica seleccionar aquellos criterios proporcionados por las diversas corrientes dogmáticas que posibiliten en cada caso evitar cualquier laguna de impunidad. La dogmática de la autoría se transforma así en una suerte de mecanismo de

(29) TOF n° 1 de La Plata, caso “Circuito Camps”, sentencia de 25 de marzo de 2013.

racionalización ex post, o en un discurso legitimador de una decisión de castigar previamente tomada (30).

En definitiva, desde esta concepción queda abierta la posibilidad de atribuir responsabilidad penal como autor por la mera intervención en el gobierno de facto, en cualquier cargo militar, de fuerzas de seguridad, o de cualquier otro órgano (en el poder ejecutivo o en el judicial) que confiriera un poder suficiente como para causar, para intensificar, para impedir o para limitar los males infligidos a los militantes perseguidos en aquellos años, inclusive su decisión de suicidarse (31). En los años 80 la responsabilidad se establecía entonces por evidencias que indicasen la intervención directa en la represión clandestina o el haber organizado el sistema de represión ilegal. En la actualidad ese es sólo un esquema posible de imputación, pero también se puede afirmar la responsabilidad penal por la simple constatación de que un sujeto ocupaba un cierto rol en un momento determinado, y por una reconstrucción fáctico/normativa más o menos desarrollada que permita mínimamente vincular ese rol con el sistema de represión. La lucha contra la impunidad concebida en estos términos, supone para los jueces en la actualidad la posibilidad (si no el mandato) de utilizar el arsenal dogmático que mejor sirva a esos fines en cada caso y frente a cada imputado.

De hecho, en las diversas causas penales se observa el recurso a distintas perspectivas teóricas sobre la autoría y coautoría, algunas tomadas

(30) Ciertamente es que en el caso citado en la nota previa, los jueces actuantes del TOF n° 1 de La Plata se cuidan de señalar con una envidiable brillantez apreciable en todo el fallo, que su integridad está preservada pues no han incurrido en una mera elección sorpresiva y a la carta de un determinado enfoque teórico, sino que siguen uno ya utilizado en precedentes previos. Sin embargo, las específicas valoraciones con las que dotan de contenido concreto a los criterios normativos que asumen metodológicamente se basan en definitiva en opciones ideológicas personales sobre lo ocurrido en el pasado y sobre el rol de los distintos funcionarios de la dictadura militar. Ello entonces en decisionismo.

(31) Así, se han llegado a castigar como homicidios algunos suicidios cometidos por la ingesta de pastillas de cianuro por parte de militantes montoneros. Véase en este sentido TOF n° 1 de La Plata, caso “La Cacha”, sentencia de 29 de diciembre de 2014, donde entre otras interesantes consideraciones sobre autoría mediata por instrumentos que obran bajo coacción, se expresó:

“Estoy persuadido de que no ha regido el instinto de autoconservación al momento en que Marcelo Bettini decidió ingerir la pastilla de cianuro y en función de todo lo que he dicho en punto a tan particular cuadro situacional, no abrigo duda alguna de que el trágico futuro que le esperaba le hacía intolerable continuar con vida. Se trata de casos extremos en los que puede verse alguna ventaja en la propia muerte cuya utilidad consiste en evitar soportar el sufrimiento que le esperaba así como la posibilidad de convertirse en entregador de los suyos a causa del irresistible dolor de la tortura. (...) Bettini quería evitar, además, convertirse en acusador de amigos, familiares y de sí mismo.

Que establecido cuanto precede se advierte que tanto la muerte de Marcelo Gabriel José Bettini como la de Luis Eduardo Sixto Bearzi han sido causadas por las acciones desplegadas por Smart, Etchecolatz, Luján y Garachico”.

prestadas del derecho penal internacional, y otras presentadas como criterios de imputación pretendidamente normativos extraídos de planteos dogmáticos actuales. A continuación me referiré a esas dos tendencias.

V. La atribución de autoría y coautoría desde criterios del derecho penal internacional

El primer escalón en ese análisis es la denominada doctrina del emprendimiento criminal común, de cuño anglosajón, utilizada por el Tribunal Penal Internacional *Ad Hoc* para la ex Yugoslavia (TPIY), más concretamente por la Sala de Apelaciones de ese tribunal.

Invocando esta teoría, en diversos casos llevados adelante en nuestro país se ha afirmado la coautoría responsable de diversas personas en relación con ciertos hechos en los que no tuvieron intervención directa, precisamente por entender que formaban parte de un emprendimiento criminal conjunto. De este modo se afirmó en varias sentencias que con sólo establecer la contribución de los imputados al emprendimiento conjunto, era posible imputarles todos y cada uno de los delitos cometidos en ese marco común.

Así, se llegó a condenar a personal militar y civil de distinto rango y jerarquía por la coautoría de diversos delitos en concurso real presuntamente cometidos en diferentes centros clandestinos de detención, en el cual cumplían sus funciones o con los cuales estaban de algún modo vinculados en el cumplimiento de sus funciones. Bastó entonces con establecer de alguna manera la conexión funcional de los acusados con los centros que operaban en la represión de las guerrillas para poder atribuirles coautoría funcional por todos los hechos presuntamente ocurridos en esos centros.

Para establecer esa conexión en el plano fáctico, se tuvieron en cuenta los dichos de testigos que les atribuyeron algún rol a los acusados o que recordaban haberlos visto o simplemente oído nombrar al momento de los hechos. Se valoró también en su contra la normativa militar sobre la distribución y despliegue de recursos para el combate de las guerrillas, y los datos de los legajos personales de los acusados que indicaran su pertenencia a un cierto destino vinculado a lo que en aquellos años se llamaba la "lucha antsubversiva". En algunos casos se efectuó un recorte de los hechos atribuidos en función del período de tiempo en que los acusados estuvieron asignados a la función vinculada con los crímenes (32). Pero

(32) Así el TOF n° 2, en el juicio correspondiente a los casos "Miara y Tepedino", sentencia de 22 de marzo de 2011 expresó: "En los casos en que no ha existido ni un día de privación de libertad de la víctima bajo el período de actuación del imputado, corresponderá la absolución

en otros se consideró que la contribución a la empresa conjunta permitía la imputación inclusive más allá de los tiempos de permanencia (33). De este modo, no resultó necesario explicar en las sentencias el aporte concreto de cada acusado en cada hecho. Antes bien, el análisis de los sucesos tenidos por probados se suele desarrollar en las decisiones judiciales de este tipo de causas separándolo de la determinación de cuál era la función de los acusados en relación con el ámbito de persecución en que habrían ocurrido esos mismos hechos. Así, una vez fijados los hechos por un lado y la posible conexión funcional por otro, se atribuye sin más la coautoría por la totalidad de los delitos.

Para entender un poco más la doctrina de la empresa criminal conjunta, vale destacar que ella se postuló a partir del caso "Tadic", y se consolidó en varios precedentes posteriores del TPIY. En particular, varios aspectos de su delimitación conceptual como criterio para atribuir coautoría se han precisado en el precedente "Milutinovic". En lo que aquí interesa, importa destacar cuál es, conforme esta teoría, la clase de conductas que debe desplegar una persona para poder ser considerada coautora de delitos del derecho penal internacional, cuando no se ha probado su intervención directa en la ejecución de los hechos.

Conforme esta teoría, para la atribución de responsabilidad individual en materia de crímenes internacionales es necesario tomar en cuenta que:

"191 (...) La mayoría de las veces estos delitos no son consecuencia de la propensión criminal de individuos aislados sino que constituyen manifestaciones de criminalidad colectiva: los delitos son habitualmente cometidos por grupos de individuos que actúan en pos de un designio criminal común. Aunque solo algunos miembros del grupo puedan perpetrar físicamente la acción criminal (...), la participación y contribución de otros miembros es muchas veces vital para facilitar la comisión del delito en cuestión. De ello se sigue que la gravedad moral de esa participación es comúnmente no menor —o ni siquiera diferente— de la de aquellos que llevan a cabo los actos en cuestión.

192. Bajo estas circunstancias, considerar criminalmente responsable como autor solamente a la persona que materialmente realiza la acción criminal implicaría desconocer el rol como coautores de todos aquellos que de alguna manera hicieron posible que el autor cometiera físicamente esa acción criminal. Al mismo tiempo, dependiendo de las circunstancias,

por imposibilidad de atribuirle actos de éste que hubieran sido motivo de cercenamiento de bienes jurídicos de aquélla.

(33) Así CFCP, sala 2, en Causa "Acosta y otros" (ESMA 1) y otros, sentencia de 23 de abril de 2014.

considerar a estos últimos responsables solo como cómplices o instigadores sería subestimar el grado de su responsabilidad criminal (34)."

Desde esta perspectiva, entonces, se puede atribuir coautoría cuando, más allá de la autoría material, alguien realiza una contribución *vital o esencial* para el desarrollo de los crímenes del grupo. No cualquier contribución equivale a coautoría. Esto reclama tanto un análisis de aspectos objetivos vinculados a la naturaleza y a la relevancia de la contribución, como un estudio de los aspectos subjetivos que exteriorizan la adhesión al plan criminal común (35).

En este sentido el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia reconoció tres supuestos distintos de criterios de atribución de autoría en el marco de un emprendimiento criminal común.

El primer supuesto (llamado básico) se refiere a la atribución de responsabilidad a quienes en forma directa planifican, desarrollan o llevan a cabo el emprendimiento y sus crímenes. Esto se aplica a diversas formas de organización para llevar a cabo crímenes del derecho internacional. Pero lo característico de este primer supuesto es que se trata de emprendimientos directamente criminales, constituidos expresamente con fines delictivos, y de la posibilidad de considerar coautores a todos los que contribuyen de manera decisiva a desarrollar el emprendimiento como tal en cualquiera de sus fases.

Otro supuesto tiene que ver con los criterios que se han desarrollado para atribuir coautoría con relación a otros delitos que previsiblemente sean consecuencia del emprendimiento, aunque no se trate de los crímenes para los cuales se constituyó originalmente.

Pero a los fines que importan en este trabajo, interesa ver los criterios específicamente desarrollados por los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para atribuir coautoría en los supuestos de actuación en el marco de estructuras formales de represión. Algunos autores llaman a esto la variante "sistémica" del emprendimiento criminal común. En relación con esta variante sistémica, la Sala de Apelaciones del TPIY ha construido su propia doctrina a partir de criterios desarrollados previamente por tribunales de guerra (fundamentalmente estadounidenses e ingleses) relativos a la responsabilidad por delitos ocurridos en campos de prisioneros durante la Segunda Guerra Mundial.

Desde esta lógica, la Sala de Apelaciones del TPIY ha dicho que para ser considerado coautor de los diversos malos tratos en los campos de

(34) TPIY, Cámara de Apelaciones, caso "TADIC", párrs. 191 y 192.

(35) Ídem, párr. 227.

prisioneros, y al margen por supuesto de los casos de autoría directa, se recurría a la objetiva posición de autoridad dentro del sistema del campo de concentración, en la medida en que se ostentaba el poder de cuidar de los detenidos y de su situación y no se obraba conforme ese poder. En este supuesto entonces el aspecto objetivo para atribuir la coautoría (*actus reus*) viene dado porque se infiere la participación activa en la aplicación (*enforcement*) del sistema de represión por la posición de autoridad y las funciones específicas de cada acusado. El aspecto subjetivo (*mens rea*) del hecho en estos casos comprende: (i) el conocimiento de la naturaleza del sistema y (ii) la intención de hacer progresar el designio concertado en común de maltratar a los detenidos. Es importante destacar que en estos casos también la intención específica puede ser inferida de la posición de autoridad dentro del campo. De hecho, podría ser casi innecesario probar la intención cuando el alto rango o la autoridad del individuo acusado indicasen por sí mismos que se estaba al tanto del designio común y que se quería participar del mismo. También destacó el TPIY que, en los antecedentes que tomaba en cuenta para construir su doctrina, aquellos que fueron condenados por malos tratos ocurridos en los campos de concentración recibieron penas distintas según el grado de participación en la comisión de los crímenes (36).

Todo este desarrollo viene a demostrar que aún desde la lógica de la teoría del Emprendimiento Criminal Común no se puede imputar automáticamente coautoría por la mera pertenencia a un sistema formal de represión. O bien se prueba una intervención relevante y un dolo específico que exprese adhesión al plan común, o se la infiere según la posición dentro del sistema. A mayor autoridad mayor la posibilidad de inferir tanto en el plano objetivo como en el subjetivo.

Es claro, desde esta lógica, que quienes ostentan los rangos más bajos dentro de la estructura jamás podrán ser considerados coautores a partir de puras inferencias. Cuanto menor el rango, mayor la necesidad de determinar la efectiva actuación, el concreto conocimiento y la específica intención de contribuir a la represión. De otro modo no se puede hablar de un plan o un designio realmente "común" a su respecto, y a lo sumo se responderá puntualmente por las maniobras que ejecute y nada más.

Vale reiterar lo relativo al aspecto subjetivo. Es muy importante destacar en este sentido que lo dicho en "Tadic" se repitió en el caso "Milutinovic". En este último precedente la Sala de Apelaciones del TPIY recalcó que, en el plano subjetivo, solo se puede hablar de autoría de una persona dentro de esta teoría del emprendimiento "en la medida en que, conforme

(36) TPIY, Cámara de Apelaciones, caso "TADIC", párrs. 203 y 204, ver también párr. 220.

su participación comparta el propósito del emprendimiento criminal común (...) por oposición a meramente conocer acerca de su existencia" (37). Para la coautoría en un emprendimiento criminal común no basta pues el mero conocimiento de que se están cometiendo crímenes. La conducta que se tenga por probada debe ser suficientemente demostrativa de una concreta adhesión.

Estos estándares objetivos y subjetivos reclaman además un correlato probatorio claro y manifiesto en relación con cada delito que se imputa. En este sentido cabe tomar en cuenta el caso "Celebici", también de la Sala de Apelaciones del TPIY. Allí, se discutía la concreta responsabilidad del imputado Delic en relación con varios crímenes presuntamente ocurridos en el campo de Celebici. Importa destacar aquí lo que se resolvió en particular respecto de las privaciones ilegales de libertad a todos los acusados. En este sentido, conviene hacer una transcripción acabada de algunos de los párrafos más salientes, a partir de los cuales el tribunal llegó a la conclusión que el mero rol de Delic como subcomandante y guardia del campo no alcanzaba para considerarlo ni autor ni cómplice, por más que supiera que algunos de los detenidos podrían estar ilegalmente en esa condición.

"362. La Sala de Juicio no encontró ninguna evidencia que demostrase más allá de toda duda razonable que Delic tuviera algún rol en la creación del campo, en la detención y en el alojamiento de los civiles. Delic argumenta que no se ha podido establecer que él ejerciera algún rol en la decisión de detener o liberar prisioneros.

363. Aunque Delic pertenecía a la policía militar del comando conjunto del TO y el Consejo Croata de Defensa, que según se tuvo por demostrado en la Sala de Juicio estuvieron involucrados en la creación del campo, esa Sala no pudo establecer que Delic en su posición tuviera autoridad para detener o liberar civiles o aún que en la práctica el pudiera incidir en quién debía ser detenido o liberado. La Fiscalía no se refirió a ninguna evidencia que permitiera establecer eso más allá de toda duda razonable. La Sala de Juicio sí determinó que la evidencia indicaba que Delic tenía la 'tarea de asistir a Zdravko Music en la organización de las actividades cotidianas en el campo de prisioneros de Celebici'.

364. Aunque la Fiscalía parece cuestionar que la evidencia demostraba la responsabilidad primaria de Delic en la comisión del delito de detención ilegal de civiles, no se refirió a ninguna evidencia que probase más que el hecho de que estaba al tanto del carácter ilegal de la privación de

(37) TPIY, Sala de Apelaciones, caso "Milutinovic", párr. 20.

libertad de al menos algunos de los detenidos, y que él, como guardia y subcomandante del campo, participó por ello de la detención de los civiles que eran retenidos allí. La Fiscalía hace la aseveración general de que:

'Claramente, cualquier detenido que intentase dejar el campo de Celebici hubiese estado físicamente impedido de hacerlo, no por la persona a cargo del campo, pero por alguno de los guardias. La causa más inmediata del confinamiento de cada detenido, y el obstáculo más inmediato a la libertad de cada detenido, eran por tanto los guardias del campo. Probadamente que fuera que tuvieran el elemento subjetivo requerido (*mens rea*), cada guardia del campo que hubiera participado en el confinamiento de civiles en ese lugar y les impidiera dejarlo, sería por tanto criminalmente responsable sobre la base del art. 7 (1) por la detención ilegal de civiles, independientemente que el guardia en particular tuviera, según el régimen vigente en el campo, alguna responsabilidad en decidir quién sería detenido y quién liberado.'

En la medida en que esto sugiere que cualquier guardia de prisión que está al tanto de que hay detenidos en el campo que fueron privados de su libertad sin bases razonables para sospechar que eran un riesgo para la seguridad, puedan ser, solo por ello, responsables del delito de detención ilegal, esta Sala de Apelaciones no acepta esta afirmación de la Fiscalía. Tal como se indicara más arriba, esta Sala de Apelaciones ha concluido que se requiere un mayor grado de participación en el confinamiento de un individuo para establecer responsabilidad primaria, y que, aún en relación con la cooperación y la instigación, debe probarse que la ayuda del acusado al autor principal debe tener un efecto sustancial en la comisión del delito. Definir qué satisface este requisito dependerá de las circunstancias de cada caso concreto, pero esta Sala de Apelaciones no aceptará que la sola circunstancia de tener la posición de guardia en algún lugar dentro de un campo en el que hay civiles ilegalmente detenidos es suficiente para hacer a ese guardia responsable del crimen de confinamiento ilegal de civiles. La Fiscalía no se ha referido a evidencia específica que colocaría el involucramiento de Delic en el confinamiento de civiles en el campo de Celebici a un nivel más alto que el de llevar la oficina de guardia y ser subcomandante.

365. A partir de algunas otras afirmaciones de la Fiscalía parecería que, aún sin presentar su caso de este modo, considera que la doctrina del propósito criminal común o el emprendimiento criminal conjunto es la forma más apropiada de responsabilidad que cabe aplicar a Delic. Sin embargo, no ha identificado ningún hallazgo de la Sala de Juicio en materia de evidencia que permitiera establecer los elementos necesarios de la responsabilidad criminal a través de la participación en un emprendimiento criminal conjunto.

366. Aunque se pueda aceptar que lo único razonablemente probado a partir de la evidencia, especialmente en relación a la naturaleza de algunos de los detenidos en el campo, incluyendo personas ancianas, era que Delic estaba al tanto que, respecto de algunos de ellos, no existían bases razonables para creer que constituían un riesgo para la seguridad, ello no es lo único que debe establecerse en relación con la alegación de participación en un designio criminal común. También debe probarse la existencia de un plan, designio o propósito concertado en común entre varios participantes de la empresa (incluido el acusado). Es igualmente necesario establecer el específico aspecto subjetivo (*mens rea*), esto es el intento compartido de llevar adelante el crimen planeado, la intención de concretar el sistema de malos tratos concertado en común, o la intención de participar en, y de permitir el desarrollo del emprendimiento conjunto, dependiendo de las circunstancias del caso. La Fiscalía no ha señalado ninguna prueba producida ante la Sala de Juicio de que permitiese afirmar, como la única conclusión razonable de la evidencia, que estos elementos estaban probados más allá de toda duda razonable.

367. En lo que respecta a la relación de Delic con el trabajo de la Comisión Militar Investigadora a cargo de garantizar las garantías procesales de los detenidos, la Sala de Juicio concluyó que el rol de Delic fue ayudar a Mucic en la organización y los arreglos necesarios para que los detenidos fueran llevados a los interrogatorios. La Sala de juicio no estableció que Delic haya participado en el trabajo de esa Comisión. Tampoco estableció que Delic tuviera por sí mismo la responsabilidad de asegurar que la revisión procedimental fuera efectuada, o que tuviera autoridad o poder para decidir liberar a los detenidos, un poder que debía ser ejercido en caso de que no se efectuaran las revisiones apropiadas.

368. Esta Sala de Apelaciones considera que correspondía a la Sala de juicio evaluar que la evidencia producida ante ella no alcanzaba para probar más allá de toda duda razonable que las acciones y omisiones de Delic constituían alguna forma adecuada de participación en el delito de confinamiento ilegal con el propósito de adscribirle responsabilidad bajo el art. 7(1).

369. Por lo tanto, esta Sala de Apelaciones entiende que la Fiscalía no ha establecido que sea irrazonable la conclusión de la Sala de Juicio en punto a que Delic no era culpable, bajo el art. 7(1) del delito de confinamiento ilegal" (38).

De toda la extensa transcripción precedente se desprende que Delic: 1) tenía responsabilidades de subcomandante de guardia de un campo

(38) TPIY, Sala de Apelaciones, caso "Celebici", párrs. 362 a 369.

de prisioneros, 2) sabía de la condición de detenidos ilegales de varias de las personas allí alojadas y 3) debía prestar asistencia a sus superiores en una actividad de control de la legalidad de las detenciones. Por otro lado, según se estableció en el caso, el mismo sujeto fue condenado como autor material de otros malos tratos directos sobre algunas de las personas detenidas (inclusive golpizas, homicidios y violaciones según surge por ejemplo de párrs. 487 a 507 de la misma sentencia). Así y todo, en lo que respecta a las privaciones de libertad se descartó su responsabilidad ante la imposibilidad de considerar que integrara a ese respecto el emprendimiento criminal común. En definitiva, su rol de mero subordinado y sus limitadas facultades de control efectivo sobre el resto del personal del campo impiden atribuirle las acciones materialmente ejecutadas por otros.

No obstante, pues, la textura amplia de la doctrina del Emprendimiento Criminal Conjunto (39), ella no necesariamente habilita a imputar indiscriminadamente a cualquier persona por cualquier hecho, sin pruebas específicas de su contribución al plan común, o de su específico rol de control o evitación en una cadena de comando. Cabe reiterarlo, no alcanza la mera pertenencia a la organización, ni la constatación de que el imputado ha participado en ciertos hechos del emprendimiento (de los que podría inclusive ser responsabilizado penalmente) para atribuirle la autoría de todos los hechos de la empresa conjunta. Antes bien, la imputación de lo común parece requerir de un cierto dominio justamente a lo común. Tal dominio sólo puede ser afirmado de manera más o menos automática en los superiores jerárquicos legalmente establecidos como tales. En el caso de quienes no lo fueran, se requieren entonces pruebas directas de su prestación objetiva y subjetivamente relevante a la empresa conjunta para poder imputarles el total de los hechos de ésta (40).

La doctrina de la Empresa Criminal Conjunta no necesariamente habilita entonces a imputar a todos los miembros de una organización orientada a la comisión de crímenes todos los hechos cometidos por esta por la sólo razón de ser parte o por haber participado en algunos de esos hechos. Se requiere, como quedó de manifiesto, algo más. En este sentido, el modo en que tal doctrina está siendo utilizada en nuestro país no es completamente fiel a sus verdaderos alcances y límites.

(39) CASSESE, A., "International Criminal Law", Oxford University Press, 2da. ed., Nueva York 2008, pp. 189 y ss.

(40) Es cierto también que el carácter más o menos significativo de la contribución al plan común en la variante institucional es una cuestión que no está del todo clara en la jurisprudencia del TPIY. Sobre esta cuestión véase ODRIOZOLA, M. "La doctrina de la empresa criminal conjunta en los tribunales ad hoc y su ámbito de aplicación en el Estatuto de Roma", en Anuario Ibero Americano de Derecho Internacional Penal, vol. 1, 2013, p. 90.

Esto no excluye tampoco que tal doctrina sea en sí misma discutible (41). Por lo pronto, su utilización por parte de algunos tribunales *ad hoc* en el ámbito ONU no alcanza para configurar una práctica internacional suficientemente consolidada como para ser automáticamente extrapolada a casos seguidos en nuestro país. De hecho, la Corte Penal Internacional, a partir del precedente "Lubanga" (42), ha asumido expresamente la teoría del dominio del hecho para atribuir autoría dejando así de lado esta doctrina (43). Con lo cual no hay razones suficientes como para sostener válidamente que ella integra también el conjunto de principios imperativos del derecho internacional.

VI. La imputación sobre la base de concepciones normativizadas de la autoría

En forma paralela a la utilización de categorías extraídas de ciertas construcciones del derecho penal internacional, en algunas causas penales del actual período de persecución penal de los hechos de la década del 70 que vengo considerando en este trabajo, hay una tendencia a utilizar criterios normativos de autoría, que permitirían imputar tales sucesos a un círculo ampliado de autores que integra a toda clase de funcionarios (civiles y militares) que tuvieran cierto rango en aquellos años.

Un ejemplo especialmente claro de ello es la sentencia del TOF n° 1 de la Plata en la causa conocida como "Circuito Camps" (44). Allí, luego de hacerse un repaso de las diversas corrientes doctrinales sobre autoría y participación, y de criticar desde una perspectiva metodológica normativista la teoría del dominio del hecho en todas sus variantes y manifestaciones (inclusive el supuesto de autoría mediata en aparatos organizados de poder utilizado en la causa 13/84), se afirmó que era necesario imputar autoría sobre la base de las competencias y roles de los diversos funcionarios que formaron parte del gobierno de facto, en relación con los hechos llevados a ese juicio. Se tomaron en consideración en este sentido diversos aportes doctrinarios de la dogmática penal pero fundamentalmente los de Jakobs y Schroeder.

(41) El criterio ha sido objeto de críticas diversas. En este sentido véase OLÁSULO, Héctor, Reflexiones sobre la Doctrina de la Empresa Criminal Común en el Derecho Penal Internacional, en revista digital In Dret, 3/2009.

(42) CPI, caso Lubanga, Sala de Juicio I, sentencia ICC-01/04-01/06-2842, de 14 de marzo de 2012.

(43) La sentencia trata de distinguir autoría de participación, y acoge el dominio del hecho como criterio de autoría, al modo en que lo había hecho la Sala preliminar en el mismo caso. Sobre ello véase Ambos, Kai, "El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas", en revista digital In Dret, 3/2012.

(44) TOF n° 1 de La Plata, caso "Circuito Camps", sentencia de 25 de marzo de 2013, considerando sexto.

Se tomaron de Jakobs su crítica al dominio del hecho, su afirmación de que no existen diferencias cualitativas entre la autoría y la participación (45), su reinterpretación de los delitos de infracción de un deber (ya sea deberes positivos o negativos) y el modo en que en ellos se genera responsabilidad a título de autoría independientemente de la contribución material concreta, la idea de que la infracción de deber puede generar responsabilidad tanto con relación a delitos específicos vinculados con los deberes que se ostentan, como también en relación con delitos comunes cuando por una cierta posición institucional el acusado tiene deberes de tutela o salvaguarda (46).

Se tomó de Schröder la fundamentación de la atribución de autoría a quien si bien no ejecuta materialmente un hecho criminal, se vale de todos modos de la elevada disposición del ejecutor directo. Se afirmó así que a partir de esta tesis es posible fundar mejor técnicamente la autoría que a través de la noción de fungibilidad del hombre de adelante propia de la teoría de los aparatos organizados (47). Esto se aplica en el caso a ciertos funcionarios del proceso de los que se dice que eran portadores de deberes de tutela aunque no ejecutaran materialmente los hechos (ya sea que estuvieran en contacto inmediato con el ejecutor, o más separados a través de una cadena jerárquica). Se afirma en este sentido que lo característico en los delitos de lesa humanidad como los ocurridos en la Argentina es que por el modo en que se organizó la llamada lucha antisubversiva existía una certeza absoluta en todos los funcionarios civiles y militares que tenían deberes de protección de los ciudadanos, de que los ejecutores directos de esa lucha habrían de perpetrar los crímenes que se demostraron.

De este modo, se desarrolla por un lado la valoración de la prueba de los hechos (cada uno de los supuestos de privaciones de libertad, torturas y homicidios) que se tienen por demostrados. Se da por aceptado que tales hechos ocurrieron en el marco generalizado de un exterminio de los disidentes políticos. Se da por probada a partir de la causa 13 la existencia de un plan clandestino para la represión mediante la comisión de esa clase de delitos. Finalmente se imputa autoría a los acusados que no tuvieron intervención directa en esos sucesos probados (por ejemplo en este caso

(45) JAKOBS, Günther, "Sobre la génesis de la obligación jurídica; Teoría y praxis de la injerencia; El ocaso del dominio del hecho", Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2000.

(46) JAKOBS, Günther, Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori, en Zeitschrift für Internationales Strafrechtsdogmatik, 11/2009, pp. 572-575.

(47) SCHROEDER, Friedrich, "Tatbereitschaft gegen Fungibilität", en: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 11/2009 (hay traducción de este trabajo por Iván Meini "Disposición al hecho versus fungibilidad", en Ambos, Kai y Meini, Iván, La autoría mediata, Lima, Ara editores, 2010).

gobernador, ministro de gobierno y jefes policiales, pero desde esta perspectiva se podría incluir a un catálogo mucho más amplio) describiendo qué cargo tenían y dando una cierta explicación de por qué a partir de su rol estaban obligados a proteger a los ciudadanos, y afirmando que tenían cierta injerencia en el funcionamiento del aparato represivo, y un cierto conocimiento personal de la existencia de hechos de esta clase.

En similar sentido, en otra causa (48) se analizó la situación de ciertos funcionarios que no estaban directamente vinculados a la represión pero habían realizado aportes al aparato represivo. Según lo sostenido por las defensas habían realizado conductas neutrales pues, independientemente de la incidencia objetiva de tales aportes en la elevación del riesgo de que se produjeran los hechos analizados, el rol que tenían en el gobierno de facto no incluía la competencia por la contención o neutralización de tales riesgos. Para afirmar la imputación a título de autores de estos sujetos se dijo en este caso que ello se sostenía en función del "contexto extremadamente delictivo" (el carácter sistemático de las violaciones que cometía la represión militar en aquellos años) en el que los acusados insertaron su aporte. En el caso que vengo comentando, la referencia al contexto delictivo como concepto que permite sostener el nexo de imputación y rechazar la posibilidad de apreciar una conducta neutral se toma de diversos autores (49).

En definitiva, ya sea a través de la "elevada disposición al hecho" o por referencia al "contexto delictivo" se completa la construcción del puente que une a las personas respecto de las cuales no se ha podido demostrar ninguna intervención concreta en la actividades específicas de la represión militar,

(48) Cámara Federal de La Plata, sala II, caso "Destacamento Arana", fallo de 7 de mayo de 2009.

(49) En el fallo que vengo comentando se toma en cuenta, AMBOS, Kai, "La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales", traducción de Gabriel Pérez Barberá, en revista de Ciencias jurídicas ¿Más derecho?, Fabián J. Di Plácido Editor, año 2003, vol. III, p. 107 y ss.; RUEDA MARTÍN, María Ángeles, "Complicidad a través de las denominadas acciones cotidianas", en Derecho Penal Contemporáneo, Bogotá, Legis, abril-junio, año 2003, p. 99 y ss. y sus citas; ROXIN, Claus, "Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión", en Sobre el estado de la teoría jurídica del delito (Seminaro en la Universitat Pompeu Fabra), Madrid, Civitas, año 2000, ps. 177/178; SANCINETTI, Marcelo, "Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal", Buenos Aires, Ad Hoc, año 1996, p. 104 y ss., y nota 20 en p. 105. Se destaca además especialmente en el fallo citado en la nota previa que inclusive, los partidarios de que el conocimiento casual de que se está favoreciendo la comisión de un delito no es relevante para modificar el carácter lícito de una acción estereotipada (en tal situación se encuentra JAKOBS con su conocido ejemplo del camarero que casualmente se entera de que los hongos que sirve a un comensal están envenenados), aceptan, sin embargo, que si el aporte en principio neutro se inserta en un contexto drásticamente criminal debe ser una acción ilícita (Günther JAKOBS, "La imputación objetiva en derecho penal", Buenos Aires, Ad Hoc, año 1996, p. 90).

con los delitos que igualmente se acaba por atribuirles. Pero previamente, la primeras piedras de esa construcción normativa vienen dadas por una pre comprensión sobre la ilegitimidad de la intervención de todos los acusados como funcionarios de un gobierno de facto, sobre la ilegitimidad de toda la actividad represiva ejercida por el último gobierno militar en nombre de "lucha antisubversiva", y sobre la información con la que por aquel entonces ya se contaba (la población en general o individualmente cada acusado) sobre los métodos delictivos utilizados en esa lucha.

El problema con este enfoque es que parece no tomar en cuenta que el carácter intrínsecamente delictivo de tomar parte como funcionario en cualquier gobierno de facto (ya sea aceptando o un nombramiento o permaneciendo en el cargo) ha sido justamente plasmada constitucionalmente recién con la reforma de nuestra Carta Magna de 1994, mediante la inclusión del nuevo art. 36. Ciertamente ningún ordenamiento constitucional es compatible con una revolución que destituye y reemplaza a las autoridades legítimamente constituidas. Pero también es cierto que por la continuidad del Estado, aun después de operada esa reforma constitucional, Argentina se sigue rigiendo hasta el día de hoy por normas dictadas por diversos órganos de los gobiernos de facto. De hecho, una norma de la misma Constitución, el art. 14 bis, reconoce una procedencia de facto (50). La hoy obvia ilegalidad del hecho de tomar parte en un gobierno revolucionario no excluye que la alternancia histórica de períodos de facto y de iure en la Argentina haya llegado a configurar un marco general que plantea muchísimos problemas sobre la determinación de la validez y la vigencia de las normas en nuestro ordenamiento jurídico durante la década del 70. Esa complejidad no desaparece por una mera opción del juez que persigue hechos de un pasado cada vez más lejano a favor de una cierta interpretación del contexto histórico bajo un prisma fáctico/normativo indudablemente cargado de ideología.

Si asumir criterios normativos para la atribución de autoría implica confrontar la conducta del sujeto con las normas, muchas veces extrapenales, que configuran su rol, se hace indispensable establecer con total exactitud en cada caso y respecto de cada acusado el alcance de su rol al momento de los hechos. En estas causas en particular, ello implica determinar la relación normativa de su función con el desenvolvimiento de la lucha armada

(50) En efecto, la reforma de la Constitución Argentina de 1957 fue realizada durante el gobierno militar conocido como Revolución Libertadora. Dicha reforma, convocada por el decreto ley 3838 del presidente Aramburu, convalidó la derogación (previamente concretada mediante Proclama Militar del 27 de abril de 1956) de la reforma constitucional de 1949 que se había efectuado durante el primer gobierno peronista. Además incorporó el mencionado artículo 14 bis referido a los derechos en las relaciones de trabajo.

de aquellos años. ¿Qué esperaba por entonces el ordenamiento jurídico vigente de cada uno de ellos? ¿Y quién y cómo lo definía? El problema es justamente que las concepciones normativas de la autoría presuponen un ordenamiento jurídico funcional, cognoscible, determinable. Algo que difícilmente pueda predicarse de la Argentina de los años 70. ¿Qué se exigía normativamente de funcionarios civiles en el marco de lo que los propios líderes de las fuerzas armadas que ostentaban el máximo poder definían como una guerra contra el terrorismo internacional iniciada ya en un contexto previo de altísima inestabilidad política? ¿Qué se esperaba de funcionarios civiles en un contexto de órdenes de aniquilamiento emitidas previamente por gobiernos democráticos, y de expresiones de órganos internacionales (inclusive de derechos humanos) que interpretaban la actividad de las guerrillas en el continente como violaciones graves de derechos humanos o inclusive como delitos de lesa humanidad? Se podrían hacer preguntas similares sobre los funcionarios militares que no estaban vinculados ni directa ni jerárquicamente a los centros clandestinos de detención. En las sentencias de las causas correspondientes al actual período de persecución de los hechos de aquellos años parece afirmarse que a todos ellos les era exigible en primer lugar no haber formado parte del gobierno militar, y si lo hicieron, debieron ejercer sus funciones de modo tal que bloquearan la represión conducida por las fuerzas armadas. Ese aserto es, cuando menos, discutible.

Por lo demás, como quedara dicho, hablar de una clara disposición a los hechos atroces de varios de los sujetos involucrados en la represión, o de un contexto extremadamente delictivo, presupone cierto conocimiento de esas circunstancias. Aquí se pone en juego de manera particularmente clara la opción por una cierta interpretación del pasado. Desde la perspectiva de la causa 13/84 la represión ilegal era también represión clandestina. La cúpula de las fuerzas armadas, las juntas militares, eran responsables últimas tanto del cariz ilegal como del cariz clandestino. Es por eso que se habló en esa causa de la coexistencia de un orden de relativa legalidad (tanta como pueda haberla en un gobierno de facto) en el que se movían por ejemplo los Poderes Judiciales, y unos mecanismos ilegales ocultos, mantenidos en la penumbra también desde la cúpula misma del poder de facto. Inclusive los militares involucrados personalmente en las prácticas ilegales eran objeto de un intenso adoctrinamiento acerca de que se vivía un estado de guerra que amenazaba a la civilización occidental. Por ello se decía que debían llevar adelante acciones de una guerra no convencional, que constituía la única forma de combatir las insurgencias revolucionarias. Este modo de comprender y abordar militarmente la problemática de la guerra de guerrillas no fue por otra parte un criterio creado en Argentina. Está suficientemente demostrada en este sentido la capacitación brindada en nuestro Colegio Militar por militares franceses

expertos en las modalidades del combate llevado a cabo por aquel país en las guerras de Argelia e Indochina (51). De este modo, la afirmación de que existió contexto evidentemente delictivo para quienes no estaban directamente involucrados en la represión clandestina resulta también cuestionable.

Solo demostrando más allá de toda duda razonable que era un objetivo evidente del gobierno de facto la destrucción por medios inhumanos de la disidencia política, apenas formalmente negado mediante una aparente legalidad que no engañaba a nadie en aquel entonces, se podría sostener válidamente la tesis del contexto delictivo manifiesto. Pero la definición de esta cuestión determinante está, cabe reiterarlo una vez más, absolutamente condicionada por una interpretación que se hace de los hechos del pasado manifiestamente cargada de perspectivas políticas e ideológicas. Las divergencias están planteadas entre los mismos historiadores. Difícilmente se puedan resolver en un juicio penal.

Acaso el modo en que se utiliza la concepción normativa de la autoría en las causas que son objeto de análisis en este trabajo, ponga de manifiesto limitaciones inherentes a esa concepción cuando sale del campo de la teoría y se la utiliza en la actividad jurisdiccional. ¿Hasta qué punto el recurso a criterios puramente normativos no implica en definitiva un posicionamiento dogmático que en realidad omite resolver el problema de la imputación y simplemente lo traslada a un campo todavía más inseguro que el de la dogmática penal? ¿Hasta qué punto una imputación normativizada al extremo no ha derivado en la práctica (aunque esta no sea la intención de los académicos que la propulsan) en la consagración, como criterio decisivo para la imputación penal, de la opinión del juzgador de turno sobre el alcance de cada uno de los diversos roles de cada persona? Si a esto se suma que estamos hablando aquí de hechos ocurridos hace casi cuarenta años con altísima sensibilidad política: ¿hasta qué punto se puede afirmar que las definiciones actuales sobre el alcance de los roles de los diversos sujetos acusados (sobre todo aquellos respecto de los cuales no se ha probado el más mínimo involucramiento personal en la actividad represiva) responde a normas vigentes en aquel entonces en la Argentina? (52) Aun suponiendo que en el contexto complejo y

(51) Son paradigmáticos en este sentido la publicación de las memorias del general francés Paul Aussaresses "The Battle of the Casbah: Terrorism and Counterterrorism in Algeria 1955-1957" y el documental "La Escuela Francesa, los escuadrones de la muerte" realizado en 2003 por la cineasta francesa Marie Monique Robin, con testimonios directos de ex militares franceses y argentinos.

(52) Cabe aclarar que no me estoy refiriendo aquí a la discusión sobre la vigencia por aquel entonces de los principios del Derecho Internacional que imponen diversos mandatos de criminalización, persecución y castigo de los crímenes contra la humanidad, sino de

normativamente disfuncional de aquellos años tales normas se pudieran determinar con certeza, el análisis que en varias causas se efectúa sobre el particular no suele pasar de afirmaciones genéricas sobre las competencias de ciertos cargos y atribuciones automáticas de conocimiento de los hechos en función de lo que se presupone que el acusado debía conocer por el cargo que ostentaba. Hay buenas razones para dudar de ese proceder. Alguien que fue juez penal en aquel período, y que actualmente sostiene sin hesitación la tesis de la criminalidad esencial del régimen de facto iniciado en 1976, ha llegado de todos modos a reconocer: "Lo que me tocó vivir, lo viví. Fui juez en gobiernos militares, sí. Muchos fuimos. El problema es qué hicimos. Nos tocó vivir en épocas tumultuosas" (53).

VII. Palabras finales

A partir de lo dicho hasta aquí entiendo que el modo en que en el actual período de persecución penal de los hechos vinculados con la represión ilegal de la década del 70 se atribuye la calidad de autor o coautor, expresa acabadamente la voluntad político criminal de combatir por todos los medios la impunidad en estos casos y de agrandar el círculo de sujetos responsables. No es casual que se avance sobre presuntos autores civiles cuando aquel gobierno de facto ya no es definido como dictadura militar sino como dictadura cívico-militar íntegramente comprometida con una política general de exterminio de toda forma de disidencia política. En esta orientación, el recurso a criterios de autoría del derecho penal internacional y a criterios normativos de imputación parece responder más que nada a su funcionalidad para satisfacer este propósito. Ambas formas de encarar la cuestión pecan sin embargo por exceso y por defecto.

Pecan por exceso porque tanto la lógica de la Empresa Criminal Conjunta como la de imputar coautoría en función de roles diversos pero vinculados a la represión en alguna medida son tomadas excediendo las posibilidades de esos mismos planteamientos. En el caso de la retórica de la Empresa criminal conjunta, porque se la interpreta de manera tan amplia que queda desdibujada la exigencia de la contribución relevante a la organización que esa misma doctrina reclama, sobre todo para individuos en rangos inferiores de una cadena de comando. En el caso de los que emplean criterios normativos de imputación, porque estos se aplican sobre la base de opiniones normativas construidas a partir de pre-conceptos ideológicos, sin un correlato suficiente con la normativa que

las normas que definían por entonces el rol de los funcionarios civiles y su incidencia en la actividad militar.

(53) Reportaje a Eugenio Raúl Zaffaroni, disponible *on line* en <http://www.infobae.com/2015/06/17/1735968-zaffaroni-celebro-su-eleccion-la-cidh-y-defendio-el-libro-que-publico-la-dictadura/>.

efectivamente regulaba, a la época de los hechos, los roles de los sujetos que acaban siendo imputados y la posibilidad que concretamente ellos tenían de conocer el modo ilegal y clandestino en que sistemáticamente se desarrollaba la represión militar.

A la vez pecan por defecto, porque si fuera cierto que se puede atribuir autoría de ese modo, ciertos límites que se suelen fijar en la atribución de hechos carecerían de sentido. En efecto, de la manera en que ciertos tribunales federales interpretan el emprendimiento criminal conjunto, si la represión ilegal partía realmente de la cúpula del gobierno militar e involucraba a todas las fuerzas armadas y de seguridad del país, entonces limitar los hechos atribuidos a sus integrantes únicamente a aquellos ocurridos en el lugar en que cumplían sus funciones y durante el tiempo que las cumplieron sería insuficiente. Más consistente con esa forma de entender la cuestión sería responsabilizar a todos y cada uno de los involucrados de todos los hechos cometidos en la Argentina. Más aún, si se considera la existencia de planes regionales de lucha contra las guerrillas hasta se podría pensar en castigar a todos los funcionarios por los hechos cometidos en todos y cada uno los países involucrados.

Algo similar ocurre con la utilización de criterios normativos. Si el punto de partida para recurrir a ellos es cierta forma de entender el pasado histórico (por ejemplo al modo del nuevo prólogo del informe *Nunca Más* que señala que todo se originó en el deseo de los militares y civiles golpistas por instaurar un sistema económico neoliberal) entonces contribuciones de lo más diversas a la política económica podrían llegar a entenderse como indispensables para todo el esquema de represión y por lo tanto resultar vinculadas también penalmente.

Sin embargo, lo que en realidad considero indispensable es que no se confundan criterios de imputación jurídico-penales con una cierta perspectiva de análisis de los hechos en clave de responsabilidad política. Esto debería ser una obviedad. Sin embargo, esta pretensión ha sido asumida por algunas víctimas sobrevivientes. En efecto, no faltan voces que reclaman que todos los funcionarios del proceso de reorganización nacional deberían ser considerados responsables de lo ocurrido por el mero hecho de haber estado (54). Ese es precisamente el trasfondo político de la etapa actual en el que se entremezclan expectativas de diversos grupos de víctimas. Algunos reclaman por conocer el destino de ciertos familiares desaparecidos. Otros exigen la reivindicación histórica de la ideología y de la

(54) Así se pronunció por ejemplo el testigo Enrique Mario Fukman, en la causa ESMA. Ver TOF n° 5, registro audiovisual correspondiente al juicio de la causa "ESMA unificada" de 3 de julio de 2014.

lucha de las guerrillas de aquellos años. Otros vivencian los juicios como la continuidad actual de esa misma lucha en un frente judicial. Sería deseable que los tribunales penales comunicaran claridad y objetividad sobre aquello que están llamados a realizar: la determinación imparcial de responsabilidades penales y de los eventuales castigos dentro de los límites constitucionales. Porque de otro modo se estará sacrificando nada menos que el núcleo básico del ejercicio del poder punitivo en un Estado de Derecho. Se estarán emitiendo condenas no sobre la base de pruebas producidas, ni a partir de criterios de imputación jurídicamente sostenibles, sino en una subordinación ideologizada de la responsabilidad penal disfrazada de criterio normativo. Se estará justificando precisamente algo que justamente en estos juicios jamás debería justificarse: la lógica perversa del "algo habrán hecho". ♦

LA DETENCIÓN DOMICILIARIA Y LA EDAD

POR ROBERTO DURRIEU

Sumario: I. Evolución del régimen de detención domiciliaria.- II. Naturaleza del instituto.- III. Procedencia para "interno mayor de setenta años".- IV. Involución de la jurisprudencia para el tratamiento de personas procesadas o condenadas por ciertos delitos.- V. Los derechos constitucionales en juego.

I. Evolución del régimen de detención domiciliaria

El Instituto de referencia se encuentra previsto en el artículo 10 del Código Penal, desde su sanción en 1921 (1). Inicialmente, la detención en el domicilio tenía una vigencia muy acotada, habiéndose fijado para penas que no excedieran de seis meses de prisión (2) y para casos de mujeres, mayores de sesenta años y valetudinarios.

Nuestro país se caracterizó, desde que comenzaron a dictarse las primeras leyes con contenido penal, por tomar previsiones legales, ya sea en los códigos penales y procesales como en las disposiciones contenidas en las leyes penitenciarias, para que el cumplimiento de los arrestos o penas no infrinjan un sufrimiento que vaya más allá del que surge naturalmente de una privación

(1) Ya se encontraba presente en el Código Penal de 1886, en su art. 70, que establecía que "El condenado a arresto será puesto en cárcel, policía o cuerpo de guardia, pudiendo ser arrestadas en sus propias casas las mujeres honestas, las personas ancianas o valetudinarias".

(2) Art. 10 CP 1921: "Cuando la prisión no excediera de seis meses podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres honestas y las personas de sesenta años o valetudinarias".

de libertad. Así, se destacan las disposiciones de las normas contenidas en el código de 1886, y referencias generales que el propio Tejedor, autor del primer código nacional, incorporó a su mal llamado “proyecto”.

Como se observa, el legislador no solo autorizó cumplimientos de penas o simples arrestos en lugares que aliviaran las cargas emotivas y físicas de toda restricción a la libertad, sino también en los casos en que el pesar surgía de razones objetivas como la edad o el sexo.

El fin de atemperar el mayor gravamen de la privación de la libertad, sea por razones de enfermedad, simple estado de deterioro general, o por la sola razón de una edad avanzada que supone *juris et de jure* una menor resistencia física o espiritual de quien la padece, ha sido siempre, en especial, utilizar la “prisión domiciliaria” para el caso de penas o amenazas de éstas, cuando se encuentra la persona sometida a un proceso criminal. Es decir que el legislador entendió que cumplida cierta edad —en la legislación vigente 70 años— el detenido que continúa preso recibe un castigo, que excede el natural que produce la prisión.

En el año 1996, con la sanción de la Ley 24.660 de Ejecución Penal, si bien no se modificó el Código Penal, sí se reformuló y amplió el instituto a partir de lo dispuesto por el art. 33 de aquella norma, que permitió a los mayores de 70 años o enfermos terminales acceder a esta modalidad de ejecución de la pena, sin atención al monto de la prisión (3), aunque con la exigencia de realización de informes médicos, psicológicos y sociales que la justifiquen.

Cabe destacar que a partir de las reformas hoy vigentes se enumeraron separadamente las causales para determinar la detención domiciliaria, estableciéndose en un aspecto el beneficio para distintos tipos de enfermedades y en otro inciso separado totalmente, para el caso del interno “mayor de 70 años”.

De ahí que, con el tiempo, la jurisprudencia fue optando por recurrir al régimen más amplio de la ley de ejecución y conceder la modalidad de prisión domiciliaria a condenados a penas mayores a seis meses de prisión, que cumplieren las condiciones previstas por la citada ley 24.660 del año 1996.

Dicha evolución del régimen tuvo su reordenamiento hacia el año 2009, cuando se sancionó la ley 26.472 (BO 20/01/2009), que modificó

(3) Art. 33 ley 24.660: “El condenado mayor de setenta años o el que padezca una enfermedad incurable en período terminal, podrá cumplir la pena impuesta en detención domiciliaria, por resolución del juez de ejecución o juez competente, cuando mediare pedido de un familiar, persona o institución responsable que asuma su cuidado, previo informes médico, psicológico y social que fundadamente lo justifique”.

directamente el art. 10 del Código Penal, introduciendo una nueva y más amplia modalidad de prisión domiciliaria.

En efecto, la norma introdujo seis supuestos en los cuales las personas privadas de su libertad podían acceder a esta modalidad de ejecución de la prisión y derogó el tope máximo de seis meses que preveía el régimen anterior (a pesar de que, como dijimos, desde 1996 había sido dejado de lado por la jurisprudencia, mediante la aplicación específica de la —más amplia— ley de ejecución).

La ley en análisis modificó también el articulado de la ley de ejecución penal, referente al procedimiento para la concesión de la *prisión domiciliaria*, adecuándolo al nuevo artículo 10 del Código y previendo que sólo en tres de los seis casos debería fundarse la concesión en informes médicos, psicológicos y sociales.

II. Naturaleza del instituto

Como venimos diciendo, el instituto está diseñado atendiendo a las problemáticas condiciones de detenciones carcelarias y, para protección de las personas más vulnerables del sistema (4). Asimismo, de acuerdo al tratamiento otorgado por la ley 24.660, se trata de una modalidad en la ejecución de la pena, una alternativa especial prevista para ciertos supuestos.

Existe consenso al afirmar, además, que el régimen de prisión domiciliaria es, ante todo, “un auténtico *derecho* para quienes se encuentran en las situaciones que describe la norma y que, si bien su concesión no debe ser resuelta en forma automática, en modo alguno está librada a la discrecionalidad, y mucho menos a la arbitrariedad judicial (5), como se ha sufrido en muchos casos”.

La aclaración es importante porque la norma establece la concesión del régimen como una facultad judicial (“podrán” y “a criterio del juez competente”). Sin embargo, tanto la doctrina (6) como la jurisprudencia (7) advierten que ello no supone que se trate de un mecanismo que depende

(4) VIRI, Hernán, “Prisión domiciliaria. Su naturaleza y las reformas introducidas por la ley 26.472”, en Donna (dir.), Consecuencias jurídicas del delito-I, Ed. Rubinzal Culzoni, 2009-I, p. 372.

(5) D’ALESSIO, Andrés (dir.); *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado*, 2ª ed. Tomo I, ed. La Ley, Bs. As. 2011, p. 92.

(6) ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As. 2000, p. 909 y D’Alessio, ob. cit. pp. 90/92.

(7) CFCP, Sala II de 09/03/2009, “Teomanópulos, Liliana”, causa 9458 —reg. 14.027— (citado por D’Alessio, ob. cit. p. 91, nota 109).

de la pura y simple decisión de los tribunales, carentes de explicación racional para separarse del principio.

Cabe repetir el concepto; la apreciación judicial solo podría denegar la prisión domiciliaria cuando se corren riesgos de que se desnaturalice o se abrogue, en la práctica, el régimen de detención. Si no está fundada específicamente esta única razón deberá concederse siempre la prisión domiciliaria. En virtud de ello, en caso de darse uno de los supuestos previstos en el art. 10 del CP, para la concesión de esta modalidad de ejecución de la pena, el rechazo de la misma deberá ser fundado y nunca podrá encontrar apoyo solo en el argumento de que su concesión es facultativa. Deberá, en todo caso, explicarse de un modo lógico y fundado que no resulta viable el instituto, por no responder en el caso concreto a la finalidad atribuida al supuesto (por ejemplo, en caso de mujeres embarazadas, atender a razones humanitarias o de protección de los niños).

De lo contrario, es decir de no darse un supuesto que justifique el rechazo a la prisión domiciliaria, reiteramos, la misma no podrá ser negada con el argumento de tratarse de una facultad judicial.

Esta última deberá entenderse como regla, concediendo el beneficio. Las excepciones, por tales, son de carácter restrictivo.

Cada vez que el Código Penal utiliza la palabra “podrá” cuando se refiere a un beneficio, habrá que determinar en qué contexto se refiere. La jurisprudencia, de manera inveterada, ha señalado que cuando el código trata de un beneficio sobre libertad, el “podrá” deberá entenderse necesariamente en el marco de una comprensión amplia, solo limitada a casos extraordinarios claramente probados, tales como posibilidades de desnaturalización del régimen punitivo. No valdrá, por tanto, efectuar argumentos dogmáticos ni suponer extremos contrarios a la existencia de la prisión domiciliaria.

III. Procedencia para “interno mayor de setenta años”

Hemos descripto ya junto con la doctrina mayoritaria que esta hipótesis, prevista en el inc. “d” del art. 10 del CP, “atiende a la mayor vulnerabilidad de las personas que han llegado a la tercera edad, de acuerdo con las disposiciones de rango constitucional que apuntan a brindar *protección a los ancianos* (Convención Americana de Derechos Humanos, art. 4.5)” (8).

Por otro lado, como dijimos más arriba, el instituto se complementa con lo dispuesto por el art. 33 de la ley 24.660, que agrega la exigencia de fundarse en informes médicos, psicológicos y sociales, para sólo tres de

(8) D’ALESSIO, ob. cit., p. 107.

los seis supuestos —a diferencia de lo ocurrido con el texto original de la ley de ejecución que exigía informes médicos, psicológicos y sociales para todos los casos—.

Repetimos, en la actualidad, *el caso del interno mayor de setenta años no está incluido entre estos últimos supuestos, por lo cual no es necesario fundarlo en dichos informes adicionales.*

De aquí que se advierta que la legislación ya no exige que se cuente con informes médicos, psicológicos y sociales, “de modo que, aunque nada impide que el tribunal los solicite, aquéllos no constituyen un requisito para la procedencia del instituto, el que —en definitiva— demanda exclusivamente que se encuentre acreditada la edad del causante, sin que sea menester la comprobación de circunstancias adicionales”.

En algunos casos, la jurisprudencia ha sabido aplicar de este modo la norma, expresando que para los mayores de setenta años, la disposición no exige ningún otro requisito adicional, al cumplimiento de esa edad (9). Sin embargo, tal como se verá en el acápite siguiente, otros precedentes han efectuado una interpretación más amplia del texto legal y más restrictiva a los derechos de la persona privada de su libertad, exigiendo además del requisito etario, una condición de salud particular. Ello se ha visto, principalmente, al momento de valorar la ejecución de la pena o de la prisión preventiva de personas detenidas por delitos llamados de lesa humanidad.

Claramente no es lo que la ley actual exige. Ha sido contundente al respecto la jurisprudencia de la Cámara Federal de Bahía Blanca, afirmando: “Realizado un análisis desde un punto de vista gramatical o literal (las palabras de la ley), realmente no hay concepto oscuro alguno, tal como se lee en la transcripción efectuada más arriba: quien tiene más de 70 años puede acceder a la detención domiciliaria, del mismo modo que puede obtenerla también cualquier otra persona cuya situación personal coincida con las previstas legislativamente en el resto de los incisos del art. 32 de la ley 24.660” (10).

IV. Involución de la jurisprudencia para el tratamiento de personas procesadas o condenadas por ciertos delitos

En consonancia con la aplicación desigual de la ley penal que viene destacándose en materia de delitos llamados de lesa humanidad (11), hace unos

(9) CFCP, Sala III, “Manzanelli, Luis Alberto”, causa 10.402, reg. 515/09.

(10) Cámara Federal de Bahía Blanca, Expte. 157/2012, “Delmé, Hugo Jorge”, de 22/09/2015.

(11) Véase por todos, YACOBUCCI, Guillermo, “Hacia una nueva legalidad penal (a propósito del fallo “Espósito” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)”, LL 2005-C, 1; y PASTOR, Daniel, “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, NDP, 2005/A, pp. 73/114.

años han comenzado a surgir jurisprudencia que, desoyendo una interpretación literal y ajustada al texto de los arts. 32 y 33 de la ley 24.660, exigió que los mayores de setenta años, además, resulten afectados en su salud.

En este sentido, se suele referir que el cumplimiento del requisito etario no funciona de manera automática sino que está sujeto a los límites impuestos por la razonabilidad (12) y que el carácter facultativo previsto por la norma exige un juicio de valor acerca de las circunstancias del caso (13). Se tiene en cuenta además, que la Procuración General de la Nación y, en algún caso la Corte Suprema por remisión a su opinión, vienen sosteniendo que frente a la responsabilidad del Estado y al especial deber de cuidado para neutralizar el entorpecimiento de la investigación de esta clase de hechos, corresponde al momento de adoptarse una decisión respecto a la concesión del beneficio en este tipo de procesos, analizar el riesgo procesal de fuga, como también la existencia de razones humanitarias que justifiquen su otorgamiento (14).

Sucede que, naturalmente, la edad avanzada de las personas privadas de su libertad viene asociada en muchos casos a problemas de salud y necesidades especiales que, difícilmente puedan ser atendidas en una unidad carcelaria. Por ello, es razonable que al solicitar la procedencia de la prisión domiciliaria de una persona de más de 70 años, se evalúen sus circunstancias personales y su salud para encontrar fundamento a su concesión, invocando informes médicos o necesidades especiales que acreditan la imposibilidad de sufrir encierros carcelarios.

Sin embargo, si bien el análisis es correcto y fortalece la fundamentación de un eventual otorgamiento, es necesario advertir que el requisito correspondiente al estado de salud de una persona mayor a 70 años no surge del texto legal. De este modo, resulta arbitrario rechazar un arresto domiciliario de una persona de avanzada edad con el argumento de que no presenta un cuadro de salud terminal o especialmente delicado. De nuevo, ello no encuentra fundamento en lo dispuesto por el Código Penal y en la Ley de Ejecución Penal.

Por otro lado, como ya se dijo, respecto de personas detenidas por delitos denominados de lesa humanidad sin condena firme, suele invocarse el criterio que surge de algunos fallos de la Corte Suprema respecto a la necesidad

(12) A título de ejemplo véase CFCP, sala IV, "Menéndez, Benjamín", de 04/12/2015, Registro 2329/15.4, voto del Dr. Hornos y sala I, "Smart", de 11/07/2014, causa 322/13, Reg. 23.887.

(13) CFCP, sala II, "Godoy", de 18/11/2014, causa 40/2013, Registro. 2365/14.

(14) Véase por todos CSJN, "Vigo Alberto", de 14/09/2010, remitiendo al Dictamen del Procurador Gonzalez Warcalde, de 31/08/2009.

de evaluar los riegos procesales de conceder la prisión domiciliaria, atento al aumento en el peligro de fuga (15). En algunos casos se hizo hincapié, además, en la eventual responsabilidad internacional en que podría incurrir el Estado si la persona se fugare, teniendo en cuenta el presunto deber de sancionar a los responsables de delitos de lesa humanidad, fundados en lo dispuesto por tratados internacionales suscriptos por nuestro país (16). No se puede pasar por alto que la argumentación sobre la posibilidad de fuga debe tener un fundamento concluyente abonado con prueba suficiente y no provenir de una simple afirmación sin apoyo empírico.

V. Los derechos constitucionales en juego

Tiene dicho la jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal que el fundamento último de la prisión domiciliaria consiste en evitar el trato cruel, inhumano o degradante del detenido o la restricción de derechos fundamentales que la prisión no debe afectar (17).

En tal sentido, debe invocarse como normativa el art. 18 de la C.N. y legislación internacional con jerarquía constitucional: art. 1° de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. XVIII de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, arts. 5 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 2, 3 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, "Los principios básicos para el tratamiento de reclusos" —adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución N° 45-111 del 14/12/1990 (principio 24)—, "Las reglas mínimas para el tratamiento de reclusos" —adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento para delincuentes—, mediante resoluciones N° 6630 y 2070 del Consejo Económico y social (arts. 22 y 26).

Tal como se ha podido observar, algunos fallos, en materia de delitos de lesa humanidad, con ánimo de fundar el rechazo a la prisión domiciliaria, manifiestan que el cumplimiento de alguno de los requisitos para acceder

(15) CSJN, causas "Vigo, Alberto", de 14/09/2010; "Pereyra", de 13/11/2010; "Binotti", de 14/12/10; y "Clements", de 14/12/10). Se basa éste en que las estructuras de poder que actuaron en la época en que sucedieron los hechos investigados, mantendrían hoy una actividad remanente y que la concesión de la prisión domiciliaria, facilitaría la posibilidad de acudir a ellas para eludir u obstaculizar la justicia.

(16) Voto del Dr. Borinsky en CFCP, Sala IV, "Pappalardo", de 29/04/2013, causa 133/2013, Registro 578/13.

(17) CFCP, Sala II, "Godoy", de 18/11/2014, causa 40/2013, Registro. 2365/14, transcribiendo la opinión de la Procuración General de la Nación en los dictámenes "Olivera Róvere", "Torra, Miguel" y, en particular, "Estrella Luís" a cuyos fundamentos remitió la Corte Suprema en su sentencia de fecha 15/05/2014.

a esta modalidad de ejecución no supone su otorgamiento automático ya que su concesión es facultativa y no imperativa para el juez (18).

Frente a ello, debe objetarse, como vimos junto con la doctrina, que el carácter facultativo importa que para rechazar el beneficio de la prisión domiciliaria debe aportarse un fundamento suficiente, referente a la inconsistencia entre la eventual concesión y los fines de este instituto, no pudiendo perderse de vista que se encuentra legislado como un derecho de la persona condenada o procesada.

No puede hablarse que la existencia de riesgos procesales es un factor utilizado por otro sector del sistema procesal penal que nada tiene que ver con la prisión domiciliaria que, vale la pena advertir, es una modalidad de cumplimiento de pena y no un estado de libertad. Por lo tanto, el análisis de la concesión de esta modalidad de ejecución de la pena, con elementos previstos para fundar el encarcelamiento preventivo, resulta asistemático. Ello, más allá de que en muchos de los casos se observa que es utilizado de un modo dogmático y sin atender a que en el caso realmente exista la posibilidad de que un anciano se dé a la fuga como se teme.

En esta línea, numerosos precedentes de la Cámara Federal de Casación Penal han anulado revocatorias de prisiones domiciliarias, con el argumento que la mera enunciación de riesgos procesales que fundamentan la necesidad de restringir la libertad de la persona en una unidad carcelaria, no alcanza por sí sola para revocar aquella modalidad de ejecución de la pena o la prisión preventiva. Tuvo en cuenta además que el Estado es garante por la salud y la integridad física de los presos y que la sola obligación del Estado de sancionar los delitos llamados de lesa humanidad no puede llevarse a cabo en detrimento de la obligación de brindarles trato digno y humanitario (19).

La norma es clara y no admite otra interpretación que aquella que sostiene que el cumplimiento de la edad prevista en la norma abre el derecho a cumplir la pena en forma domiciliaria. La exigencia de un estado de salud deteriorado o terminal, repito, no surge como un requisito de la reglamentación de este instituto. En virtud de ello, no podemos dejar de advertir —con la jurisprudencia de la Cámara Federal de Bahía Blanca— que “al Juez le está vedado derogar la ley so pretexto de considerarla injusta o inoportuna, pues lo inherente a la justicia, oportunidad o proporcionalidad de su contenido, fue objeto de debate y definición en el ámbito correspondiente: el Congreso Nacional” (20). ♦

(18) CFCP, sala IV, “Saint Jean”, de 03/07/2009.

(19) CFCP, sala IV, “Pappalardo”, de 29/04/2013, causa 133/2013, Registro 578/13.

(20) Cámara Federal de Bahía Blanca, “Delmé”, ob. cit.

LA “SECURITIZACIÓN” Y OTROS DEMONIOS

POR IGNACIO RODRÍGUEZ VARELA

Sumario: I. La securitización en Laura Böhm.- II. La figura de los delitos de lesa humanidad como posible estándar paralelo de disminución y pérdida de garantías.- III. Breves conclusiones.

I. La securitización en Laura Böhm

En su celebrado artículo sobre el tema (1), la jurista y criminóloga argentina identifica el concepto de securitización como objeto de estudio en el ámbito de las relaciones internacionales. El proceso en ella implicado, explica, consiste “en identificar una causa plausible, real o construida de amenaza, de manera que esta pueda ser presentada públicamente como objeto a combatir, quedando habilitados los medios legales, e incluso los medios hasta el momento no legales, para la neutralización de la amenaza”. Luego de advertir sobre los límites —o impotencia— de la dogmática jurídico-penal en aras de conjurar los peligros que presentan las constantes expansiones del poder punitivo, potenciadas por la omnipresencia de las políticas criminales *de seguridad*, traslada a este ámbito la idea de la securitización y reflexiona sobre los tramos en los que se desarrolla su escala discursiva y las *trampas* a las que conduce.

He de volver sobre estas notas esenciales en las conclusiones, es suficiente con atender a la definición de Williams, ofrecida por Böhm en su artículo, según la cual la securitización “describe procesos en los cuales el “acto de habla” de etiquetar un tema en forma social y políticamente exitosa como “tema de seguridad”, desplaza a este tema de seguridad del ámbito

(1) BÖHM, María Laura, “Securitización”, Revista Penal N° 32, julio de 2013.

normal de la política del día a día, colocándolo como amenaza existencial, que evoca y justifica medidas extremas”.

Como ejemplos de securitizaciones exitosas, es decir de adecuada elección o definición del *objeto de referencia*, con la autoridad y los medios necesarios para identificar e instalar públicamente la *amenaza* y obtener las *medidas excepcionales en el ámbito penal* para neutralizarla, menciona la doctora de la Hamburg Universität los procesos que justificaron en Alemania el internamiento preventivo de los acusados sentenciados por delitos sexuales y violentos, la vigilancia acústica domiciliaria en el ámbito del crimen organizado y la tipificación penal de actos de preparación en el ámbito del terrorismo. Agrega a esto el estudio, desde la perspectiva de los principios hallados en la primera parte de su trabajo, de fenómenos análogos en Chile —la cuestión mapuche—, EE.UU. —la inmigración ilegal—, Ecuador —los procesados—, México —el narcotráfico—, Guatemala —la violencia de género— y Argentina —criminalización de niños y jóvenes—.

Sin perjuicio de apuntes tangenciales sobre algunas de ellas, no me voy a detener especialmente en ninguna de estas supuestas manifestaciones del proceso que Böhm ha sabido muy bien detectar y explicar. Pretendo, merced a la brevísima argumentación que habilita el espacio aquí pactado, interpelar al lector acerca de *la posibilidad de que en nuestro país se haya verificado en la última década un proceso semejante, donde el señalamiento exitoso de las amenazas y la obtención de remedios extraordinarios —fundamentalmente una exacerbación y desviación de la opción punitiva— haya tenido como objeto de referencia la profilaxis de los crímenes de lesa humanidad.*

II. La figura de los delitos de lesa humanidad como posible estándar paralelo de disminución y pérdida de garantías

a) Antecedentes y consideraciones generales

Considero innecesario abundar en la exploración filológica, conceptual y normativa de los delitos de *lesa humanidad*. Desde tiempo inmemorial se ha considerado que existen crímenes que superan la lesión ordinaria a la libertad individual y colectiva y suponen la pretensión de aniquilar los atributos y dignidades esenciales de la persona humana. En el art. 6º, inc. c, de la Carta del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (ETMIN), del 8 de agosto de 1945, se consideró crímenes contra la humanidad *“el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se*

perpetraron” (2). Esta definición fue adoptada en los estatutos de otros tribunales de posguerra e integró la recepción por la comunidad internacional, merced a sucesivos documentos a partir de 1946, de los “Principios de Núremberg”, seguida por las diversas definiciones que fueron finalmente recogidas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional aprobado en Roma el 17 de julio de 1998, incorporado a nuestro derecho interno por ley 23.390 sancionada el 30 de noviembre de 2001 (3).

(2) Texto: http://www.cruzroja.es/dih/pdf/estatuto_del_tribunal_militar_internacional_de_nuremberg.pdf.

(3) Establece, en su artículo 7mo, que “1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. 2. A los efectos del párrafo 1: a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política; b) El “exterminio” comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población; c) Por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños; d) Por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que están legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional; e) Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas; f) Por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo; g) Por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad; h) Por “el crimen de apartheid” se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen; i) Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de

Cabe apuntar que, en una temprana alusión a estos delitos en momentos en los que en América Latina se multiplicaban las luchas políticas armadas, la Comisión Americana de Derechos Humanos y el Consejo Permanente de la OEA dictaron las resoluciones del 23 de abril y del 15 de mayo de 1970 que *consideraron los actos de terrorismo político y la guerrilla urbana o rural, especialmente el secuestro de personas y la extorsión conexa como "graves violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales" y "crímenes de lesa humanidad" (4).*

Al cabo del tiempo en el que tuvo lugar la agresión subversiva y la violenta represión descritas por la Cámara Federal Penal de la Ciudad de Buenos Aires, en su conocida sentencia en la causa número 13/84 (5), en el proceso de investigación y enjuiciamiento de estos delitos en la historia reciente de nuestro país pueden señalarse dos períodos definidos.

El primero de ellos, inaugurado en el año 1983 con la anulación de la llamada Ley de Autoamnistía (6) y el posterior proceso seguido a los integrantes de los grupos guerrilleros y los Jefes de las Fuerzas Armadas que integraron las Juntas Militares que gobernaron de facto el país entre 1976 y 1982, puede considerarse concluido con la sanción de las Leyes de Punto Final (23.492 del 23 de diciembre de 1986) y Obediencia Debida (23.521, 4 de junio de 1987) y el posterior dictado de los indultos del presidente Carlos Menem en 1989 (7) que pusieron fin a los procesos en trámite y condenas en curso de ejecución. Luego de esto se sucedió un interregno de más de una década, signada en estos asuntos por el informe 28/93 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que obligó al Estado argentino a garantizar el conocimiento de la verdad de lo ocurrido y dio lugar a los llamados "juicios de la verdad" tramitados por la Justicia Federal.

personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado. 3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término "género" no tendrá más acepción que la que antecede".

(4) La noticia de estas singulares —y prácticamente desconocidas— resoluciones, la he tenido merced al trabajo del Doctor Santiago Ottaviano, mencionado en la nota número 20.

(5) NINO, Carlos, "Juicio al mal absoluto", Edición Ampliada, Siglo XXI Editores, julio 2015, p. 270 y Sentencia del 8 de diciembre de 1985 en Causa 13/84 contra Videla, Jorge Rafael y otros, ver texto completo en <http://www.derechos.org/nizkor/arg/causa13/>.

(6) Por ley 23.040, del 22 de diciembre de 1983 que derogó por inconstitucional y declaró insanablemente nula la Ley de facto 22.924 denominada "de pacificación nacional".

(7) En rigor, el último acto de esta serie fue el dictado en mayo de 2003 por el Presidente provisorio Eduardo Duhalde, en vísperas de la asunción de Néstor Kirchner, a favor de los condenados por el Ataque al Regimiento de La Tablada —enero de 1989—.

El segundo período, aunque prologado por el dictado de las primeras sentencias —marzo de 2001— que declararon la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 y la sanción de la ley 25.779 que las declaró nulas con el mismo fundamento, en rigor debe a mi entender considerarse iniciado con los fallos de la CSJN que confirmaron ese criterio y habilitaron la reanudación de los juicios y las condenas al considerar, sólo en el caso de las fuerzas armadas que llevaron adelante la represión, que sus crímenes eran imprescriptibles —fallo "Arancivia Clavel" 2004, 327:2312—, no susceptibles de amnistía —fallo "Simón" 2005, 328:2056— ni indulto, y eventualmente revisables a pesar de las previas sentencias definitivas —fallo "Mazzeo (Riveros)" 2007, 330:3248—.

He de concentrar la somera reflexión de este trabajo en el segundo de los períodos señalados. A continuación voy a enunciar brevemente algunas cuestiones o aspectos en relación a los cuales algunos han señalado serias objeciones en orden al respeto del estado de derecho y las garantías del debido proceso mientras que muchos otros, incluso los que sostienen y defienden sin cortapisas este nuevo tiempo de investigación y enjuiciamiento, han reconocido la necesidad de echar mano a recursos y remedios extraordinarios, ajenos —e incluso contrarios— al debido empleo de la punición penal para la generalidad de los delitos.

b) *Les a humanidad y punitivismo*

Autores como Daniel R. Pastor (8) y Ezequiel Malarino (9) han afirmado que la persecución de estos delitos en la última década ha implicado una deriva hacia la represión o una punitivización por parte de las organizaciones

(8) "La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos: ¿garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del estado? por Daniel R. Pastor. Disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_31766-1522-4-30.pdf?121011222421, Integra volumen Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional 2011 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG (página 491) y "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos" Revista Jura Gentium, 2006, disponible en <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/pastor.html>.

(9) "La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso Simón." Revista Jura Gentium, 2009, disponible en <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/malarino.htm>; también en las obras "Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España". Kai AMBOS / Ezequiel MALARINO (editores) 2003 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG A.C, informe relativo a la Argentina, página 35 y "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la CIDH", en Kai AMBOS, Ezequiel MALARINO y Gisela ELSNER (eds.): Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y protección internacional, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 25 ss.

de derechos humanos, los tribunales argentinos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto por cuanto, a grandes rasgos, merced a construcciones dirigidas a hacer caer los obstáculos implicados en la vigencia del principio de legalidad y los límites supuestos en la actuación de los organismos del sistema interamericano de derechos humanos, se ha propiciado el empleo a ultranza del derecho penal, y concretamente el encarcelamiento y la proliferación de la prisión preventiva por sobre cualquier otro camino, mutándose así los derechos humanos “de muro de contención frente a la pena a vanguardia del castigo penal absoluto” (10).

Frente a estas críticas se han alzado reacciones como la de la propia doctora María Laura Böhm, quien en su artículo “Los crímenes de estado, la complejidad civil y el sistema punitivo” (11) reconoció haber superado anteriores posturas más absolutas y defendió la adhesión a un “punitivismo rebelde”, diferenciado del “punitivismo sumiso”. Este último sería el merecedor de los tradicionales anatemas de la criminología crítica en tanto su objetivo es “el avance del poder estatal mediante el control social extremo y violento de sujetos y grupos seleccionados y vulnerabilizados” (12). En contrario, la “finalidad subjetiva” de la versión benigna del punitivismo sería “la reversión y recuperación de equilibrio luego de la pérdida extrema de derechos individuales y del ejercicio extremo y desbordado del poder punitivo estatal que tuvieron lugar por el ejercicio de la violencia en el orden de no-derecho sistemático de la última dictadura militar”. En orden a este designio, serían sus funciones las de “reivindicar y recuperar dignidades y posibilitar resarcimientos y reparaciones”. En este empleo —hasta fortalecer— de “un derecho penal rebelde”, no duda en propiciar la pena de prisión aunque reconozca que no es posible echar mano para justificarla a ninguno de los usuales fines de prevención general o especial, positiva o negativa —incluso confiesa que ello repugnaría al estado de derecho en otras situaciones diferentes a las enrostrados a los “octogenarios” (sic) implicados en estos asuntos—, cuestión esta que resuelve afirmando que las

(10) PASTOR, Daniel, segunda de las obras citadas en la nota al pie núm. 8.

(11) Revista “En Letra”, año 1, número 1, noviembre de 2015, p. 8.

(12) Una condena aún más terminante al punitivismo puede verse el manifiesto del Centro de Estudios en Política Criminal y Derechos Humanos (CEPOC) creado en 2004 e integrado por María Laura Böhm, donde se enuncia como Visión: “La ideología punitiva individualiza un problema social, lo magnifica hasta presentarlo como una amenaza inmediata e inminente para la subsistencia de la especie, atribuye su causa a una fuerza cósmica o malignidad masiva, considera sus peores enemigos a quienes osan poner en duda sus asertos —incluso más que los propios portadores del mal—, redimensiona su operatividad fuera de todo límite invocando la necesidad de salvar (a la humanidad) y, por supuesto, como toda ideología encubridora o delirante, pone su poder ilimitado al servicio de otros objetivos que frecuentemente abarcan también los intereses corruptos de sus propios operadores. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/01/miscelaneas44679.pdf>.

penas del punitivismo rebelde se dirigen a la visibilización, dignificación y restauración de los hechos y de las víctimas.

Es válido preguntarse aquí si el reputado como “punitivismo rebelde” lo sigue siendo, es decir en cuanto enfrentado a las pretensiones de quien tiene a su cargo el Estado y sus Agencias, cuando en la última década parece haberse convertido en la ideología oficial, hasta en “política de estado” de los gobiernos argentinos, incluso de su Poder Judicial (13). Gobiernos que han gozado en este aspecto, como lo reconoce en otro trabajo la doctora Laura Böhm, del apoyo incondicional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para sortear cualquier obstáculo para la plena vigencia y saludable marcha de esas políticas punitivas (14). Ezequiel Malarino (15), quien considera esa actuación de la CIDH como parte de un

(13) Ver al respecto artículo de Alberto Bovino (“Un poder judicial luchador”, disponible en <http://nohuboderecho.blogspot.com.ar/2016/10/un-poder-judicial-luchador.html>) sobre la pretensión de convertir la represión del tráfico de drogas en una empresa bélica o “combate” declarado por el Presidente de la CSJN, así como el intercambio de opiniones con quien esto escribe. Allí señalé al notable jurista y profesor de la Universidad de Buenos Aires extendió también a ello su juicio negativo o disvalioso, que el Doctor Lorenzetti se había referido de manera análoga en muchas otras ocasiones a otros combates y “políticas de estado” del Poder Judicial como los relativos al “crimen organizado” y a los “delitos de lesa humanidad”. Bovino contestó: “Toda metáfora bélica que se refiera a una proposición político-criminal de persecución me parece impropia para el poder judicial”.

(14) Laura BÖHM, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿Tribunal Tímido y Tribunal Audaz? Disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_31766-1522-4-30.pdf?121011222421. Integra volumen Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional 2011 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG. Página 43. Concretamente, nuestra autora rechaza la calificación “a la ligera” de la CDIH como “Tribunal audaz” y afirma que de haber sido así, “la Corte ha tenido que ir más allá de lo que ella esperaba, en contra de las voluntades de los Estados partes, y esto no ha sucedido en América Latina”. Y agrega: “En 1988, cuando la Corte estableció el deber estatal de investigar y castigar a quienes violaran los derechos humanos en la sentencia central en el caso Velásquez Rodríguez, los procesos de transición de las dictaduras a las democracias en el Cono Sur y en Centroamérica ya habían comenzado. En este período se recuperó y reforzó el movimiento de derechos humanos y con ello el reclamo de justicia y castigo a los responsables de las violaciones graves de estos derechos cometidas durante las dictaduras de las décadas anteriores. La Corte —si bien con ciertas excepciones, como las de Perú¹¹ y Venezuela,¹² en que precisamente se trataba de situaciones actuales— fue considerada aliada de los nuevos gobiernos democráticos latinoamericanos frente al juzgamiento de los hechos del pasado. Por un lado, los representantes estatales no discutieron, en general, sobre los requisitos de admisibilidad (por ejemplo, sobre el agotamiento de los recursos internos); por otro, en más de una oportunidad se solicitó a la Corte tomar ciertas decisiones en favor de la política de derechos humanos nacional. En otras palabras, la Corte y los nuevos gobiernos, en principio, persiguieron la misma política pro derechos humanos, lo cual sin duda resta audacia a la actividad de la Corte”. Yo agregaría, que también restó “rebeldía” al nuevo proceso de punición y securitización de los delitos de lesa humanidad, por entonces asumido plenamente por los Estados y Gobiernos, supuestos titulares paralelos del “punitivismo sumiso”.

(15) Ver página 43 de la obra citada “activismo judicial, punitivización y nacionalización. tendencias antidemocráticas y antiliberales de la corte interamericana de derechos humanos”. El

“activismo judicial” que, según sentencia del 14 de febrero de 2017, habría comenzado a ser limitado por nuestra CSJN (16), rechaza también con buena lógica la pretensión de sostener ideológicamente este “punitivismo bueno” propiciado por la doctora Laura Böhm y afirma que “El riesgo de decidir con base en predilecciones ideológicas se aprecia claramente cuando el activismo judicial lo hace quien está, ideológicamente, en la vereda de enfrente. No encuentro una frase mejor para resumir esta idea que la siguiente afirmación de Norberto Bobbio: “Nunca nos alegramos cuando la interpretación evolutiva o creadora era invocada por los juristas nazis”. Defender el activismo judicial cuando es un activismo bueno (cuando para mí es bueno) pero rechazarlo cuando es un activismo malo (cuando para mí es malo) evidencia una posición al menos intolerante que no acepta que puede haber otros que piensan diferente. Es claro que lo que es bueno para mí puede ser malo para otro, y la mejor forma de evitar que la aplicación del derecho se convierta tan solo en lo que es bueno para el juez es que el juez se sujete al derecho”.

c) *Lesión a la humanidad y posible afectación de los principios del ne bis in idem y cosa juzgada, legalidad, juzgamiento en plazo razonable, culpabilidad, prueba e inocencia, entre otras garantías*

Aunque este renovado contacto con estos asuntos me tienta a reproducir y actualizar la discusión sobre la paradójica posibilidad de una violación de garantías implicada en el proceso punitivo reiniciado en nuestro país a mediados de la década pasada, no sólo no tengo aquí lugar para tales afanes sino que tampoco es el objetivo de este pequeño trabajo. Sin embargo, y aunque me remito en lo sustancial a sugerir la lectura de las

autor, considera parte del activismo de la Corte IDH “la regla que prohíbe amnistiar delitos graves (graves violaciones de los derechos humanos o crímenes internacionales), la regla que prohíbe la prescripción de ciertos delitos (violaciones, graves violaciones, muy graves violaciones de los derechos humanos o bien crímenes internacionales), la regla que excluye la aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal en caso de crímenes internacionales, la regla que limita el principio del plazo razonable de duración del proceso en caso de crímenes internacionales, la regla que limita el ne bis in idem en caso de nuevas pruebas, la regla que prevé el derecho del detenido extranjero a obtener información sobre la asistencia consular, la regla que establece que la Corte puede decidir más allá del caso concreto, la regla que establece que la Corte puede ordenar medidas a estados que no participaron en el proceso internacional, etc.”

(16) Fallo CSJ 368/1998 (34-M)/CS1 Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, rta.: 14 de febrero de 2017 en el que se niega a la CIDH la posibilidad de revocar sentencias de la CSJN en razón de los asuntos de derecho internacional que resultan su competencia establecida en el Pacto de San José de Costa Rica. Se trata de una costumbre de la CIDH que había merecido serias objeciones —ver las tres obras citadas en la nota al pie número 6— y que, a mi juicio, tienen expresión máxima en el compendio de contradicciones y paradojas del fallo Espósito (CSJN Fallos: 327:5668).

obras que he venido citando (17), he de hacer unas brevísimas anotaciones al respecto.

Antes debo realizar dos advertencias —o llamados de atención— generales. La primera se refiere a la evidencia objetiva de la naturaleza selectiva y sesgada que ha tenido el período de punición que continua hasta nuestros días; sin involucrar en ello —por ahora— un juicio de valor en el orden de la justicia, ni pretender equiparar la gravedad de los hechos cometidos en ambos extremos, nadie podría negar que este segundo tramo de persecución penal ha dejado en el camino la investigación y enjuiciamiento de la conducta de los que integraron las organizaciones guerrilleras. Ello a pesar de que se hallaban esos hechos y personas presentes a lo largo de todos los hitos del primer período; es decir que sólo en tales casos, la punición no se renovó y subsistió la legalidad de las amnistías, los indultos y los casos fenecidos por sentencia o prescripción. De esta manera, aunque pueda resultar a muchos incómodo, el proceso de punición exhibió con su *selectividad* un atributo propio de la versión “sumisa”, a la vez elemento primordial entre las caracterizaciones negativas que de él realiza la criminología crítica. Destaco aquí que bien podrían haberse dirigido hacia tales hechos y responsabilidades las argumentaciones y fallos con los que en esta segunda época se buscó superar los obstáculos de los principios jurídicos de legalidad y de la cosa juzgada y el inconveniente político de los indultos y las amnistías; digo esto puesto que los antecedentes normativos y jurisprudenciales de derecho internacional que proporcionaban la “llave” de la figura de los delitos de lesa humanidad, no sólo no contienen distingos relevantes al respecto sino que, como hemos visto en las citadas resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Consejo Permanente de la OEA de los años setenta, expresamente se valieron de esa categoría para encuadrar el accionar de las organizaciones subversivas. En realidad, debo apuntar que esta selectiva novedad había aparecido ya en la institución —en el mencionado interregno de los noventa— de los juicios de la verdad en curso de los cuales se negaron las peticiones realizadas a iniciativa de las víctimas de la guerrilla.

La segunda advertencia remite también a un dato objetivo. Me refiero a que en el período en cuestión, el recurso a herramientas —que muchos objetan pero *todos* reconocen como extraordinarias— para habilitar la reanudación del camino represivo no se limitó ya a las necesarias para sortear aquellos “problemas legales” y “defensas jurídicas” tan bien explicados por Carlos Nino (18), sino que exhibió un afán punitivo mucho más combativo e indiscriminado. Destaco, nuevamente, que no pretendo hacer aquí al

(17) Fundamentalmente notas 8 y 9.

(18) NINO, Carlos, ob. cit., ps. 240 a 285.

respecto un juicio de valor, al menos no todavía; se trata de una evidencia incontrastable: en este período los demandantes de “más derecho penal” —colectivo al que se habían sumado por entonces todos los poderes del Estado, incluyendo desde el Judicial la apología de tal cosa como “política de estado” propia—, los tribunales intervinientes y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (19), no sólo se embarcaron en la empresa común de sortear los rigores de las defensas jurídicas usuales, del principio de legalidad y de la renovada significación —por simple paso del tiempo— de los términos de prescripción, sino que debieron esta vez enfrentar y superar los obstáculos de los indultos y amnistías dictadas ahora por gobiernos con legitimidad democrática, la cosa juzgada y las crecientes exigencias de razonabilidad frente al principio de culpabilidad —en razón de la mayor complejidad de la fundamentación del dolo—, el principio de prueba de la acusación y el de inocencia. En el caso de este último, el fervor punitivo convirtió al encarcelamiento preventivo, con todas las notas negativas de la *pena cautelar*, en la regla de los renovados procesos.

Hechas estas advertencias, en primer lugar y en mínimo aporte a todo lo que se ha dicho sobre la posible violación o interpretación extraordinaria del principio de legalidad (20) —incluyendo la extremada aplicación de la figura misma de delito de lesa humanidad (21)—, sólo he de señalar que la relectura del magnífico libro de Carlos Nino confirma sin resquicio alguno que, a pesar de los argumentos en contrario en los fallos de nuestra CSJN y en el célebre precedente “Barrios Altos” de la CIDH, todavía a mediados de los noventa —la primera edición es de 1996— y dictadas ya las leyes de amnistía y los indultos, los protagonistas del primer período de enjuiciamiento de estos crímenes atroces no demostraban tener noticia alguna de la vigencia de la costumbre internacional o *ius cogens* en el que se fundaron los fallos propiciatorios. En Nino puede advertirse que no sólo no se la consideraba presente, sino que, de existir, no podía satisfacer las exigencias del principio de legalidad, como a su juicio

(19) Que la doctora Laura Böhm calificó, como vimos, de aliada de todos esos actores.

(20) Como en todos estos asuntos me remito, para mayores referencias de los lectores, a las obras citadas en las notas al pie números 8 y 9.

(21) Sobre esto, recomiendo la meticulosa reflexión que en la nota 85 citada obra “La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos” realiza Ezequiel Malarino, que remata lo que considera una injustificada extensión de la figura de los delitos de lesa humanidad la cita de “Montesquieu en su famoso *De l'Esprit de lois* (Ginebra, 1748) advertía de los problemas de la expansión penal de ciertos conceptos. Refiriéndose a ciertas leyes romanas que extendían el concepto de crimen de lesa majestad a delitos comunes, decía: “¿Pero no es esto confundir las cosas? Darle a otro delito el nombre de lesa majestad, ¿no es disminuir el horror del crimen de lesa majestad?”; y sentenciaba: “Es un violento abuso dar el nombre de crimen de lesa majestad a un acto que no lo sea” (citado según la traducción castellana de Nicolás Estévanez; Charles-Louis de Secondat Montesquieu, “El Espíritu de las leyes”, Libro XII, Cap VIII, México, Porrúa, 1973, pp. 128 ss.)”.

tampoco las cubrían las convenciones incorporadas ya por entonces a nuestro derecho interno (22); incluso, el célebre jurista argentino en su polémica con Diane Orentlicher (23) rechaza la idea de la inclusión en el derecho internacional del *deber* de condenar estos crímenes (24) puesto que ello “podría, de hecho, causar mayores consecuencias negativas que deben tomarse en cuenta en la evaluación moral de toda la situación”. Por lo demás, Nino fundamenta en la obra comentada, de manera magistral, su inclinación a considerar con realismo y seriedad las alternativas a la vía punitiva; asombra allí la satisfacción que a su juicio podía en tal opción encontrarse a las mismas demandas o justificaciones que Laura Böhm señala para su “punitivismo rebelde” en orden a la visibilización de los hechos y las víctimas y su dignificación y reparación (25), merced a un “deber general” —no ya “deber de castigar”—, a su entender “mucho más útil para la protección de derechos humanos que la imposición de castigar sin tener en cuenta las circunstancias particulares” (26).

No tengo mucho más sitio para sumar argumentos al debate sobre las evidencias de esta posible afectación de garantías, aunque quisiera recomendar la lectura de un magnífico trabajo todavía inédito pero en imprenta (27) del doctor Santiago Ottaviano sobre los recursos extremos a los que se debió acudir en este período en orden a la legalidad y prueba de los reproches dolosos que fueron esta vez más allá —o más cerca, si

(22) NINO, Carlos, ob. cit., p. 253.

(23) NINO, Carlos, ob. cit. ps. 285 a 287 y 316 a 341.

(24) Con lo que se demuestra, una vez más, que Nino no creía que tal supuesta obligación hubiese estado vigente, aún cuando habían sido ya sancionadas e incorporadas las mismas convenciones de las que la CIDH derivó lo contrario, incluso dicho Tribunal había emitido su fallo señero “Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”, del 29 de julio de 1988.

(25) NINO, Carlos, ob. cit., p. 12 —de la síntesis de presentación de Roberto Gargarella— y ps. 346 y 347 —estas últimas del trabajo incorporado en la edición ampliada de 2015, titulado “cuando un castigo justo es imposible”, publicado por primera vez en Budapest en 1993—.

(26) NINO, Carlos, ob. cit., p. 287.

(27) OTTAVIANO, Santiago, “El hombre de atrás, el de adelante, el del medio y el del costado”, trabajo presentado en audiencia del mes de diciembre del Instituto de Derecho Penal de la Academia Nacional de Derecho. Un análisis muy conocido, donde se reconoce también la singularidad de las argumentaciones que debieron hacerse en rededor del dolo, puede hallarse en “Autoría, infracción de deber y delitos de lesa humanidad”, RUSCONI - LÓPEZ - KIERSZENBAUM, Ad-Hoc, Bs. As., 2011. Obviamente, esta necesidad de mayores esfuerzos en este sentido no pasó por alto a la agudeza del Doctor Carlos Nino, quien en la obra citada manifiesta su disconformidad tanto con la postura de la CSJN —aplicó la figura del instigador— como de la Cámara Federal —aplicó la figura, entonces novedosa en nuestro medio, del dominio del hecho— en la causa 13/84; considerando que hubiese debido aplicarse la coautoría prevista en nuestro Código Penal, a lo que agregó, en relación a las tesis de los autores alemanes a las que habían echado mano los jueces —y que llevarían a nuevos extremos los actores del segundo período de punición— que “creo que la Cámara de Apelaciones estaba equivocada cuando utilizó la extremadamente vaga teoría alemana del control del acto, y doblemente equivocada cuando utilizó el concepto de autoría indirecta” (ob. cit., p. 264).

nos atenemos al hecho— de la responsabilidad de las máximas jerarquías militares, e incluso avanzaron sobre los civiles que no participaban de la represión de las organizaciones guerrilleras. También, en relación al principio de legalidad podría hacer notar —sólo en pretensión informativa y sin ningún afán de proponer o sugerir a nadie tales vías de abordaje político de estos asuntos— que parece haber permanecido sin consideración la interpretación auténtica debida a la labor de los constituyentes de 1994, donde la imprescriptibilidad e imposibilidad de amnistía o indulto de los crímenes de lesa humanidad fue rechazada en comisión y en plenario (28), así como las expresas previsiones en el art. 4º inc. 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. 6º inc. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político donde parece indicarse la posibilidad de indultar y conmutar penas en todos los delitos, incluso aquellos seguramente muy graves que pudieran todavía por entonces merecer pena de muerte.

Por último, como no había ocurrido nunca, y en una objetiva diferenciación en orden a la vigencia del principio *pro homine*, en torno a este nuevo período se ha señalado por un lado la generalizada aplicación y extraordinaria extensión temporal de las prisiones preventivas y la restrictiva interpretación de la alternativa de la prisión domiciliaria, así como por el otro diversos modos de violación o extrema liviandad en la valoración del principio de prueba de las acusaciones y la obligación misma de búsqueda de la verdad. Al respecto, invito a actualizar y renovar el análisis de los precedentes vinculados a la primera de esas cuestiones, en la que se encuentran a esta altura seriamente comprometidas *reglas humanitarias elementales* (29), así como a llamar la atención sobre la creciente denuncia

(28) La Convencional María Zunilda Lucero, en sesión ordinaria del 2 de agosto de 1994 propuso el siguiente agregado al art. 75 inc. 22: "En relación a los tratados internacionales de derechos humanos, los delitos de lesa humanidad no podrán ser objeto de indulto, conmutación de penas ni amnistía. Las acciones a su respecto serán imprescriptibles". El proyecto, presentado en el expediente 683, fue girado a la Comisión de redacción donde fue rechazado. Habiendo insistido la Convencional en sesión plenaria, la propuesta fue nuevamente excluida, imponiéndose el texto vigente —aprobado al día siguiente— y defendido en esa ocasión por el convencional Llamosas ("Obra de la Convención Nacional Constituyente. 1994", t. V, p. 5234 y sigtes. Centro de Estudios Constitucionales y Políticos del Ministerio de Justicia de la Nación, Bs. As., 1995).

(29) Quizá los hechos más graves, que esperan todavía un mayor esclarecimiento, se encuentren vinculados con la también creciente denuncia por familiares de los encarcelados de una cantidad considerable de muertes en las prisiones en las que han sido confinados merced a condenas o prisiones preventivas, sea por eventuales defectos en la debida valoración de las enfermedades o los achaques propios de la ancianidad extrema de la mayoría de estos encausados o por el propio afán punitivo que parecería haberse juramentado en convertir a toda costa la represión de las atrocidades de nuestro pasado en un invariable camino de prisión hasta la muerte.

de prórrogas al principio de la prueba y la verdad real (30), recientemente recogidas por un fallo de la Cámara Federal de Casación Penal (31). Esto ha sido rechazado no hace mucho nada menos que por la doctora Mirna Goransky (32), la fiscal designada en los juicios conocidos como ESMA y ESMA2, quien renunció a la función por negarse a aceptar la limitación del derecho de defensa que propiciaban el resto de los acusadores y el propio tribunal y la traición que ello suponía a los principios republicanos que había asumido en su ministerio y a las enseñanzas recibidas de su maestro, el doctor Julio Mayer.

III. Breves conclusiones

Considero que los antecedentes expuestos en el capítulo anterior parecen respaldar lo que he aventurado —y someto a discusión académica— como un proceso de *punición securitizante*, presente en el que he señalado como segundo proceso de profilaxis represiva de los crímenes de lesa humanidad.

Retomando los requisitos excelentemente explicados por la doctora Laura Böhm en su artículo, no es difícil detectar la deliberada definición de los crímenes de lesa humanidad como *ámbito de conflictividad social* frente al cual toda la sociedad argentina —e incluso la vigencia misma del orden republicano— ha sido señalada como *vulnerable y objeto de ineludible protección*. Por otra parte, el *objeto de referencia* en cuestión fue presentado e instalado públicamente merced a una infinidad de medios de diversa naturaleza —de manera sin duda exitosa—, como una cuestión de relevancia; un *problema político* que debía ser conjurado. Y aunque pueda resultar para muchos incómodo, y así resulte de un modo especial

(30) Ver trabajo citado en la nota al pie número 14, nota 106, "No puedo dejar de mencionar, en este contexto, la insólita y autoritaria propuesta de algunos organismos defensores de los derechos humanos tendente a invertir la carga de la prueba en materia penal, desconociendo por completo el principio liberal constitucional de inocencia". En ese sentido, véase los trabajos y polémicas disponibles en <http://www.lanacion.com.ar/1548408-los-delitos-de-lesa-humanidad-deben-ser-probados>.

<http://www.lanacion.com.ar/1820609-cuestionan-el-procedimiento-de-los-juicios-por-lesa-humanidad>.

<http://www.colabogados.org.ar/larevista/pdfs/id20/definiciones-que-surgen-del-caso-ngudjolo.pdf>.

<http://www.upmac.org.ar/novedades/la-manipulacion-de-testigos-en-causas-de-lesa-humanidad.htm>.

<https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-279975-2015-08-23.html>.

<https://hijosynietosdepresospoliticos.wordpress.com/2013/02/07/debate-sobre-pruebas/>.

(31) Sala III, rta. 9 de junio de 2016 "Carrizo Salvadores".

(32) Puede escucharse y ver, con las ventajas de la intermediación, la renuncia de la Doctora Goransky en <http://horaciopalma.blogspot.com.ar/2012/10/causa-esma-porque-renuncio-la-fiscal.html>.

y adecuado a su naturaleza, la necesidad de una renovada punición de los delitos de lesa humanidad transmutó a su tiempo en *cuestión de seguridad* o de subsistencia, si se quiere, de nuestro orden democrático. Debe reconocerse que todo esto tuvo lugar en la última década de manera y en modos cada vez más asimilables a los que se verifican en los usuales procesos de securitización de otras “amenazas existenciales”; en definitiva, también en este caso el asunto fue asumido de manera unánime como una política del estado, e incluso como objeto de *combate* por parte del propio Poder Judicial.

Es probable que este análisis pueda impresionar a algunos como forzado. Puede ser que tengan razón y me convenzan de ello, pero me permito señalar otras notas propias de lo que he presentado como un proceso de *securitización de la profilaxis represiva de los crímenes de lesa humanidad*. Me refiero a la señalada proliferación de las prisiones preventivas —manifestación muy cara al *punitivismo sumiso*, según toda la criminología crítica—, a la ya explicada evidencia de una objetiva *selectividad* —a la que aún no he agregado la obstinada limitación del proceso a todo lo ocurrido luego del 24 de marzo de 1976, dejando a salvo otras significativas responsabilidades civiles y políticas, como las de los que dismantelaron la Justicia Federal Penal y emitieron las órdenes que militarizaron el conflicto y fijaron extraviados objetivos de “aniquilación del enemigo” —. Por último, destaco el paralelismo hallado en la obra de la propia doctora María Laura Böhm, quien por un lado denuncia en “Securitización” el aprovechamiento que esos procesos hacen de la simbología del derecho penal “siempre disponible e indudablemente portador de esa importante carga simbólica”, al tiempo que en su artículo sobre el *punitivismo sumiso* y el *punitivismo rebelde* no duda en propiciar, como insumo de este último, la explotación de aquella misma simbología del derecho penal (33). No creo que las diferencias de matices, sobre las que la autora formula sus reservas, alcancen a modificar la nota esencial —y manifiesta abitrariedad— del señalado paralelismo.

(33) Concretamente apunta —en una confirmación de la naturaleza “securitizante” del “punitivismo rebelde” y de la *relatividad axiológica* de estas etiquetas—, que “Si la sanción penal está cargada de simbolismo en el orden sumiso, mucho más simbolismo puede adquirir en el ámbito del sistema punitivo rebelde. Y es importante destacar que el simbolismo de la pena no debe entenderse como irrealidad o inutilidad. Mientras que en el ámbito del poder punitivo sumiso ese simbolismo del poder punitivo estatal represor se hace carne por ejemplo en golpizas y humillaciones penitenciarias, en el ámbito del poder punitivo rebelde el simbolismo se corporiza en víctimas que recuperan su perdida dignidad laboral, en empresarios confrontados con que la situación económica de su actividad, beneficiada por la conexión con el régimen dictatorial, puede acarrear un concreto desprestigio empresarial, es decir, que el darle voz a una víctima le quita a su propia persona el monopolio de la voz audible del que hasta ahora gozaba”.

Por último, quizás los elementos más convincentes en orden a despejar dudas sobre el proceso de securitización presente en la explicada vía punitiva resulten por un lado de la atención a la innegable “*habilitación de medidas excepcionales en el ámbito penal*”, presentes en todo el enunciado realizado en el capítulo anterior, sean ellas de la naturaleza ilegítima afirmada por quienes formulan objeciones en ese sentido o de la común y unánime referencia a su condición de remedios o herramientas singulares, muchas veces interpretaciones extremas y originales, pero siempre señaladas como diversas a las que es necesario o debido utilizar en el caso de delitos comunes. Por el otro, la realidad del proceso de securitización postulado también se confirma con la verificación u ocurrencia de las *trampas* que constituyen el tramo crítico de Böhm en torno a la securitización. Como la *despolitización*, que estimo que no requiere mayor explicación en su aplicación a nuestra tesis que la caracterización general brindada por la profesora de la UBA cuando señala que “se produce porque se da preferencia a enfoques coercitivos, agresivos, que no dejan lugar a la discusión política”, así como la *reproducción de la securitización* que, en tanto fruto de la vía represiva en cuestión, han considerado implícita o explícitamente verificada tanto Böhm (34) como otros autores, entre los que destaco el trabajo de Mario Alberto Juliano y Gustavo Vitale y sus expresas advertencias sobre esta *mala semilla* —al referirse a la doctrina de la CSJN en el fallo “Góngora”—, hoy presente en otros múltiples procesos de securitización y siempre ávida de “nuevos enemigos del sistema penal” (35).

En un artículo, en el que alerta sobre la propagación de esa *simiente*, Eugenio Raúl Zaffaroni (36) se refiere a la securitización que convierte al delincuente común en “enemigo residual”. Pero también confiesa que “cuando la venganza se revierte sobre el masacrador, pareciera que nada alcanza para canalizar la venganza, dada la magnitud de la lesión, con lo cual el genocida quedaría fuera de la comunidad jurídica y él mismo pasaría a ser un enemigo y cualquiera podría darle muerte sin que sea posible censurarlo o punirlo (*die Friedlosigkeit* o pérdida de la paz). La necesidad de preservar un mínimo de racionalidad jurídica obliga a ratificar su pertenencia a la comunidad mediante su sometimiento al ejercicio de un poder punitivo controlado”. Enunciada esta doble vertiente sostiene,

(34) Esto tanto en “Securitización”, como hemos visto en el primer capítulo, como en otros artículos en los que la Doctora Böhm manifiesta esta preocupación (ver “Femicidio. Algunas reflexiones sobre los proyectos de ley”. Pensamiento Penal 22/32013).

(35) JULIANO, Mario Alberto y VITALE, Gustavo, “Retrosos de una Corte que avanza (el fallo Góngora y los nuevos enemigos del sistema penal)”, Revista Pensamiento Penal, 3 de octubre de 2003.

(36) “Genocidio y Lesa Humanidad. Masacres: Larvas y Semillas. Lineamientos para un replanteo criminológico”. En “Revista del Instituto de Investigaciones de la CSJN, año 2010, número 1”, páginas 11 a 32, disponible en http://www.csjn.gov.ar/dbei/ii/investigaciones/2010_1.pdf.

en una consideración que muchos podrán asociar a lo ocurrido con los gobiernos de la última década que "toda instalación de un mundo paranoico es también una maniobra de *distracción pública*, pues al centrar la atención en un chivo expiatorio evita que la sociedad se disperse y repare en otros peligros reales (no es raro que lo instalen como política de Estado gobiernos muy corruptos, que se aproveche para dilapidar el ahorro nacional, descapitalizar al Estado, favorecer a corporaciones, cometer macrodefraudaciones, practicar otras masacres, etc.)."

Luego de advertir sobre los peligros del "*punitivismo progresista o de izquierda*" (37), Zaffaroni en sus conclusiones parece abandonar su acostumbrado realismo descriptivo o existencialista para intentar, no sin un dejo de cinismo, una argumentación por las esencias: "Los humanos buscaron la verdad en el mundo exterior (ciencia) y en el interior (introspección); el último camino es preferido por los saberes tradicionales y se sintetiza en cosmovisiones y antropologías religiosas. Todas ellas postulan el amor al prójimo y en especial al enemigo, el perdón de las ofensas y la abstención de la venganza, al punto que el Cristianismo la reserva a Dios. La criminología —siguiendo el camino del mundo exterior— parece acercarse cada vez más al saber tradicional, verificando que en la venganza está la clave de los peores crímenes. ¿Habrá en el fondo un error civilizatorio? ¿Seremos parte de una civilización gravemente neurótica? Por último, ¿no será la venganza el fruto que degustaron Adán y Eva?" (38).

Recién ahora me embarco en un brevísimo epílogo axiológico. Es para recordar que la más elemental y realista noción de justicia no requiere de dogmas racionalistas ni credos ideológicos —que más bien repele (39)—, sino que es suficiente con la imagen de la balanza (40), cuyo fiel parece haberse extraviado en estos asuntos. Esto al punto de encontrarnos tal vez hoy, décadas después, frente a la misma pregunta con la que iniciaba Carlos Nino su libro: *¿Cómo enfrentar el mal?* (41). Podríamos contestar que quizás nos encontremos a tiempo de hacerlo con toda la Justicia y la Misericordia posibles. ♦

(37) ZAFFARONI, ob. cit., p. 31.

(38) ZAFFARONI, ob. cit., p. 32.

(39) QUINTANA, Eduardo Martín, "El conocimiento jurídico", segunda parte: El conocimiento jurídico y la ciencia jurídica, página 20 en el ejemplar en mi poder. También en Montejano, Bernardino, estudio preliminar y notas como traductor de "Método, Fuentes y Lenguaje Jurídicos" de Michel VILLEY, Ghersi Editor, Pequeña Biblioteca de Filosofía del Derecho, Buenos Aires, 1978.

(40) QUINTANA, Eduardo Martín, "Notas sobre el derecho en el iusnaturalismo", EDUCA, 2008.

(41) NINO, Carlos, ob. cit., p. 41.

BREVES SOBRE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA REFORMA PROCESAL

POR ALEJANDRO FREELAND

Sumario: I. El contexto.- II. Ley 27.063 y las modificaciones proyectadas.-III. Conclusiones.

I. El contexto

1. Pocos temas como el de la prisión preventiva evidencian tan claramente las tensiones inmanentes al sistema penal, suscitan tanto fervor y denotan la enorme distancia que separa en la actualidad al ámbito de la discusión jurídica y académica de la demanda social (percepción y reclamo popular).

Del lado de los operadores del derecho existe un amplio consenso en nuestro país acerca de que el encarcelamiento preventivo (medida de cautela personal mientras se sustancia el proceso) sólo es admisible en caso de concurrir los llamados *peligros procesales*, de fuga y de entorpecimiento de la acción de la justicia. Ello en contra, muchas veces, de lo que las leyes procesales dicen y en aras de una interpretación que se ha abierto camino desde los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los que la Argentina es parte e integran su plexo de constitucionalidad y de sentencias recientes (CNCP, sala III, "Machieraldo", plenario de la CFCP *Díaz Bessone*) que elevan a la libertad durante el proceso al altar de derecho casi absoluto. Si bien la Corte reconoció el derecho constitucional a gozar de la libertad hasta que se dicte condena (CSJN "Aguilera" Fallos: 303:321), también afirmó que "*ello... no constituye una salvaguardia contra el arresto, detención o prisión preventiva, medidas cautelares éstas que cuentan con respaldo constitucional*" (CSJN casos "Stancato" y "Miguel").

El Estado puede tener en prisión preventiva a las gentes mientras se sustancia el proceso, pero excepcionalmente y bajo ciertas condiciones.

Básicamente dos son las razones que sustentan esta posición absolutamente mayoritaria: a) el principio, la garantía o estado de inocencia del que goza todo imputado hasta que un juez lo declare culpable y b) el principio de proporcionalidad en tanto la detención en prisión aparece como la medida más grave, más drástica, a la que se puede apelar y no parece justificada mientras se está decidiendo sobre existencia del hecho y responsabilidad del imputado por él.

2. Del otro lado, en la Argentina la demanda social por mayor seguridad se multiplica desde hace muchos años. La percepción de la gente es que existe más delito y que éste es cada vez más violento, merced, entre otras razones, al aumento masivo en el consumo y tráfico de drogas y a una cada vez más pobre o deficiente culturalización. Y no parece una percepción errada. Y que si acaso el presunto responsable es habido, lo que la gente percibe y repite es que "entra por una puerta y sale por la otra", sin control y a lo que la suerte nos depare. Así, asistimos en el presente, según lo veo, a una fortísima demanda ciudadana de un *derecho penal defensivo* (o de la seguridad), esto es que prevenga el delito, lo enfrente y defienda a los ciudadanos de esos peligros, enfrentada a un reclamo académico por todavía más garantismo y protección de los derechos de aquel sometido a proceso. Todo lo cual nos enfrenta al enorme reto de construir un *derecho penal de la seguridad que sea conforme a las exigencias del Estado de Derecho*" (SILVA, "Aprox", 2da. ed., p. 58).

3. Ahora, bien, si ése es el desafío, coincidiremos fácilmente en que la peligrosidad *per se* no se puede castigar, no es expresión de una justicia conmutativa y contradice el mandato constitucional de un derecho penal de acto y respetuoso de la culpabilidad proporcionada al hecho. Pero aunque no imponemos penas a un sujeto por "ser peligroso" (sino porque lo fue en el caso concreto) sí lo encarcelamos preventivamente (a veces por años) atendiendo a otros peligros, fundamentalmente aquí, el de que no podamos realizar la justicia, que es otra demanda Constitucional.

4. Para complicar las cosas, la respuesta del sistema de justicia nunca llega o llega demasiado tarde para absolutamente todos. La víctima y/o sus deudos, los responsables del delito (que vienen sufriendo el proceso como una pena anticipada y cuando al final se efectiviza aparece ridículamente tardía o extrañamente "partida" en etapas (1)), y para la sociedad

(1) "Salir y volver es un delirio, es desangrante", dijo Raúl Villarreal, mano derecha de Omar Chabán, que fue condenado a 6 años de prisión como partícipe de los delitos de incendio culposo seguido de muerte y de cohecho activo. El hecho (incendio en el local República de

en general que el único mensaje que parece recibir de todo esto es el de la negación de la norma sin contradictorio alguno, pues la respuesta que se demora aparece también inútil y fuera de contexto.

5. Las estadísticas criminales que empiezan a aparecer, luego de más de 12 años de ocultamientos, parecen dar la razón a esa percepción general. Algunos datos resultan de interés aquí: 1. Sólo el 3 % de los delitos que se investigan llegan a juicio para que un juez o tribunal se expida sobre responsabilidades. 2. De ese 3 % sólo 1 % resulta en una condena; 3. De ese 1 % que resulta condenado sólo un porcentaje menor lo es a cumplir y, en ese caso, sólo se cumplirá pena una vez que la sentencia quede firme (lo que supone a veces muchos años). 4. El *tiempo* del proceso es en promedio de más de 4 o 5 años (en algunos casos supera los 15 años).

6. El derecho penal así no da respuesta a la demanda social, cualquiera sea el fin de la pena (y el fin del derecho penal en consecuencia). Si preventivo especial, pues nunca llega a resocializar; si de prevención general negativa, no infunde el menor temor ni el más mínimo respeto; si de prevención general positiva no afianza si no más bien controvierde, socava o destruye la confianza en la vigencia de la norma. El derecho penal "ese mal necesario para seres imperfectos como somos los hombres" sólo se justifica si la violencia que implica su empleo es menor a su ausencia. Y, en mi opinión, en la actualidad, nuestro derecho penal suma más violencias que las que disipa.

7. Y es difícil cualquier propuesta en la medida que la variable más significativa de la realidad de nuestros procesos penales, la del *tiempo*, siga siendo la que tenemos. En términos de sacrificio individual, alguno podría estar dispuesto, aún a costa de una pérdida de libertad cuyo sentido luego no se confirma en condena, a perder un mes o dos, o acaso un año de su vida "si a todos nos pasa lo mismo en la misma situación, es decir como ciudadanos que nos toca atravesar una experiencia de judicialización penal por caso graves en nuestra vida". Pero no dos (plazo máximo habilitado por la ley 24.390 y su modificación), cinco o diez.

8. ¿Qué hacer entonces? ¿Cómo proteger a la sociedad y atender a la demanda social de mayor seguridad preservando los derechos fundamentales de los justiciables en este contexto de procesos tan extensos y tan desalentador en general?

Cromañon, en el que murieron 194 jóvenes y resultaron heridos 1200) sucedió el 30 de diciembre de 2004. Villarreal estuvo preso tres veces; en 2005 por 6 meses, en 2012 por 20 meses y volvió a prisión en 2016 cuando la Corte confirmó la condena (a 12 años del episodio), en donde espera sus salidas transitorias (ver reportaje a Villarreal, diario La Nación del 10 de octubre de 2016).

“La política” parece haber tomado cartas en el asunto. Se multiplican proyectos de ley y se sancionan algunas tendientes a cerrar esa enorme brecha entre demandas populares y garantismo consolidado (2).

A la vez, la justicia (los jueces) siente esa presión y esas tensiones, y reaccionan. Desde los de primera instancia, hasta la Corte Suprema. Veamos tres ejemplos.

Dos de ellos se relacionan con el ex funcionario de triste notoriedad, José López. El juez de garantías Castro, de la localidad de Moreno, lo dejó en prisión preventiva, aunque lo que él investigaba es la tenencia y portación ilegítima de un arma de fuego (la que parece en el video de la noche estelar). El delito tiene una pena que posibilita la excarcelación. El pedido de encarcelamiento preventivo del fiscal, aceptado por el juez, argumenta sobre la flagrancia del hecho, la convicción probatoria (lo que se ve en el video y el hecho de que no tiene legítima portación) y la necesidad de enviar la causa, de inmediato, a juicio.

La segunda prisión preventiva la tiene López por la causa de enriquecimiento ilícito que lleva Rafecas. El juez lo procesó con prisión preventiva, a pesar de que el delito es también excarcelable. Luego de discurrir prolijamente sobre doctrina judicial (Díaz Bessone) y de los autores (Maier, Pastor) concluye que uno de los dos presupuestos que habilitan el encarcelamiento preventivo (la obstaculización del proceso) concurre en el caso. Le hubiera bastado, acaso, una remisión al episodio que sacó del letargo la causa que investiga hace muchos años (el oprobioso video) y al hecho, incontrovertible, de que López, que se declaraba pobre de solemnidad, estaba ocultando millones de dólares de origen probablemente delictivo. Ese ocultamiento da motivo suficiente (porque el imputado puede continuar en la saga) para construir la presunción que la doctrina y ahora, como veremos, la ley, demandan. A ello suma el juez el carácter

(2) Dos ejemplos:

El Proyecto remitido por el PEN al Congreso que dispone que la sentencia de condena a cumplir se cumplirá de inmediato, sin importar los recursos que puedan interponerse. Se sugiere que ello no vulnera la garantía de inocencia, pues existe una sentencia de un Tribunal que declara la culpabilidad de un imputado. Pero lo cierto es que la sentencia que derriba la presunción de inocencia (o el estado inocente del imputado) es la sentencia firme. La cuestión dará que hablar.

La reciente reforma (en el mes de agosto de 2016) del CPP de Mendoza (ley Cornejo) que habilita el encarcelamiento preventivo en situaciones de flagrancia, gravedad del hecho, etc. que antes no estaban contempladas. La ley ya mereció la violenta respuesta, por ejemplo, del director del CELS, Horacio Verbistky quien advirtió primero “Mendoza avanza en reformas regresivas” y afirmó después, más en su estilo, “...Cornejo está desequilibrado y es un ignorante” (Diario Uno del 21.10.2016).

primitivo (sic) de las medidas de investigación que ordenó que podrían malograrse con la libertad.

El otro caso, más pretérito, fue la sorprendente intervención de la Corte Suprema en un *per saltum* antológico, en la causa conocida como Operación Langostino (CSJN “Reiriz, María G. y Casal, Eduardo s/ recurso extraordinario”) en que la Corte a la que los fiscales llegan en recurso directo sin que se entienda bien por qué, decide que los efectos de la apelación de la excarcelación concedida a los imputados luego de 10 años computables de prisión preventiva (lo que hasta podía exceder la pena prevista para los delitos por los que se los acusaba) tenía efectos suspensivos (3) (ver CARRIÓ, “Garantías”, 5ª ed., p. 62).

Lo que quiero decir con esto es que cuando los jueces no pueden hacer otra cosa que dejar presos a los imputados, pues se encuentran los argumentos. Pero todo ello, además de muy criticable, lo único que hace es traer más incertidumbre a la escena. Y precisamente la dogmática está llamada a despejar esa incertidumbre (si algún cometido útil tiene).

9. Intentaré resumir los estándares que las Cortes Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos vienen exigiendo para habilitar el encarcelamiento preventivo. Y luego consideraré las previsiones de la ley 27.063 y del Proyecto del PEN (ingresado por el Senado el 28 de setiembre pasado) que reforma esa ley de vigencia aún hoy suspendida.

10. La prisión preventiva, conforme esos estándares, sólo se puede admitir:

- Como *última ratio*, con carácter excepcional y proporcionada al riesgo que se enfrenta.
- Sólo a una persona sobre la que pesan sospechas fuertes y pruebas fuertes de intervención.
- Ante la existencia de riesgos reales, objetivos.
- Sólo para delitos del núcleo duro (primera velocidad). No para aquellos que no son pasibles de prisión o para los que la condena de ejecución condicional es probable.

(3) No existía, por cierto, sentencia definitiva, ni siquiera cuestión federal porque, como sostuvieron los votos disidentes de Belluscio, Bossert y fundamentalmente de Fayt “el recurso no tenía a proteger la libertad del imputado durante el proceso sino, más bien, a asegurar el cumplimiento efectivo de una eventual condena” (consid. 5 del voto de Fayt).

- Sólo en la medida en que, antes, de examinar su necesidad (que no existen alternativas válidas para evitarla —medidas que alejen el peligro que se quiere cautelar—). Tiene así carácter subsidiario.

- Sólo por el tiempo en que la necesidad subsista.

- Debe asegurarse una amplia contradicción (audiencia oral, asegurar la defensa) y también la posibilidad de revisión periódica.

- La decisión debe estar suficientemente motivada (existencia de peligros procesales o extraprocesales, reales, objetivos).

- Debe tener un tiempo máximo determinado. Límite temporal.

II. Ley 27.063 y las modificaciones proyectadas

Veamos si esos estándares están recogidos:

1. *Ultima ratio*, con carácter excepcional y proporcionada al riesgo que se enfrenta

Estos estándares están recogidos en los arts. 16 y 17 de la ley y modificación que se propone.

La restricción de derechos constitucionalmente reconocidos debe ejercerse cumpliendo los principios de idoneidad, razonabilidad, proporcionalidad y necesidad (art. 16). El art. 17 (principios generales de las cautelares) subraya su carácter excepcional e impide su imposición de oficio por el juez.

2. Sólo a una persona sobre la que pesan sospechas fuertes y pruebas fuertes de intervención

“Nadie puede ser encarcelado sin que existan elementos de prueba suficientes para imputarle un delito reprimido con pena privativa de la libertad, conforme las reglas de este Código” (art. 17 *in fine*).

3. Sólo para delitos del núcleo duro (primera velocidad). No para aquellos que no son pasibles de prisión o para los que la condena de ejecución condicional es posible

La ley excluye a los delitos que, conforme las características del hecho y las condiciones personales del imputado, pudieren ser pasibles de condena condicional (art. 185). Es decir que los delitos con pena en expectativa con un mínimo menor de 3 años, no se excluyen siempre, sino sólo en relación a los criterios que se mencionan. Puede aplicarse entonces prisión preventiva por delitos no especialmente graves pero cuyas características

o las condiciones personales del imputado los distinguen (ver supuestos citados...).

4. Existencia de riesgos

“Las medidas restrictivas de la libertad sólo podrán fundarse en la existencia de peligro de fuga u obstaculización de la investigación” (art. 17 primera oración).

A. Peligro de fuga

El art. 188 establece, en enumeración no taxativa (“entre otras”), las pautas a tener en cuenta para apreciar la concurrencia de este peligro.

Dos de ellas, a) y c) refieren circunstancias que bien podrían asociarse a riesgo de fuga. La b) no.

ARRAIGO: Típicamente las enunciadas primero *“el domicilio, la residencia habitual, asiento de familia y de sus negocios o trabajo”* y la frase con la que cierra el inciso *“... y demás cuestiones que influyan en el arraigo del imputado”*.

No tanto las que siguen: *“... las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto...”*, que entiendo debieron listarse en otro inciso de este artículo. Expresiva de estas situaciones (facilidades para abandonar el país) fue la detención y puesta en prisión preventiva de Lázaro Baez por el juez Casanello cuando éste tomó su avión privado para volar desde el Sur, se dijo que sin hoja de vuelo declarada, y finalmente aterrizó en Bs. As., en donde el juez lo esperaba para indagarlo al otro día...

b) *“Las circunstancias y naturaleza del hecho, la pena que se espera como resultado del procedimiento, en especial la imposibilidad de condenación condicional, la constatación de detenciones previas, y la posibilidad de declaración de reincidencia por delitos dolosos”*.

En “The night of” serie de 8 capítulos de HBO, el imputado llega detenido a la audiencia de la Corte de Nueva York en donde se discutirá su libertad. Sala de audiencias sucesivas; presentes juez, fiscal, imputado y defensor. Se le imputan delitos gravísimos (el principal, el de homicidio premeditado) con penas que pueden llegar a la prisión perpetua. De todos modos, lo primero que el Fiscal plantea es la cuestión del arraigo. Argumenta que el sujeto tiene ascendencia pakistání y existe peligro de que se vaya al Pakistán. El abogado (John Turturro) le contesta que su cliente es neoyorkino, que nació en Queens, que tiene 22 años y que no viajó nunca a Pakistán y ni siquiera fuera de su barrio. Entonces el Fiscal contra

argumenta y alude a la *gravedad del hecho* y a la forma de comisión (22 puñaladas con un cuchillo de cocina a una joven). El juez lo deja preso por ese argumento y deniega libertad bajo fianza.

Quizá sean los motivos que más veamos en las decisiones futuras. La gravedad del hecho y las circunstancias en que se actuó (mayor violencia, brutalidad, desprecio por la norma y por el otro) son reveladores claros de peligro, pero no siempre de fuga. Tampoco de una personalidad peligrosa (o no sólo de eso) sino de que el imputado demostró al actuar ese hecho, una conducta que revela desprecio no sólo por la norma sino por el otro y peligro cierto (porque allí se ve) de que podría actuar "así" de nuevo. La ley 24.390 en su art. 3 contempla como un argumento de oposición del MPF a la libertad del imputado "la especial gravedad del delito que le fuere atribuido". En España el mayor porcentaje de prisiones preventivas se fundamentan en la gravedad del delito, en la gravedad de la pena vinculada con el riesgo de fuga y en posibilidad cierta de reincidencia (4).

El domingo 23 de setiembre de 2016, por la mañana, Daniel Zalazar, profesor de artes marciales, mató a cuchilladas a su pareja, a la abuela de su pareja y a la tía de su pareja e hirió gravemente en el cuello a una niña de 7 meses y a un niño de 11, presunta hija la primera e hijo el segundo. Sólo se salvó otro niño de 8 años que se escondió con su perrito en el baúl del auto de la mamá. Zalazar dejó el gas de la casa y una vela prendidos para que todo volara y se fue al hospital, remera ensangrentada, a curar sus heridas en la mano "producto de un asalto". Allí fue aprehendido. El niño desde el auto comunicaba a su otra abuela "papá mató a mamá".

A ningún ser sensato podría ocurrírsele que Salazar pueda disfrutar de la libertad durante el proceso. Sin embargo, si utilizamos los criterios dominantes hasta esta ley, no parece fácil argumentar con fundamento que intentará eludir la acción de la justicia (tiene arraigo, empleo, conocido como profesor de karate, familia, es de Mendoza, etc.) o que va a obstaculizar el proceso (las pruebas, remera, heridas, ADN, manifestación del chico etc., ya están).

Son precisos estos otros criterios que aluden a la gravedad del hecho, a sus características y a las características personales del autor (no a lo que es, sino a lo que se mostró de él en ese hecho y que auguran más dolor). Así, seguramente Salazar quedará preso por la gravedad inusitada de su hecho, porque probablemente será condenado a prisión perpetua, por

(4) "La Práctica de la prisión provisional en España", informe de la Asociación Por Derechos Humanos de España para la Comisión de las Comunidades Europeas, noviembre de 2015, p. 40.

el grado de injusto de acción y de resultado (todos criterios presentes en esta redacción en la hipótesis sólo imaginaria de que correspondiera su aplicación). Y se suma, como veremos, otra circunstancia reveladora de riesgo de obstaculización: el dato de que quería volar la casa (intención de destruir pruebas) y de matar a todos (sobrevivientes en peligro).

Problemático resulta el caso en el que la condena de ejecución condicional es posible, pero el hecho es especialmente grave.

Dos ejemplos recientes. El primero, en el que no se dictó la prisión preventiva, es el procesamiento del Fiscal General de San Isidro por el delito de encubrimiento agravado de bandas vinculadas al narcotráfico y al asesinato. El segundo, en sentido contrario, surge del reciente fallo de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal ("M., B. s/ excarcelación", causa n° 47.347/16, rta. 6/9/2016). Venía apelada por la defensa la decisión denegatoria de la excarcelación de un procesado por los delitos de desobediencia, amenazas y daño, en concurso ideal, los que a su vez concurrían en forma real con desobediencia. Los jueces Seijas y González precisaron que el dictamen fiscal favorable no era vinculante para el magistrado, circunstancia que se colegía de la posibilidad que tiene el Ministerio Público Fiscal de recurrir tanto la decisión que concede como la que deniega la libertad. Consideraron que si bien en principio la escala penal para los delitos por los cuales se lo procesó permitiría su soltura, las particulares características de los hechos investigados donde el imputado habría desoído la prohibición de acercamiento impuesta por la Justicia Civil en resguardo de su progenitora, a quien amenazó y provocó daños en su vivienda, sumado a las cinco causas en trámite que registra, también por el delito de desobediencia, todas iniciadas en el lapso de un mes y medio, más las cinco condenas que se le impusieron, constituyen riesgos procesales porque demuestran su falta de acatamiento a los compromisos y constituyen peligro cierto de intimidación a la víctima, los cuales no pueden ser neutralizados por una medida cautelar de menor intensidad cuando ello ya resultó ineficaz al no cumplir con la orden emitida por el juez civil. En cambio, el juez Pociello Argerich, votó por la soltura con fianza de \$ 1.000.

"El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior o que se encuentre en trámite, en particular si incurrió en rebeldía o si ocultó o proporcionó falsa información sobre su identidad o domicilio o contó con documentación personal apócrifa, o si intentó fugarse en el momento de la aprehensión o fue hostil o ejerció violencia contra su aprehensor, en la medida en que cualquiera de estas circunstancias permita pronosticar que no se someterá a la persecución penal!"

Estos sí pueden ser indicadores directos de que el imputado no sólo puede fugarse sino también del otro de los riesgos: el de obstaculización del proceso.

B. Peligro de entorpecimiento (art. 189)

La ley exige la presencia de indicios (esta vez el enunciado *no* es abierto) que justifiquen la grave sospecha de que el imputado:

Destruirá, modificará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.

(incorporada por el Proyecto) Intentará asegurar el provecho del delito.

(incorporado por el Proyecto) Hostigará o amenazará a la víctima o testigos.

Influirá para que testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

Varios de estos supuestos se anuncian rendidores, de acuerdo a lo que puede observarse. Se han denunciado casos, graves, en los que los imputados se insolventan (que es una forma de asegurar el provecho del delito) (denuncia de la diputada Stolbizer contra la ex presidente Kirchner) o se presentan documentos a juicio con firmas falsas (reciente peritaje en la causa Hotesur, que tiene, de nuevo, a la ex presidente imputada), o que se arrojan bolsos con enormes cantidad de dinero sobre muros de predios ajenos (caso del ex funcionario José López).

5. Medidas alternativas

El requisito de la necesidad (y el de la subsidiariedad) impone al legislador la previsión de medidas alternativas a la prisión preventiva para asegurar los fines que se persiguen, se insiste: la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación.

El art. 177 dispone que querellante o el fiscal pueden pedir las siguientes, en cualquier estado del proceso, en forma individual o combinada:

La promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación.

La obligación de someterse al cuidado de una persona o institución determinada en las condiciones en que se le fijen.

La obligación de presentarse ante el juez o autoridad que designe.

La prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine.

La retención de los documentos de viaje.

La prohibición de concurrir a determinadas reuniones, lugares, de comunicarse o acercarse a determinadas personas siempre que no se afecte el derecho de defensa.

El abandono inmediato de su domicilio si se tratara de hechos de violencia doméstica y la víctima viviera con el imputado.

La prestación por sí o por terceros de una fianza o caución, o la contratación de un seguro de caución (la caución se regula específicamente en los arts. 179 a 181 en sus condiciones de imposición, depósito, ejecución en caso de rebeldía —orden de presentación al imputado o al fiador en 5 días bajo apercibimiento de ejecución— ejecución y cancelación).

La vigilancia del imputado mediante un dispositivo electrónico de rastreo o de posicionamiento de ubicación física.

El arresto en su domicilio con o sin vigilancia.

La prisión preventiva en caso de que las medidas anteriores no fueren suficientes para asegurar los fines indicados.

El control de las medidas de los incisos a) a j) se pone a cargo de una oficina a crear por ley en el futuro: la Oficina de Medidas Alternativas y Sustitutivas.

El listado es amplio. Aunque básicamente referido el riesgo de fuga o a riesgos extraprocesales (peligro de la víctima) y con poca aplicación al riesgo de entorpecimiento. Pongámoslo a prueba.

a. Riesgo no apreciable: delito menor e imputado que no da muestras de eludir la acción de la justicia. No aplica.

b. Riesgo mínimo: delito menor e imputado que da algún motivo, menor, de eludir (no se presenta al llamado a indagatoria). No aplicaría por la pena.

c. Riesgo menor: delito medio, posible de condena de ejecución condicional. Riesgo procesal menor. El imputado saca un pasaje sin permiso del tribunal (y sus variantes: local, para visitar a la tía; internacional para pasear). Varias de las medidas aplican (a, c, e, h).

d. Riesgo medio: delito conminado con pena media (3 a 5 años) y motivos para sospechar su intención de eludir. Sacó pasaje sin regreso.

e. Riesgo alto: delito grave y motivos para sospechar su intención de eludir. Aplicando todas en forma conjunta aún subsiste la posibilidad fuerte de elusión. No existe alternativa que despeje el riesgo. Probable prisión preventiva.

En España, según el informe citado, los jueces no confían, cuando el delito es grave, en la capacidad de estas alternativas para prevenir los riesgos procesales y extraprocesales. Cierto es que el control electrónico no está regulado allí (salvo para casos de violencia de género). Sí son proclives a aplicarlas, en conjunto o aisladamente (las más populares son la obligación de comparecer, el retiro del pasaporte y el pago de fianza). Pero el problema más serio (delitos graves).

6. Petición, audiencia, contradictorio y control

El art. 187 de la ley impone al peticionante de la medida, fiscal o acusador particular el deber de acreditar en audiencia oral que asegure los principios de contradicción, intermediación, publicidad y celeridad (art. 190) los siguientes extremos:

Que existen elementos de convicción suficientes para sostener la probabilidad de la existencia del hecho y la participación del imputado en él.

Justificar suficientemente con arreglo a las circunstancias del caso y a las personales del imputado, la presunción de que aquél no se someterá al procedimiento u obstaculizará la investigación, o la realización de un acto concreto del proceso.

Indicar el plazo de duración de la medida que estime necesario, según las circunstancias del caso.

El juez controlará la legalidad y razonabilidad del requerimiento y resolverá fundadamente.

El procedimiento está regulado en el art. 190. Se prevé la posibilidad de requerir a la Oficina de Medidas Alternativas un informe sobre las condiciones personales y circunstancias (no se dice de qué o cuales) que permitan discutir sobre la libertad del imputado en la audiencia.

El fiscal debe especificar el plazo de duración de la medida y el plazo estimado de la investigación penal preparatoria. Si fuere pedida por el querellante, debe exponer el plazo por el que la pide y los motivos.

Si el imputado está previamente detenido (flagrancia) la audiencia deberá efectuarse dentro de las 72 horas desde su detención.

El imputado tiene derecho a ser oído, con la asistencia e intervención de su defensor oportunidad en la que puede cuestionar lugar y demás condiciones de la prisión preventiva. Escuchará también al querellante si este pide intervención resolverá de inmediato el planteo.

El juez podrá convocar a una audiencia unilateral antes de tomar la decisión (con una de las partes...).

La decisión que imponga la cautelar debe individualizar al imputado, los hechos que se le atribuyen, su calificación legal, las circunstancias que dan fundamento a la medida y fijar le plazo por la que se establece.

Vencido el plazo, previa audiencia en la que se oirá a las partes el juez decidirá si corresponde o no su extensión.

Las partes pueden solicitar en cualquier momento la revisión de la medida con el mismo procedimiento.

La resolución que imponga, renueve o rechace la prisión preventiva o cualquier otra cautelar será revisable sin efecto suspensivo, dentro del plazo de 72 horas.

7. Límite temporal (art. 191)

La prisión preventiva cesa si:

a) El imputado pasó en prisión preventiva el tiempo pedido por el Fiscal; b) si hubiera agotado en esa situación el tiempo de la condena no firme que se le impuso; c) si hubiese pasado en prisión preventiva un tiempo que, de haber existido condena, le hubiere permitido pedir su libertad condicional o la libertad asistida.

En ninguno de estos supuestos puede imponerse nuevamente en ese proceso, sin perjuicio de las facultades para hacer comparecer al imputado a los actos necesarios del proceso o de la discusión de otras medidas de coerción (entiendo que no tengan que ver con la libertad ambulatoria... o que no tengan que ver con el encarcelamiento preventivo...).

8. Incumplimiento (art. 192)

El juez, por pedido del querellante o del MPF, podrá sustituir las medidas o añadir nuevas, sin perjuicio de ejecutar la caución dada. También podrá imponer la prisión preventiva si el incumplimiento persistente

hace presumir que no se someterá al procedimiento o continuara obstaculizándolo.

9. Revocación o sustitución (art. 193)

De oficio o a petición del imputado o su defensa, si los presupuestos en los que se hubiere fundado desaparecieron. En audiencia con las partes, en no más de 72 horas desde el pedido y revisada en 24 horas.

Condena a cumplir implica prisión preventiva o prisión domiciliaria (art. 274 bis)

Esta es una novedad que trae el Proyecto y que dará para la discusión. Se señala que el imputado ha sido condenado (aunque la condena no esté firme) por un tribunal. Su condición de inocente ya está seriamente en entredicho. Y el riesgo de fuga (en la medida de que ya existe una decisión judicial que decide que la pena de prisión es a cumplir) aumenta (si se justificaba el encarcelamiento cuando la pena en abstracto no permitiera la condicionalidad en su ejecución, mucho más ahora que la pena ha sido determinada y ya no tan provisionalmente). El imputado se mantendrá detenido durante todo el trámite de la impugnación. Esa decisión también será revisable.

III. Conclusiones

La ley y el Proyecto de modificación suponen un avance significativo en el tratamiento de esta problemática. Los estándares exigidos por los tribunales internacionales han sido evidentemente tomados en cuenta y considerados para su redacción. La cuestión más compleja (como sucede con la pena de prisión) la representa el hallazgo de alternativas para la prisión preventiva cuando de delitos graves, o de formas de acción especialmente violenta o perturbadora, se trata. Veremos cómo funciona la Oficina de Control de esas medidas, y, en especial, el control de medios electrónicos de vigilancia o seguimiento. Sería útil elaborar una dogmática de la cuantificación del riesgo procesal que dote a las decisiones judiciales de mayor previsibilidad. Asimismo, un seguimiento o informe periódico, sobre el tratamiento judicial de las cautelares (como el que se hizo en España) para evaluar resultados. Finalmente, el *tiempo* del proceso, sigue siendo la variable más crítica en todas las cuestiones procesales o penales que se discutan en nuestro país. El mayor desafío es reducirlo. ♦

PERSONA JURÍDICA. RESPONSABILIDAD PENAL

POR JUAN MARÍA RODRÍGUEZ ESTÉVEZ

Sumario: I. Algunos aportes para su fundamentación.- II. Algunas consideraciones del Proyecto.

I. Algunos aportes para su fundamentación

1. En el plano propio de la política criminal existe un importante consenso con relación a las tres razones principales que fundamentan la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En primer lugar, se afirma que no siempre es posible sancionar penalmente a las personas físicas que actúan en representación del ente ideal por los delitos cometidos en el ámbito de actividad de aquella. En segundo término, se sostiene que incluso de llegarse a esa sanción, ese reproche penal individual se presenta como una respuesta plausible pero insuficiente para la criminalidad empresaria. Por último, se asegura que alternativas orientadas a la sanción de la propia persona jurídica al margen del derecho penal y su sistema de enjuiciamiento (por ejemplo, el recurrir a sanciones propias del ámbito administrativo) no son adecuadas para la mayor parte de la criminalidad que se genera en la actividad del ente ideal.

2. En el plano judicial y académico la iniciativa de hacer responsables penalmente a las personas de existencia ideal ha sido tachada de inconstitucional (cfr. CSJN, "Fly Machine", 30/5/2006, Fallos: 329-1974 (2006), L.L. 206-D-523, voto del juez Zaffaroni), por cuanto, es preciso rebatir dicha crítica para legitimar la iniciativa de referencia.

En el plano del derecho positivo, la legislación aduanera ha sido el terreno más propicio donde se discutió —con cierta amplitud— la posibilidad

de hacer responder penalmente a las empresas por la comisión de estos delitos. Puede afirmarse que, en nuestro sistema legal, la discusión sobre la existencia o no de una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas reconduce a la legislación aduanera.

Dicho ámbito normativo posibilitó las más intensas discusiones en el ámbito judicial. En la actualidad, la disputa se ha orientado a decidir si los reparos dogmáticos para implementarla configuran un obstáculo constitucional insuperable o si, por el contrario, dicha discusión puede ser superada por el legislador recurriendo a criterios razonables de política legal ajenos al control judicial de conveniencia y oportunidad. El tema, en definitiva, refleja una delgada línea entre aquello que integra el legítimo control de constitucionalidad de las leyes, por una parte, y el límite mismo de la actuación de los jueces con fundamento en la división de poderes, por la otra.

Al respecto, se concluye que, en materia de definiciones dogmáticas complejas, en las cuales las decisiones no se presentan como una cuestión evidente y manifiesta, el legislador cuenta con un margen de libertad tal que él mismo puede definir la cuestión recurriendo a una y otra solución dogmática, sin que ello implique que la decisión de fondo escogida por el legislador pueda ser revisada por el Poder Judicial a través de su control de constitucionalidad difuso.

Desde el punto de vista constitucional, es preciso establecer si el estándar normativo de "hecho" previsto por el art. 18 de la Constitución Nacional —como presupuesto de la imposición de una pena— se encuentra exclusiva y excluyentemente ligado a la intervención de la persona humana, quedando excluido cualquier tipo de actuación de una persona de existencia ideal.

Si consideramos el término "hecho" en un sentido amplio, como realidad fáctica que modifica el mundo circundante y que, por ende, puede ser susceptible de ser asignado a un sujeto como centro normativo de imputación y no como una realidad viva y ontológica, no hay inconveniente en afirmar que determinado "hecho" puede pertenecerle a la empresa como propio y en consecuencia no habría agravio constitucional alguno.

Una vez definida como delictiva una determinada y taxativa realidad fáctica, la determinación de los sujetos destinatarios de la consecuencia jurídico-penal prevista para dicho suceso constituye materia de pura decisión legal, siendo muy discutible la existencia de un mandato constitucional que limite el término "hecho" al producto de una realidad exclusiva y excluyentemente humana.

3. Si bien es cierto que el Proyecto de referencia se trata de una legislación material; no lo es menos que debe pensarse íntegramente en su implementación procesal a través de la debida adaptación del CPPN para su implementación.

Teniendo en cuenta las consecuencias materialmente penales que se prevén para las personas jurídicas, resulta imprescindible asegurar, desde el inicio mismo del proceso de investigación penal, la participación útil de esta en el juicio, para garantizar su defensa material.

Debe trasladarse a la empresa el estándar procesal de sindicado en la comisión de un delito a los fines de poder tener acceso material a la investigación, obtener copias de las actuaciones, y ejercer con utilidad los derechos que prevén —por ejemplo a nivel nacional— los arts. 72 y 279 del CPPN. En otros términos, debe garantizarse a la entidad ideal el libre acceso al expediente y el contralor de la investigación.

Los problemas procesales que plantea la participación útil de la persona jurídica en el proceso penal abarcan desde los requisitos de validez de la notificación de la existencia de la causa cursada a la persona jurídica, hasta la determinación de quién será el sujeto individual legitimado para representarla en el proceso.

En un esquema de imputación directo hacia la empresa, su defensa deberá ser garantizada por la intervención de los órganos legítimamente constituidos durante el curso mismo de la investigación, puesto que ya no se trata de establecer responsabilidades penales individuales, sino aquellas estrictamente corporativas. Si la declaración indagatoria se entiende como un primer acto material de defensa en juicio, a ella deberá concurrir —en representación de la empresa— el órgano societario de representación legítimamente constituido en el momento mismo de concretarse dicho acto procesal o un apoderado especialmente designado a tales efectos.

4. A los fines de la implementación concreta del sistema de penas previstos para las empresas, el análisis económico del delito se enmarca dentro de la función de prevención general positiva de aquellas, y puede ser muy útil para entender ciertas cuestiones relacionadas con la criminalidad de la empresa, donde se impone la necesidad de enfocar al autor de un delito empresario no ya como un individuo marginal, sino más bien como un auténtico *homo economicus* que se maneja predominantemente con parámetros utilitarios de costo-beneficio.

Desde el análisis económico del delito se afirmará que cuanto más elevado sea el precio a pagar por delinquir, menor será el número de delitos

que se deseará cometer, cuestión que conecta directamente con la discusión, propia del derecho penal, vinculada al carácter disuasivo del castigo. Si la probabilidad de condena se interpreta como efecto disuasivo, el eficaz funcionamiento del sistema judicial será decisivo a la hora de evaluar las respuestas del Estado frente a la criminalidad económica.

II. Algunas consideraciones del Proyecto

Con relación al texto del Proyecto corresponde hacer las siguientes manifestaciones:

1. Si bien es cierto que se trata de una iniciativa vinculada con los delitos contra la administración pública; no lo es menos que una adecuada respuesta al problema que enfrenta el derecho penal en la actualidad lleva necesariamente a la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no sólo para los delitos contra la administración pública, sino también para otro tipo de injustos penales que ponen en riesgo los bienes jurídicos de los ciudadanos y las expectativas de confianza en diversas normas de carácter penal.

Esto puede aplicarse tanto para los fenómenos de accidentes evitables en medios públicos de transporte, tales como aviones y ferrocarriles, como también para aquellos delitos contra el orden económico y financiero que no necesariamente implican un perjuicio para la administración pública y exceden aquello que es conocido como la corrupción pública.

La responsabilidad penal de las empresas excede la mera discusión de su implementación en el ámbito estrictamente económico. Tradicionalmente, se ha afirmado que la posibilidad de aplicar sanciones penales a la empresa requeriría que la corporación empresaria hubiera obtenido un beneficio patrimonial a raíz de la comisión del delito. Esta afirmación, limitada a la esfera del derecho penal económico, deja fuera un considerable grupo de casos que integran un panorama más amplio de la realidad, superador de un modelo de derecho penal empresario anclado en parámetros patrimoniales.

En este orden de ideas, la limitación que postula el art. 3, pto. 2, a partir de una perspectiva estrictamente económica para la empresa, deja fuera de lado supuestos de delitos cometidos por sus funcionarios que la corporación, si bien no obtuvo un beneficio económico, relajó sus controles internos de prevención de ilícitos y por su defecto de organización puede también, ser merecedora de un reproche penal.

En este sentido, con relación al criterio para asignar responsabilidad penal a la persona jurídica, se advierte que el Proyecto limita, pura y exclusivamente, como criterio de imputación para la entidad, los delitos que hubiesen

sido realizados en su nombre, representación, o interés, cometidos por sus representantes.

Al respecto, es importante señalar que los delitos contra la administración pública pueden haber sido cometidos por estos directivos y no siempre generar responsabilidad penal para la entidad, la cual solamente debería ser prevista para cuando, además de la comisión en beneficio o interés de la persona jurídica, se acredite contra ésta, que ello pudo lograrse mediante la inobservancia de los deberes de diligencia y cuidado propios de la empresa. Esta cuestión permite introducir en la legislación positiva a implementarse, la figura del oficial de cumplimiento, conocido como *compliance* en el mundo anglosajón, y que de alguna manera viene a ser la figura a la cual se está recurriendo en países de la región como Chile, y también en Europa —España e Italia— para colocarlos en una posición de garante en la evitación de conductas delictivas dentro de la corporación empresaria por fraudes en connivencia con la administración pública.

Debería buscarse la manera de introducir en este Proyecto —de modo claro y expreso— la necesidad de contar las empresas con oficiales de cumplimiento y que la infracción de los deberes de aquellos, sumada a la intervención de sus representantes que genere responsabilidad penal, no sea sólo el resultado del autor individual, sino también la consecuencia de falta de organización debida sobre el riesgo empresaria por parte de la persona jurídica.

En el Proyecto que se analiza solo se advierte la imputación a la persona jurídica por el hecho realizado en su nombre y representación, y se deja afuera aquellos casos que también podrían haberse vistos facilitados por la inobservancia de los deberes de cuidado por parte del empresario a cargo del riesgo penal corporativo.

Es decir, a la par de la determinación de que el hecho se ha cometido en beneficio o con la intervención y en nombre de la persona jurídica, será preciso acreditar que se hubiera violado por parte de la entidad empresaria un deber de contralor que posibilite la comisión del delito.

Esto puede asegurarse en el Proyecto con una cláusula que limite la responsabilidad penal de las empresas cuando:

- a) El órgano dirigente ha adoptado y actuado eficazmente, previo a la comisión del hecho, un modelo de organización y de gestión idóneo para prevenir el delito de la especie del que se ha verificado.
- b) El compromiso de vigilar el funcionamiento y la observancia del modelo y su actualización ha estado confiada a un organismo del ente dotado de poder autónomo, de iniciativa y de control.

c) La persona ha cometido el delito eludiendo fraudulentamente el modelo de organización y gestión.

2. La violación a un deber de control debe ser considerarla un verdadero criterio de imputación para la persona jurídica, de manera de legitimar la imposición de la pena a esta, cuando los hechos delictivos hubieren sido realizados en nombre, con la intervención o en beneficio de aquella y por omisión de los deberes de control y vigilancia sobre los autores individuales.

Es decir, se exige que, además de requerirse que el hecho hubiere sido realizado en nombre, con la ayuda o en beneficio de la persona jurídica o con recursos facilitados por esta, el delito hubiere sido posible por el incumplimiento de las reglas internas de procedimiento y la falta de control y vigilancia de la persona jurídica sobre el comportamiento de sus órganos.

Se propone aquí la posibilidad de recategorizar un tradicional estándar de graduación de la sanción para convertirlo en un verdadero supuesto de responsabilidad penal por el hecho propio de la persona jurídica, para asegurar, de esta forma, el principio de culpabilidad para la entidad empresaria.

3. A los fines de establecer el modo en que se establecerá la falta organizacional de la persona jurídica para generar su responsabilidad penal por incumplimiento de los deberes de supervisión y vigilancia, ha cobrado relevancia en los últimos años la designación, dentro de la empresa, de personas individuales que intervienen en una suerte de delegación, en los particulares, de la función estatal de prevención de delitos a través del surgimiento de exigencias legales que obligan a las empresas a contar con oficiales privados de cumplimiento de mandatos legales públicos.

Este oficial de cumplimiento asumirá las tareas concretas e individuales de garante, cuyo rol específico y ámbito de competencia generará las expectativas normativas de aseguramiento de una fuente de peligro. En este nuevo sujeto penal empresario podrá materializarse la falencia empresaria en el control y vigilancia de la actividad, de modo que su omisión y falta de contralor personal permitirá generar una responsabilidad penal institucional de la persona jurídica por hecho propio.

La reciente sanción de la ley 20.393, que en Chile ha instaurado la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho, pueden ser un marco interesante de referencia para este Proyecto.

Las empresas serán responsables de los delitos antes mencionados que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales,

representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

Bajo los mismos presupuestos serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales, indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.

Las empresas podrán adoptar el modelo de prevención a que allí se hace referencia, el que deberá contener a lo menos los siguientes elementos:

a. Designación de un encargado de prevención. El encargado de prevención deberá contar con autonomía respecto de la Administración de la Persona Jurídica, de sus dueños, de sus socios, de sus accionistas o de sus controladores.

b. Definición de medios y facultades del encargado de prevención. La Administración de la Persona Jurídica deberá proveer al encargado de prevención los medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, entre los que se considerarán al menos:

Los recursos y medios materiales necesarios para realizar adecuadamente sus labores, en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica.

Acceso directo a la Administración de la Persona Jurídica para informarla oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar a lo menos semestralmente.

Por ello, se propone agregar a la iniciativa legislativa el establecimiento específico de un sistema de prevención de los delitos.

El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer un sistema de prevención de los delitos para la persona jurídica, que deberá contemplar a lo menos lo siguiente:

a) La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos.

b) El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos.

c) La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados.

d) La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniaras en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos.

Estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos que la persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores. Esta normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos de la misma.

5. Por estas consideraciones, es correcto el Proyecto cuando establece que la responsabilidad de la persona jurídica será autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales. Aquí se propone que también podrá perseguirse dicha responsabilidad cuando, habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos específicos, no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas con capacidad de decisión y que fallaron los deberes de autocontrol empresarial.

En este orden de ideas, si en el artículo 8 del Proyecto se establece que la persona jurídica será condenada con independencia de la identificación del autor individual, se propone que para evitar un supuesto de responsabilidad objetiva, introducir aquí una cláusula tal como: "siempre que el hecho delictivo se hubiese comprobado y el mismo hubiera sido posible por la inobservancia de los deberes de autoprotección empresarial exigidos a la entidad".

6. Con relación a las atenuantes, el sistema chileno establece que las circunstancias atenuantes de la pena se aplica cuando la persona jurídica colabora cuando, en cualquier estado de la investigación o del procedimiento

judicial, sus representantes legales hayan puesto, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, el hecho punible en conocimiento de las autoridades o aportado antecedentes para establecer los hechos investigados. También por la adopción por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación.

7. En los Estados Unidos, siguiendo su política de reformas, en el año 2010 la United States Sentencing Commission realizó algunas modificaciones a su político criminal empresarial, abarcando temas como el comportamiento empresarial una vez descubierto el delito, el involucramiento de los directivos en el ilícito y la implementación de un sistema preventivo como sanción.

Previo a la reciente reforma, el involucramiento de los directivos en el delito excluía de cualquier tipo de atenuación sancionatoria a la empresa al presumirse de ese modo la ineficacia del programa de cumplimiento, independientemente de su calidad o de su apropiada implementación. La enmienda del año 2010 deja sin efecto ese parámetro y asume la aplicación de la atenuación de la pena incluso cuando sean los propios directivos quienes participen en el ilícito, siempre y cuando: i) el encargado del área de cumplimiento haya podido informar directamente a la dirección empresarial; ii) sea el programa de cumplimiento de la empresa, antes que un externo, el que haya posibilitado el descubrimiento de la conducta ilícita; iii) la propia empresa haya reportado el hecho inmediatamente a las autoridades competentes; y iv) ningún empleado del área de cumplimiento esté vinculado de alguna manera al hecho delictivo.

A más tardar, desde el fracaso de los programas de cumplimiento de grandes corporaciones como Enron y WorldCom, provocado, entre otros motivos, por la negativa de los directivos responsables a atender las reiteradas denuncias y advertencias de los trabajadores de la comisión de conductas ilícitas dentro de esas organizaciones, se impuso a las empresas la obligación de instalar un sistema de denuncias internas —*whistleblowing*— apropiado para recibir denuncias tanto de los propios empleados como de terceros, debiendo velar por su anonimidad y confidencialidad como mecanismos protectores ante eventuales represalias por parte de los empleados.

Independientemente de la forma en que la empresa obtenga información relacionada a eventuales irregularidades o a conductas potencialmente infractoras, se deben tomar las medidas necesarias para su esclarecimiento, en tanto concurren los indicios suficientes que la justifiquen. Pese a que no existe la obligación legal de incorporar este procedimiento, conocido en el derecho estadounidense como *internal investigation*, la

doctrina de la graduación de la pena establece una reducción considerable de la sanción si la empresa demuestra una amplia cooperación con las autoridades persecutoras y adopta, al mismo tiempo, las medidas necesarias para superar los defectos de organización *ex post*.

8. Otro orden normativo en los EE.UU. de vital interés para esta cuestión lo constituyen las Sentencing Guidelines, Chapter 8 —Sentencing of organizations—.

El capítulo 8 del Manual de reglas seguida por las Cortes en los Estados Unidos al momento de dictar sentencia versa sobre las personas jurídicas u organizaciones.

El tribunal debe exigir a la persona jurídica que enmiende el mal causado por la ofensa.

Si la persona jurídica operaba principalmente con fines criminales o funcionaba por recursos obtenidos por actividad ilegal, la multa debe ser puesta lo suficientemente alto a fin de despojar a la organización de todos sus acciones/valores.

El monto de la multa para las demás personas jurídicas debe basarse en la seriedad de la ofensa cometida y la culpabilidad de la PJ. La seriedad de la ofensa se establece en base a la ganancia pecuniaria obtenida.

Generalmente, la culpabilidad se determina mediante 6 factores que deben ser considerados por el tribunal al momento de condenar:

- Los primero 4 agravan la pena:

i. tolerancia o involucramiento en la actividad ilícita; ii. el historial de la PJ; iii. violación a un deber, iv. obstrucción de la justicia.

- Los últimos 2 atenúan la pena:

v. la existencia de cumplimiento efectivo y programa de ética; vi. auto-denuncia, cooperación o aceptación de responsabilidad.

Asimismo, se prevé una suerte de suspensión del proceso sujeto a las siguientes condiciones: a) que la organización desarrolle y entregue al juzgado un *effective compliance* y un programa de ética; b) una vez que el programa antedicho sea aprobado por el juzgado, la organización notificará a sus empleados y socios de la actividad ilícita cometida y del programa aprobado por el juzgado; c) se exige la reparación del perjuicio sufrido.

9. Con relación al destino de las multas, parece saludable que las mismas no ingresen a la PGN para evitar la selectividad en la persecución

penal. Por otra parte, no puede dejar de mencionarse que dicho órgano deberá instrumentar a través de instrucciones generales una adecuada manera de encarar la persecución penal y el programa de colaboración eficaz de modo previo a su puesta en marcha, sin perjuicio de sus posteriores mejoras, con la finalidad de evitar la improvisación en su futura implementación.

10. Tal como puede apreciarse, la iniciativa es un paso importante en la lucha contra la criminalidad corporativa, focalizada en la participación empresarial con la corrupción pública. Sin perjuicio de ello, no puede dejar de mencionarse que en el ámbito del derecho penal comparado, los Estados Unidos se encuentran en un proceso de rediseño de su política criminal aplicada, ya que se ha comprobado que el avance contra las corporaciones en sede penal, no ha ido acompañado de una adecuada persecución penal individual contra las personas físicas responsables de tal accionar. ♦

PENAS SUAVES PERO DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO

POR MARCO ANTONIO TERRAGNI

Sumario: I. Introducción.- II. El sistema penal argentino: teoría y práctica.- III. Distribución de atribuciones entre el Estado federal y los Estados particulares.- IV. Derecho penal de fondo y derecho procesal penal.- V. Delitos y contravenciones.- VI. Juicio por jurados.- VII. El sistema penal argentino: situación actual. Impunidad ¿real o imaginada? - VIII. Mi propuesta.

I. Introducción

La frase del título pertenece a Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, y él imaginó que ese ideal se transformaría en realidad. Pasaron 252 años desde que apareció en su "Ensayo sobre los delitos y las penas" pero aún sigue ocurriendo lo contrario: las penas son duras y rara vez se cumplen efectivamente en la República Argentina.

Para estimar que las penas son duras es suficiente leer el Código Penal: no solamente las hay privativas de la libertad perpetuas, sino que alguien puede pasar gran parte de su vida —e incluso morir por edad avanzada— en la cárcel.

Para demostrar que el cumplimiento de la pena no es efectivo es suficiente leer los Códigos de Procedimientos Penales, el Código Penal y la Ley de Ejecución Penal, y advertir que existen infinidad de mecanismos que permiten eludir el cumplimiento total y aun parcial de la pena; tanto que el Código Penal debería decir: "Regla: Será reprimido con prisión de tantos a cuantos años quien hiciere tal cosa, con las siguientes excepciones:..." y aquí habría una lista interminable de posibilidades de que los

años de prisión previstos por la regla no sean —a veces— ni siquiera días. A tal cosa habilitan, v. gr., los códigos de procedimientos con la recepción de los criterios de oportunidad, el Código Penal con la condena de ejecución condicional, la Ley de Ejecución Penal con sus reglas acerca del período de prueba, etc.

II. El sistema penal argentino: teoría y práctica

Coloco este subtítulo entendiendo por *teoría* lo que dicen las leyes y por *práctica*, lo que ocurre en la realidad: no hay coincidencia entre ambas.

III. Distribución de atribuciones entre el Estado federal y los Estados particulares

Si bien la Constitución nacional dice que nuestro país adopta para su gobierno la forma federal, el Estado no es enteramente federal sino que contiene varias características del régimen unitario. Esa mezcla se ha producido por razones históricas y fue aceptada en 1853 como la más conveniente. Es suficiente indagar sobre el pensamiento de Alberdi de aquella época para conocer las razones.

En cuanto al sistema penal, la dualidad se manifiesta en que corresponde al Congreso de la Nación dictar el Código Penal y, casi siempre se ha entendido, que entre las atribuciones que las Provincias se reservaron está la de dictar las reglas de procedimiento y los Códigos de Faltas.

IV. Derecho penal y derecho procesal penal

"Dogmática es el estudio del derecho positivo vigente sobre bases científicas" nos decía en sus clases Don Luis Jiménez de Asúa. El dogma es la ley y a partir del texto de ella se construye la ciencia. Como consecuencia de aquella distribución de atribuciones, el derecho penal se basa en el Código de fondo y el derecho procesal penal en los respectivos Códigos de forma. El ideal sería la armonía entre ambos, ya que la separación no puede ser tajante, como que el primero contiene reglas de procedimiento y los segundos normas que complementan el derecho material.

V. Delitos y contravenciones

Lo propio ocurre entre delitos y contravenciones. La diferencia tendría que ser cualitativa pero en la realidad es meramente cuantitativa, como que en reiteradas oportunidades la Nación escamoteó a los Estados particulares la potestad de legislar sobre algunas infracciones, con el simple artilugio de incorporarlas al Código Penal. Sin embargo, tiene importancia que la diferencia se asiente en orden a la entidad de la sanción.

VI. Juicio por jurados

Algo sorprendente ocurre con esta institución: la Constitución de 1853/60 dispone que una ley lo instaurará y que así se resolverán los procesos penales. Con lo cual, aquello de que a los Estados particulares les corresponde dictar los Códigos de Procedimientos Penales queda desvirtuado por aquella regla: si una ley nacional instituyese el juicio por jurados, los Estados locales deberían acatarla y dejar de lado sus propias reglas. Pero ocurre que algunas provincias ya han incorporado ese sistema por iniciativa propia. Para colmo de confusión, manifestando apoyarse en la Constitución nacional lo utilizan sólo para juzgar los delitos graves, con lo cual reconocen que el proceso común, para el resto, es inconstitucional.

VII. El sistema penal argentino: situación actual

Es caótica. Los Códigos de Procedimientos incorporaron reglas que contradecían las del Código Penal y éste procuró adaptarse a aquéllas, no obstante que la lógica indicaba seguir el camino inverso. Permanentemente son presentados proyectos de reforma al primero los que, por lo general, no se respaldan en las tradiciones argentinas (en el caso, la inserción en el derecho continental europeo) sino en antecedentes que provienen de los Estados Unidos de América. Hay jurisdicciones en las cuales la idea del *debido proceso legal* ha sido reemplazada por la negociación entre las partes y la presencia del juez como un convidado de piedra.

Entretanto la sociedad se rebela pues, aunque se anuncian condenas rápidas para algunos delitos graves, los leves permanecen impunes y las víctimas no ven que se haga justicia.

VIII. Mi propuesta

En un momento pensé que los que ahora figuran en el Código Penal como delitos con penas de prisión leves podrían pasar a ser sancionados como contravenciones. Pero constituiría un procedimiento complicado porque, aparte de enfrentar las tradiciones interpretativas a las que antes hice mención, requeriría la adhesión del Estado federal y de todos los Estados provinciales y el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por eso ahora estimo que la solución sería que los delitos que ahora están reprimidos con pena privativa de la libertad de poca duración pasen a ser sancionados por el Código Penal con arresto efectivo; de determinada cantidad de días dependiendo de la magnitud del injusto y de la culpabilidad.

La pena de arresto figuraba en los antecedentes argentinos, pero se la dejó de lado porque consistía en el encierro del condenado sin obligación de trabajo. Moreno sostuvo en su momento: "La supresión de la misma

ha sido perfectamente lógica, de acuerdo con las ideas modernas. No hay nada que fomente más la perversión, dentro de los establecimientos carcelarios, que la ociosidad de los reclusos, habiéndolo demostrado así experiencias y observaciones de toda clase" (1). Esa crítica no se extendería a mi propuesta, pues pienso en un arresto no superior a los quince días; los necesarios como para que el infractor sienta que la sociedad ha reaccionado ante su ofensa y lo mismo advierta la víctima.

Sería de esperar que de esa manera, y para tales delitos leves, se cumpla el axioma de Beccaria en el sentido que *el mejor sistema penal es el que tiene penas suaves pero de cumplimiento efectivo*. ♦

LA MUTABILIDAD DE LA LEY PENAL

POR FÉLIX ADOLFO LAMAS (H.)

Sumario: I. La crisis de validez y vigencia de la ley penal.- II. Estabilidad y mutabilidad.- III. Roxin y la política criminal como fundamento de cambio.- IV. Suárez y la estabilidad de la ley penal.- V. Conclusiones. Principio de legalidad y función pedagógica de la ley penal.

I. La crisis de validez y vigencia de la ley penal

"Cuando las enfermedades se hallan en pleno desarrollo, no debe proveerse ningún movimiento, ni nada debe solicitarse [...]. En estas circunstancias es esencial el más absoluto reposo" (1), enseñaba Hipócrates de Cos, el padre de la medicina occidental.

Es sabido que el término crisis (2), tan usado en la actualidad en su sentido negativo —aunque superador—, tiene su origen conceptual en la medicina, en la obra de este médico filósofo, quien asoció al término original —que implicaba un juicio de discernimiento— un momento de desarrollo de la enfermedad, que daba a los observadores una posibilidad de diagnóstico y posterior cambio (3).

Así, hoy hablamos, por ejemplo, de cualquier crisis social y pensamos, inmediatamente, en un momento histórico concreto, actual o pasado, que aparece difícil y perturbador; que conmociona los pilares tradicionales,

(1) HIPÓCRATES, "Aforismos", Ed. Schapire, Bs. As. 1945, XX, p. 55.

(2) El término griego *Krísis*, κρίσις, proviene del verbo *krínō*, κρίνω. Cfr. P. Chantraine, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque - Histoire de mots*, París, Klincksieck, 1968.

(3) Cfr. E. LITTRE, "Colección Completa de las Obras del grande Hipócrates". Imprenta De Pita, Madrid, 1843, Tomo III, p. 335.

(1) MORENO, Rodolfo (h.), "El Código Penal y sus antecedentes", t. II, Tommasi, Buenos Aires, 1922, p. 7.

"que deshace un estado de cosas vigente" (4), pero, a su vez, permite una reflexión y un pronóstico.

Por ello, se asocia, en nuestra época contemporánea, el fenómeno de crisis a la oportunidad, al cambio, al crecimiento. Por la misma causa, aunque hoy constituye un lugar común reconocer una crisis social global y, específicamente, una crisis en el ámbito de la ley, existen, en Argentina y el mundo, corrientes renovadoras legislativas que vienen a reemplazar viejas instituciones por nuevas soluciones.

En el mismo sentido, y aproximándonos ahora al objeto de este trabajo, en el derecho penal, un prestigioso jurista italiano plantea una "incógnita sobre la legitimación política de la intervención penal y sobre el fundamento conceptual de la pena" (5), que desde el Estado se resuelve, "de facto, quizás sin una reflexión adecuada", confiando a los "fiscales públicos y a la autoridad judicial la tarea de preparar y aplicar las líneas directrices del prevenciónismo penal. Sucumbe en este nuevo modelo la ley, tanto en el plano procesal, con la caída del principio de la obligatoriedad de la acción penal, como en el plano sustantivo, con la desaparición de la reserva de ley y la prohibición de la analogía" (6).

En otras palabras, la crisis social occidental presenta hoy un fuerte correlato en el mundo del derecho y, concretamente, en el ámbito de la ley penal. Los pueblos, sacudidos por olas de crímenes muchas veces impunes, cuestionan el uso de la autoridad sancionadora del Estado y la legitimidad del poder de imperio de la ley.

La reacción estatal se suele dar, por rápida conmoción, en el cambio de las normas. Primero, suelen mutar las procesales, asignando mayor protagonismo y discrecionalidad, como señala el Prof. Ronco, no sólo a los jueces sino a los fiscales públicos. El paso siguiente, comúnmente, se traduce en la modificación de las leyes de fondo —v. gr. por añadidura o disminución de delitos o penas (7)—, conforme los criterios imperantes de la política criminal del poder de turno (8).

(4) LAMAS, F. A., "Tradicición, tradiciones y tradicionalismos". En Tradicao, Revolucao e Pos - Modernidade, Ed. Millennium, Brasil, 2001.

(5) RONCO, M., "El Estado, la ley y el Derecho penal". XVIII Jornadas: La ley y el Estado. UCA-UCALP - 2015. Publicada en www.viadialectica.com. Instituto de Estudios Filosóficos "Santo Tomás de Aquino", 2016, p. 13.

(6) RONCO, M., "El Estado, la ley y el Derecho penal", p. 14.

(7) Cfr. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, "Tratado de Derecho Penal". Tomo II. Ed. Losada, Bs. As., 1992, p. 606.

(8) Cfr. SCHÜNEMANN, B., "La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal", Conferencia pronunciada el día 10 de abril de 1991 en la Facultad de Derecho de la U.C.M. Trad. y Ed. Cuadernillos Universidad Complutense, Madrid, 1991.

Así, en el derecho penal, contrariamente a lo que postula Hipócrates para la medicina, la crisis de validez y vigencia normativas se resuelve, en la actualidad, con el cambio apresurado de la ley.

II. Estabilidad y mutabilidad

El primer escollo, entonces, que se le plantea, ante la crisis, a quienes piensan el derecho guarda relación con una aporía o tensión problemática entre dos conceptos: la estabilidad y la mutabilidad.

El pensamiento clásico ve en la constitución de cualquier ciudad la necesidad de que sea posible la previsión de la conducta del otro. Esa previsión es la que posibilita la tranquilidad común, el intercambio de bienes y la permanencia de las instituciones del Estado.

De la misma forma que un niño cuando juega necesita saber a qué atenerse, necesita tener un límite claro para desarrollar su conducta y poder prever la conducta del otro (9), el ciudadano necesita conocer el marco de su actuación y el de los demás, para conservar la vida pacífica (10).

Dicho de otra forma, "la vida social, como vida convivida, es decir como un hacer u obrar en común, requiere una estabilidad especial [...]. Esa expectación, característica de la vida social, supone una previsión, no sólo del propio acontecer sino también del ajeno [...] supone, además, un cierto acuerdo colectivo acerca de los intereses o fines comunes para la vida; esto último, a su vez, implica una cierta estabilidad en las estimaciones y, en general, en un marco o firmamento de creencias colectivas en torno de las cuales puede programarse la vida en común" (11).

Vemos, entonces, que es imprescindible, cuando pensamos en cualquier grupo social, que exista una cierta estabilidad jurídica. Específicamente, una estabilidad normativa; un modelo de previsión de la conducta del otro.

No obstante lo anterior, también es cierto que "la vida humana es mutable, porque ella misma es una cierta mutación; el hombre es biológica y psíquicamente mutable; el tiempo afecta su vida y su perspectiva frente a ella" (12).

(9) Cfr. PLATÓN, "Las leyes". Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, 794 A.

(10) W. JAEGER, "Paideia: los ideales de la cultura griega", Ed. Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1967, p. 1064.

(11) LAMAS, F. A., "La Experiencia Jurídica". Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, Buenos Aires, 1991, p. 416.

(12) LAMAS, F. A., "Percepción e inteligencia jurídicas. Los principios y los límites de la Dialéctica", en F. Lamas (ed.), Los principios y el Derecho Natural en la Metodología de las Ciencias Prácticas, EDUCA, Bs. As., 2002, p. 31.

Por otro lado, si el hombre cambia; la sociedad, necesariamente, cambia. Si la sociedad cambia, necesariamente, el derecho, debe cambiar. Ni el derecho, ni la ley, que es su modelo, pueden escapar al cambio del hombre (13).

Así, en cada rincón del planeta son distintos, año a año, los modos de producción, de comercialización, de residencia del hombre. Son disímiles las circunstancias. Son diferentes, también, las modalidades delictivas.

Pareciera, entonces, que la ley debe cambiar. Y, concretamente, que la ley penal debe ser modificada, atendiendo a las nuevas formas y circunstancias de vida del hombre.

¿Cuál es el límite; cuál es la medida del cambio? ¿Es cierto, como dice Platón, que todo cambio legislativo es muy peligroso y la ley debe cambiarse sólo en casos excepcionales y por personas sabias y ancianas (14)? ¿Es aplicable su consejo a la ley penal?

Para reflexionar sobre esta aporía, resulta interesante considerar el pensamiento actual del Profesor Claus Roxin, quien revolucionó, como veremos, el concepto de Política Criminal y aboga, a grandes rasgos, por la adaptación inmediata del derecho penal a las necesidades históricas concretas.

Por otro lado, como tópico dialéctico contrario, realizaré una breve mirada sobre el pensamiento de un filósofo del siglo XVI, bisagra entre el pensamiento clásico y moderno, quien postula, según entiendo, la necesaria estabilidad de la ley penal para la paz de la sociedad.

III. Roxin y la política criminal como fundamento de cambio

A diferencia de lo que suele estimar la doctrina, según Jiménez de Asúa, el nombre "política criminal" tuvo su origen y primer desarrollo mucho antes de Henke, ya que éste publicó su obra en 1823 y el término se usó antes en Feuerbach (1799) y Kleinschrod (1794) (15).

Sea como fuere, se hacía referencia a esta noción, como un saber político auxiliar a la ciencia del derecho penal (16), quizás desde el marqués de

(13) LAMAS, F. A. (h.), "El cambio en la ley penal". II Congreso Sertanejo de Direito. Universidad FIS, Brasil, PE, 28 de octubre de 2015.

(14) Cfr. PLATÓN, "Las leyes". VII, 797 D y VIII, 846 C.

(15) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., "Tratado de Derecho Penal". Tomo I. Ed. Losada, Bs. As., 1992, p. 171.

(16) Cfr. ROXIN, C., "La evolución de la Política criminal", el Derecho Penal y el Proceso Penal. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

Beccaría (17) y se utilizaban sus tópicos teóricos para una "revisión crítica de las leyes punitivas, apoyándose en los principios fundamentales de la penalidad para promover su reforma" (18).

Es decir, el concepto de política criminal, incluso antes de Roxin, nace asociado a la reforma de la ley y al devenir político de un Estado, aunque los límites científicos de cada área estaban perfectamente delimitados (19).

Así, Kleinschrod la define como "conocimiento de aquellos medios que el legislador puede hallar, según la especial disposición de cada Estado, para impedir los delitos y proteger el Derecho natural de sus súbditos" (20); Feuerbach como "sapiencia del Estado legiferante" (21) y Thomsen como "derecho de lucha contra el delito" (22).

Por su parte, Von Liszt, considerado por la dogmática alemana contemporánea como padre del positivismo penal, entiende a la política criminal como saber autónomo, con contenido sistemático propio, y auxiliar del derecho penal, que debe ser utilizado por el Estado para la lucha contra el crimen y las formas que éste adopte en un momento histórico determinado, en un ámbito geográfico dado (23).

No obstante, centraré el análisis en Claus Roxin, y, más específicamente en su libro *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal* (24) —publicado por primera vez en 1970— porque es él, desde esa obra, quien desdibuja los límites de ambos saberes, cuando forma una estructura homogénea y móvil y crea una escuela de pensamiento con gran vigencia en el ámbito académico actual.

En efecto, el académico de la Universidad de Göttingen resuelve el tema del derecho penal y el cambio con la renovación del concepto en análisis. Entiende, a grandes rasgos, que la ciencia clásica del derecho penal y el positivismo o causalismo planteaban un derecho penal estático, quieto y

(17) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., "Tratado de Derecho Penal", p. 171.

(18) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., "Tratado de Derecho Penal", p. 172.

(19) Cfr. ROXIN, C., "Política Criminal y Sistema de Derecho Penal". Ed. Hammurabi. José Luis Depalma. Bs. As., 2002 y G. JACOBS, "Estudios de Derecho Denal". Ed. UAM-Civitas, Madrid, 1997.

(20) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., "Tratado de Derecho Penal", p. 172.

(21) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., "Tratado de Derecho Penal", p. 173.

(22) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., "Tratado de Derecho Penal", p. 172.

(23) Cfr. VON LISZT, F., "La idea de fin en el derecho penal", Prólogo y e. prel. de M. Rivacoba y Rivacoba, Ed. U.A.M., México, 1994, p. 13 y L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, p. 172 y ss.

(24) Ed. Hammurabi. José Luis Depalma. Bs. As., 2002.

cerrado. Un sistema deductivo y sistemático, impasible ante los cambios de la sociedad.

Por el contrario, él propone la apertura del derecho penal a la política criminal. Sugiere comenzar a ver al derecho penal como una ciencia jurídica, sí, pero también como una ciencia social. Plantea que la política criminal sea quien determine prioridades y bienes jurídicos. Propone que el derecho penal cambie con la historia, para adaptarse a las nuevas formas de delito, por un lado, y a los nuevos intereses, por el otro (25).

Así, considera que se da una inyección de valor al derecho penal. Una valoración que viene desde arriba; desde los intereses y fines de la sociedad. Pero también desde abajo, desde el conocimiento empírico y actual del comportamiento criminal.

En este sistema, la ley penal cambiará constantemente y se adaptará a cada nuevo cambio en la sociedad. Podrá perseguir los nuevos delitos de una forma moderna, por un lado y podrá seguir las prioridades políticas del momento con el cambio de la ley.

En el inicio de su razonamiento, afirma que para el positivismo jurídico de principios de siglo la única tarea del jurista consistía en interpretar el derecho positivo y desarrollarlo en un sistema cerrado, conforme a principios lógicos deductivos, los preceptos concretos de la ley, subiendo hasta los últimos principios y conceptos fundamentales.

Por ello, sostiene que el sistema, en el positivismo de Von Liszt y de Feuerbach, que es el que se impuso en todos los manuales de comienzos de siglo y en todos los códigos penales europeos y americanos, era puro. No había lugar ni para la criminología ni para la política criminal (26).

La única concesión valorativa del sistema, según Roxin, estaba dada por la teoría de los bienes jurídicos protegidos, pero esa valoración era previa a la formación de la ley. Esa valoración de los bienes jurídicos no debía inmiscuirse en el proceso de interpretación. El bien jurídico sólo operaba como referente para el legislador (27).

(25) Cfr. ROXIN, C., "La evolución de la Política criminal", el Derecho Penal y el Proceso Penal y Política Criminal y Sistema de Derecho Penal.

(26) Cfr. ROXIN, C., "Política Criminal y Sistema de Derecho Penal", ps. 31 y 32.

(27) Cfr. SCHÜNEMANN, B., "La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal", C. ROXIN, "Política Criminal y estructura del delito (elementos del delito en base a la Política Criminal)". Ed. S.A. P.P.U., Barcelona, 1992 y ROXIN, "Política Criminal y Sistema de Derecho Penal", p. 53.

Así, considera que para el positivismo, el intérprete, por su lado, sólo debía analizar la existencia de una acción, para luego ver si esa acción podía subsumirse en uno de los tipos establecidos por la ley. Luego, debía ver si esa conducta en cuestión estaba permitida de algún modo por el derecho y luego, si lo anterior era positivo, debía analizar la intención, negligencia o imprudencia del delincuente, manifestada en actos exteriores y unívocos.

Según el mismo pensador, el finalismo de Welzel sólo cambió el análisis dogmático, con sus diferencias en la teoría de la acción y la incorporación del aspecto subjetivo al tipo, pero no abrió el sistema a las ciencias auxiliares, en constante evolución, que estudian el comportamiento del delincuente, ni tampoco a los intereses sociales concretos (28).

El sistema también era impoluto. No tenía lugar ni para la criminología ni para la política criminal.

Por tanto, la modificación sustancial que se opera en el concepto, gracias a este autor, a fines del siglo XX, parte de ubicar, metodológicamente, a los problemas político criminales dentro del contenido propio de la teoría general del derecho, considerándolos como un factor indispensable ya no para la sola labor del Estado, sino para la tarea de concreción de cualquier operador jurídico.

La política criminal, junto a la estructura del tipo, permitirá efectuar un análisis del principio de legalidad. Será necesaria para el legislador, que podrá cambiar la ley para adecuarla al interés social concreto y a la experiencia criminal y también será imprescindible para el intérprete, que podrá dar vida a esa ley de acuerdo a la política criminal imperante.

De esta forma, Roxin incorpora su concepto de política criminal al análisis del tipo, de la antijuridicidad y de la culpabilidad (29).

En este punto del análisis, y para ceñirme al objeto de esta reflexión, es interesante destacar la relación entre política criminal y tipicidad, porque es allí donde Roxin, a pesar del gran respeto que manifiesta al principio *nullum crime sine lege*, muestra que nos encontramos ante una ley cambiante, susceptible de ser interpretada de forma dinámica y no frente a una ley vieja y dura como la del positivismo jurídico (30).

(28) Cfr. ROXIN, C., "Política Criminal y Sistema de Derecho Penal", ps. 41, 42, 73.

(29) Cfr. ROXIN, C., "Acerca del desarrollo reciente de la Política Criminal. CPC, 48, Madrid, 1992, pp. 795 y ss. y C. ROXIN, Política Criminal y estructura del delito.

(30) Cfr. ROXIN, C., "Política Criminal y Sistema de Derecho Penal", ps. 58, 64, 73 y ss.

En efecto, afirma que el derecho —y el derecho penal como una parte de él— debe ser puesto al servicio de los fines de la comunidad y expresamente descalifica el proceder de Von Liszt, que separaba los medios adecuados para la lucha contra el delito del derecho penal. Von Liszt, según Roxin, cree que el derecho penal tiene sólo una función, proteger al delincuente contra el Estado. Es la función liberal del estado de derecho asegurar la igualdad en la aplicación del derecho y la libertad individual frente al ataque del Estado.

Para Von Liszt, la política criminal es eso, política, y no se tiene que mezclar con el derecho. Es una función del poder administrador, del poder ejecutivo y de sus fuerzas policiales. Es una herramienta totalmente ajena al juez, al abogado, al legislador, al intérprete, a cualquier operador jurídico.

Según Roxin, en cambio, el derecho penal tiene una misión social. Una misión doble, destinada a la sociedad y a la protección de la ley como conducto de la paz y la armonía, y una función destinada al presunto delincuente, para protegerlo, también, de un proceso injusto o de una valoración ambigua.

Entonces, para Von Liszt el derecho penal es la infranqueable barrera de la política criminal. Para Roxin, en cambio, no existe tal valladar. El derecho penal opera como un puente.

Continuando con la oposición, para Von Liszt el derecho penal es el estatuto del delincuente, que le garantiza el derecho a ser castigado sólo bajo los presupuestos y límites legales. Para Roxin, por su parte, es un instrumento pacificador para toda la sociedad.

Incluso llega a decir Roxin que, con el sistema del positivismo, con la pirámide al estilo kelseniana aplicada al derecho penal, se pueden garantizar resultados inequívocos y uniformes, pero no se pueden garantizar resultados materialmente justos.

Para él, la ley tiene otra misión. Lleva a la esfera de lo jurídico las dimensiones de lo social y de lo político. El principio *nullum crimen* tiene que dar directrices de conducta, además de cumplir su función liberal de protección.

En suma, entonces, la opinión del académico de Hamburgo es clara en nuestro tema. La ley, en materia penal, debe cambiar, para adaptarse a los intereses sociales actuales de la sociedad y, no sólo eso, sino que debe interpretarse de manera dinámica, conforme a la necesidad social del momento.

Es decir, el derecho, cuyo modelo es la ley, en materia penal, debe cambiar constantemente. Debe adaptarse.

IV. Suárez y la estabilidad de la ley penal

Si retomamos los términos de la aporía inicial, resulta interesante contrastar el pensamiento analizado, de uno de los doctrinarios más conocidos en la actualidad y que en el tema en cuestión tiene máxima aceptación académica, con un escritor desconocido para el pensamiento contemporáneo, Francisco Suárez, español, profesor de la Universidad de Coimbra, filósofo y jurista jesuita del siglo XVI.

Este autor representa un gozne entre el pensamiento antiguo y la modernidad. Su monumental tratado sobre la ley recopila todo el derecho romano a la luz de la escolástica y del pensamiento inmediatamente posterior.

Incluso fue el primero que explicitó el principio de legalidad en materia penal en la formulación que conocemos hoy. Según su pensamiento, la norma penal obliga al juez y lo limita, no sólo en la tipificación del delito, sino incluso en la medida de la pena a aplicarse (31).

Por ello, es válido recurrir a él para pensar el problema propuesto y sus consecuencias en la actualidad. A estos fines, es conducente analizar brevemente el libro VI del tratado de la ley, sobre la interpretación, cesación y mudanza de las leyes humanas, que es, concretamente, nuestro tema de indagación.

Suárez define a la ley como un "precepto común, justo y estable, suficientemente promulgado" (32). Así, en la propia definición habla de la "estabilidad" como una propiedad esencial de la ley, apartándose de la definición de Santo Tomás de Aquino, pero en consonancia con su pensamiento (33).

Para Suárez, la estabilidad de la ley es la propiedad que le dará vigor, confiabilidad, respeto. La estabilidad de la ley será lo que logre el convencimiento

(31) SUÁREZ, F., "Tratado de las Leyes y de Dios Legislador. Instituto de Estudios Políticos", Madrid, 1968. LAMAS, F. A., "Fecundidad de la Escuela Española del Derecho Natural y de Gentes". II Jornadas Hispánicas de Derecho Natural, Córdoba (España), 1998. Publicado en www.viadialectica.com Instituto de Estudios Filosóficos "Santo Tomás de Aquino", 2016 y LAMAS, F. A. (h.), "Los fines de la pena tributaria", Actas del II Congreso Argentino de Filosofía del Derecho, Política y Bioética para estudiantes y Jóvenes Graduados Universitarios. UNIVERSIDAD F.A.S.T.A., Mar del Plata, 2004.

(32) SUÁREZ, F., "Tratado de las leyes", L I, C XII, 5: "*Lex est commune praeceptum, justum ac stabile, sufficienter promulgatum*".

(33) Cfr. S. T. de AQUINO, "Suma Teológica". B.A.C., Madrid, 1954, 1-2, ps. 90-97.

en todo el pueblo de su validez, de su conveniencia. Será lo que permitirá a los hombres saber a qué atenerse (34).

La ley debe ser común, esto es, general. Para todos, no para unos pocos. Y también debe ser justa, esto es, proporcional, adecuada, acorde a la ley natural. Además, debe venir de la autoridad que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad y ser debidamente dada a conocer o publicada.

Todas esas son notas esenciales comunes a la Escolástica y a la Escuela Española, pero la distinción en la definición de Suárez es, justamente, esa firmeza adquirida en el tiempo.

Suárez, como Santo Tomás, hace referencia a la estabilidad de la ley más allá del cambio del legislador o del gobernante. Incluso cuando la ley no sea la mejor, ni la más adecuada para la época. Para él, también, la mudanza de la ley debe ser excepcional (35).

Según el granadino, la razón de lo anterior guarda relación con el proceso de vigencia efectiva de la ley, el cual resulta muy dificultoso en cualquier sociedad. Así, las muchas leyes o los numerosos cambios generan un sentimiento de anomia en el ciudadano común, quien, por el contrario, necesita tiempo para conocer y respetar la ley nueva.

La ley, para Suárez, respetando a Cicerón, indica un camino para seguir, para *elegir*. Indica una opción al ciudadano para enderezar su conducta, por ello es muy alto el costo del cambio, porque el ciudadano hace suya la dirección de la conducta impuesta. La ley razonable es racionalmente aceptada por el ciudadano (36).

En otro orden, la estabilidad, para Suárez, va de la mano de la *posibilidad*. La ley debe ser estable y posible. Para que el mandato sea estable debe ser susceptible de ser cumplido y no ser absolutamente forzoso. Si es así, si la ley se mantiene posible, en principio, para Suárez debe permanecer.

Incluso afirma que si permanece justa y posible, con valor y virtud para obligar, debe durar a perpetuidad, debe ser fija y permanente (37), o por

(34) Cfr. SUÁREZ, F., "Tratado de las leyes", L I, C IX, 15, 16 y 17.

(35) Cfr. SUÁREZ, F., "Tratado de las leyes", L I, C IX y X.

(36) Cfr. SUÁREZ, F., "Tratado de las leyes", L I, C I, 9; F. D. Soto. Tratado de la Justicia y el Derecho, Tomo I, Ed. Reus, Madrid, 1968, p. 24 y Ciceron, De Legibus, Ed. Akal, Madrid, 1989, Libro I.

(37) Cfr. SUÁREZ, F., "Tratado de las leyes", L I, C X, 1.

un tiempo indefinido y prolongado, para el bien del Estado y la dirección correcta de las acciones (38).

En cuanto a la ley penal, Suárez distingue entre la ley propiamente penal, que es la que obliga en conciencia e impone una pena de forma inmediata, de la ley meramente penal, que es aquella ley a la cual, por un motivo histórico concreto, por ejemplo para generar conciencia o por utilidad común momentánea, se le ha adicionado una pena (39).

La ley propiamente penal, la que obliga en conciencia, está protegida por una pena justamente por la importancia, por la trascendencia de su mandato. Es una ley que es de naturaleza moral, debe ser más estable que ninguna ley, por la gravedad de la materia. Así, por ejemplo, la ley que castiga al que hurta, o al que roba, o al que mata.

Por el contrario, la ley meramente penal, la que tiene una pena por accidente, cuya materia no es moral ni de justicia en sí misma, por ejemplo si se establece una penalización a la falta del número de testigos en un acto jurídico, o al incumplimiento de lo que hoy sería una norma de tránsito, esa ley, por naturaleza, durará el tiempo que sea necesario para que su fin se cumpla.

Por otro lado, agrega Suárez que todas las leyes, lo que incluye a las propiamente penales y a las meramente penales, deben ser razonables y útiles.

Así, del sistema de Suárez se desprende que la abrogación de la ley propiamente penal será excepcional y casi imposible. Tiene que existir una causa justa y lícita y directamente relativa al bien común. Un cambio tan importante de las circunstancias que la propia ley pierda naturaleza moral o que haga que el castigo sea más perjudicial a la sociedad que la propia pena. E incluso esta abrogación suprimirá solamente la pena, y no el mandato (aunque se quite la pena al hurto, por ejemplo, persiste el mandato de no hurtar).

En cambio, la ley meramente penal se podrá abrogar cuando cese su razonabilidad o utilidad, aunque, incluso en este caso, debe saberse que las leyes que se cambian mucho son depreciadas por el tiempo y sólo la costumbre consolida la ley.

Incluso en este caso, en el de las leyes meramente penales, las leyes deben ser quitadas por la misma autoridad que las creó, por el mismo poder

(38) Cfr. SUÁREZ, F., "Tratado de las leyes", L I, C X, 15.

(39) Cfr. SUÁREZ, F., "Tratado de las leyes", L V, C XIII-XVIII.

de imperio, con un juicio prudente y con evidencia de la razonabilidad de su cambio y no de su mera voluntad.

Por último, la abrogación total, para Suárez, de una ley propiamente penal es excepcional, generalmente tendrá lugar cuando regla una materia moral de menor gravedad y su imposición ya no es útil, o cuando su cumplimiento es imposible o sumamente difícil para toda la comunidad.

Por el contrario, en el caso de las leyes meramente penales, a los motivos anteriores, se le añaden el cese de su causa o razón, los cambios de las circunstancias, de la utilidad, de la mera conveniencia por estimación del gobernante, o de su dificultad.

V. Conclusiones. Principio de legalidad y función pedagógica de la ley penal

Tenemos, entonces, hasta aquí, dos modelos. El primero postula una ley penal móvil, adaptable a la utilidad y necesidad social, con una interpretación dinámica y el segundo, por el contrario, una norma sancionadora en principio estable y sólo mutable de forma excepcional o en los casos de leyes meramente penales. ¿Cuál será más justa y adecuada a nuestro tiempo, signado por crisis sociales y continuos cambios?

En primer lugar, parecen coincidir ambos autores en el tratamiento de las leyes meramente penales. En este caso, se puede cambiar la pena ya sea por su injusticia sobreviniente, por su inutilidad o su inconveniencia. En el primero de los casos, cuando la ley es injusta —como la ley que establecía en Grecia la prisión por deudas— debe hacerse necesariamente; en los otros casos, debe analizarse su prudencia en el caso concreto, y eso, en principio, debe ser tarea de un paciente legislador.

No obstante, el asunto presenta mayor gravedad y complejidad en el caso de la ley propiamente penal. Ese mandato que, según Suárez, obliga en conciencia porque implica una prohibición u obligación moral grave.

En esos casos, también existe un punto de coincidencia entre ambos. En principio, la ley mala, la que es materialmente injusta, la que es contraria a la dignidad del hombre, debería cambiarse. Cualquiera sea el momento o la oportunidad. Y es claro que el cambio, muchas veces, debe iniciarse por quien protege el interés social y el bien común, aunque sea el poder ejecutivo o administrador.

Ahora bien, ¿es la estabilidad, como postula Suárez, una condición esencial de la ley en general y de la ley penal en particular? ¿O es más importante la posibilidad de adaptación, guiada muchas veces por los intereses políticos concretos de cualquier gobernante particular?

Un camino fructífero para la reflexión, como vimos, lo da Suárez con su formulación clásica del principio de legalidad penal, distinta a la del positivismo, el causalismo y el naturalismo.

En el mismo sentido, parte de la doctrina actual italiana considera, al igual que la tradición romana, que el derecho penal contiene una materia odiosa, por lo que es necesaria una garantía de certeza del ciudadano frente al poder estatal que es dada por la norma anterior, clara y estable (40).

Así, el principio de legalidad no implicará solamente la exigencia formal de que el precepto y la sanción sean impuestos por el poder legislativo, como órgano que representa a la generalidad de los ciudadanos, sino que supondrá, también, una exigencia sustancial de que la responsabilidad penal sea vinculada a la realización de un hecho normativamente individuado y descrito con sus características fundamentales; de tal manera que la descripción implique, de manera evidente y precisa, la razón efectiva del disvalor social que representa (41).

En ese sentido, pareciera que la moderna concepción de la política criminal, en los términos planteados por Roxin, puede modificar de forma indirecta y continua la ley vigente, al pretender convertirse, como vimos, en un criterio movedido de interpretación, para fiscales y jueces.

Dicho de otra forma, no resulta tan problemático, en la actualidad, el cambio explícito de la ley como los cambios en su interpretación, los cuales podrían ser guiados, no por la prudencia del caso concreto del juez, sino por los intereses políticos del momento.

Así, el resultado del sistema planteado puede consistir en leyes excesivamente indeterminadas y abstractas, que guarden una significativa distancia con la realidad y precisen una interpretación política, generalmente delineada por quienes dirijan a los Fiscales públicos, que a su vez terminan siendo los legisladores de facto.

Por ello, la verdadera exigencia del principio de legalidad en materia penal radica en presentar la ley al destinatario como una expresión de una razón intrínseca de juridicidad (42). El papel del juez, entonces, será interpretar y aplicar esa ley, con discrecionalidad en el análisis de las circunstancias y en la aplicación concreta y ejecutiva de la pena (43).

(40) Cfr. RONCO, M., "La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone", Zanichelli Editore, Bologna, 2006, p. 222.

(41) Cfr. RONCO, M., "La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone", p. 54.

(42) Cfr. RONCO, M., "La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone", p. 5.

(43) RONCO, M., "Persone e sanzioni. Presupposti soggettivi, previsioni", comminazione ed esecuzione delle sanzioni penali; Zanichelli Editore, Torino, 2006.

De lo contrario, la regla de conducta puede perder significado y dejar de expresar un juicio estimativo general "que debe valer frente a cada uno y frente a todos. Al subjetivismo ético individual le sigue un análogo subjetivismo jurídico con referencia al juicio que debe tener vigencia respecto de la entera comunidad" (44).

Entonces, la visión de Suárez evita que el derecho penal se convierta en vasallo del poder, en un instrumento utilizado para lograr los fines de seguridad que la política criminal, agitada por intereses banales, o temores y resentimientos irracionales, quiera imponer en determinada época, alegando un interés colectivo (45).

Por otro lado, el filósofo granadino destaca el fin pedagógico que tiene toda ley y, especialmente, la ley penal. El cambio injustificado atenta contra el fin de magisterio que tiene toda pena, como postulan autores tan dispares como Bettiol, Taparelli, Mayer, Mezger, Von Hirsch (46). Las leyes "educan en sus principios y prescripciones y, de este modo, van formando a la Nación. De allí la importancia de no modificar las leyes fundamentales" (47).

Concretamente, entonces, bajo la apariencia de cambio y adaptabilidad de la ley, lo que puede esconderse, muchas veces, es una ausencia de la ley, un gobierno de la voluntad de unos pocos. El principio de legalidad, por el contrario, implica una ley proveniente de la razón, justa, firme, estable, que impida que la regulación de la vida social quede al arbitrio de los poderosos y la solución de los conflictos librada a la ideología de los jueces (48).

Por otro lado, el peligro de la ley adaptada por el intérprete puede traducirse en que la regulación efectiva de las conductas no provenga de una "observación racional y meditada de la vida social y de la naturaleza social

(44) RONCO, M., "El Estado, la ley y el Derecho penal". XVIII Jornadas Abiertas de Profundización y Discusión sobre el tema: La ley y el Estado. Universidad Católica Argentina y Universidad Católica de La Plata Buenos Aires y La Plata, 2015. Publicada en www.viadialectica.com. Instituto de Estudios Filosóficos "Santo Tomás de Aquino", 2016.

(45) Cfr. RONCO, M., "Experiencia Social y Tradición en el Derecho Penal". XVI Jornadas Abiertas de profundización y discusión sobre el tema: Experiencia social, tradición y derecho. Universidad Católica Argentina - Buenos Aires, 2013. Publicada en www.viadialectica.com. Instituto de Estudios Filosóficos "Santo Tomás de Aquino", 2016.

(46) Cfr. TALE, C., "Los legítimos fines de la pena jurídica", en H. H. HERNÁNDEZ (ed.), *Fines de la pena, abolicionismo e impunidad*, Cathedra Jurídica Ed., Bs. As., 2010, p. 256, 261.

(47) Cfr. DE MARTINI, S. M. A., "Fundamentos filosóficos del principio de legalidad". Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 33.

(48) Cfr. DE MARTINI, S. M. A., "Fundamentos filosóficos del principio de legalidad", p. 20.

del hombre" (49), sino de ideologías inestables, provenientes de dudosos consensos globales, que tengan aplicación cambiante.

En otro orden, pareciera que los dones máximos del jurista deben ser la sencillez y claridad (50) y que estas cualidades deben ser específicas en la ley que castiga. El sistema penal no sólo debe ser una garantía de protección contra el Estado, sino que debe ser un instrumento de paz para la comunidad.

La realidad nos demuestra, también, que el crimen afecta no sólo a la víctima sino a toda la sociedad (51), y esta última no entiende cuando el legislador o el intérprete, por criterios de política criminal u oportunidad, quieren abrogar o subestimar conductas que, no sólo aparecen como malas por la fuerza intrínseca de la prohibición moral que trasgrede la ley natural (52), sino que las sufren concretamente.

Entonces, el principio que surge de las consideraciones anteriores puede reducirse a un único enunciado: la ley penal que es justa, razonable y útil no debe modificarse, ni debe forzarse su interpretación con criterios teleológicos cambiantes.

Por otro lado, cuando esa ley penal forma un código y abarca principios generales y delitos particulares, el cuidado debe ser mayor y el cambio, en principio, no debe ser radical sino que debe ser una suave adaptación a los nuevos problemas y sus circunstancias.

Los actuales habitantes de la isla griega de Cos dicen que Hipócrates, quien enseñaba que el árbol que se trasplanta con frecuencia no da buenos frutos, se reunía siempre con sus alumnos bajo un gigantesco y eterno plátano, refrendando de esa forma sus lecciones.

En una época de crisis social global y profunda, como la actual, se impone que la ley, como un frondoso y centenarío árbol, ocupe el centro de la escena; que seamos agradecidos y respetuosos con ella, para que podamos vivir, nosotros y nuestros hijos, en paz bajo su sombra; para que podamos reflexionar y orientar nuestro futuro común. ♦

(49) DE MARTINI, S. M. A., "Fundamentos filosóficos del principio de legalidad", p. 25.

(50) Cfr. DE MARTINI, S. M. A., con cita de Biondo Biondi, en "Doctrina de los fines, impunidad e inseguridad", en H. H. HERNÁNDEZ (ed.), *Fines de la pena, abolicionismo e impunidad*, Cathedra Jurídica Ed., Bs. As., 2010, p. 851.

(51) Cfr. DE MARTINI, S. M. A., "Doctrina de los fines, impunidad e inseguridad", p. 838.

(52) Cfr. CODESIDO, E. A. y DE MARTINI, S. M. A., "El Concepto de pena y sus implicancias jurídicas en Santo Tomás de Aquino", Ed. Universitas, Bs. As., 2005, p. 66.

DISCRECIONALIDAD FISCAL: UNA LUCHA POR EL PODER

POR EDUARDO J. RIGGI

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires adoptó un sistema procesal adversarial y acusatorio en materia penal en sentido amplio (1). La investigación penal preparatoria queda en manos del MPF, titular de la acción penal, quien en virtud del principio de oportunidad (contracara del de legalidad procesal) cuenta con la potestad discrecional de promoverla o desistirla. Si bien es cierto que el principio de oportunidad encuentra ciertas concreciones en la ley procesal que le hacen cobrar visibilidad a modo de criterios —de potestades regladas—, no menos cierto es que las potestades regladas, a causa de la vaguedad o abstracción de su formulación, pueden terminar naufragando en el océano de la facultad discrecional (del principio de oportunidad). El rol del juez se configura como un tercero imparcial, cuya intervención se supedita a la convocatoria de las partes para resolver sus peticiones o conflictos que se susciten entre ellas.

No obstante, la teoría de la discrecionalidad fiscal se enfrenta a la cruda realidad cuando encuentra recortes en la actividad de los jueces que no comparten el parecer discrecional del fiscal, invocando, a tal fin, un presunto control de razonabilidad de la decisión fiscal. A continuación tomaré como muestra lo que ocurre con el instituto de la suspensión del proceso a prueba contravencional, cuestión que me permitirá mostrar la tensión que existe en el Poder Judicial local, evaluando los distintos argumentos que esbozan los jueces (de primera y de segunda instancia) para limitar las facultades del MPF, como así también la postura del TSJ que termina

(1) Ello engloba a las contravenciones que en el decir Soler son “pequeños delitos”, al respecto cfr. FREELAND, “contravenciones: esos ‘pequeños delitos’”, en <http://todosobrelacorte.com/2010/10/14/contravenciones-esos-pequenos-delitos/>.

poniendo orden a la discusión jurisprudencial, sin perjuicio de que los jueces de grado no suele respetar las decisiones del Superior.

La suspensión del proceso a prueba en materia contravencional (art. 45 ley 1472).

La suspensión del proceso a prueba en materia contravencional constituye una de las salidas alternativas al juicio en manos de la discrecionalidad fiscal, aunque el acuerdo al que arribe con el imputado debe someterse al juez, quien sólo está facultado a rechazarlo cuando tuviere fundados motivos para estimar que alguno de los intervinientes no estuvo en igualdad de condiciones para negociar o que ha actuado bajo coacción o amenaza.

Los requisitos legales para su viabilidad son: 1) la ausencia de antecedentes condenatorios contravencionales en los dos años anteriores al hecho; 2) la existencia de un acuerdo entre el imputado y el fiscal y 3) la libertad de decisión de las partes.

Sin embargo, los jueces terminan concediendo la suspensión del proceso a prueba (cuestión que bloquea la actividad procesal del fiscal y desata un proceso que lleva a la extinción de la acción) cuando no comparten las decisiones discrecionales del MPF que se niega a la celebración de un acuerdo con el imputado o, incluso, cuando no están de acuerdo con las reglas que acordaron libremente las partes (y sin las cuales éstas no hubiera accedido a la celebración del acuerdo) y se las modifican, bajo el pretexto de efectuar un control de la razonabilidad de la negativa u oposición fiscal o de falta de proporcionalidad de las reglas acordadas. De esa manera pierden su rol de tercero imparcial al sustituir al fiscal en su actividad.

En ese sentido, *varios jueces consideran que la suspensión del proceso a prueba es un derecho del imputado* que, de verificarse la inexistencia de antecedentes condenatorios en los dos años anteriores al hecho, no puede ser negado.

Ahora bien, antes de dar por válida esa posición es necesario acudir, en primer lugar, a la letra de la ley que constituye el punto de partida a cualquier tipo de interpretación (2).

El texto del art. 45 establece que “[e]l imputado/a de una contravención... puede acordar con el Ministerio Público Fiscal la suspensión del proceso a

(2) Así la CSJN tiene dicho que: “la primera regla de interpretación de un texto legal es la de asignar pleno efecto a la voluntad del legislador, cuya fuente inicial es la letra de la ley y, en tanto la inconsecuencia del legislador no se supone, la interpretación debe evitar asignar a la ley un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el criterio que las concilie y suponga la integral armonización de sus preceptos” (Fallos: 339:323; 338:488; 330:4988, entre muchos otros).

prueba...” y no que el imputado tenga un derecho a su concesión. Se advierte con claridad que el texto legal de la norma citada utiliza el término “puede” y no “derecho” del contraventor. Repárese que la palabra “puede” es la tercera persona singular del presente indicativo del verbo “poder” que, conforme el diccionario de la real academia española, significa —en su primera acepción— “tener expedita la facultad o potencia de hacer algo”. En consecuencia, el imputado sólo tiene la facultad de acordar con el fiscal la *probation*. Por acordar, según la RAE, debe entenderse “ponerse de acuerdo”. En síntesis, *el imputado tiene la facultad de negociar con el fiscal un acuerdo para llegar a la suspensión del proceso a prueba, más no un derecho a exigirla*. Ello es coherente con el sistema acusatorio que rige en la Ciudad.

Vale aclarar que el Excmo. TSJ reiteró *in re* “Jiménez” (expte. n° 7238/10, rto. 30/11/2010) la doctrina sentada en “Lucía” (expte. n° 6292/08, rto. 18/05/09) en el sentido de que “ningún precepto constitucional confiere al presunto contraventor “un derecho” a la suspensión del proceso a prueba, sino que solamente le garantiza “un derecho” a que su situación se decida en un “juicio previo fundado en ley” (arts. 17 y 18 CN y 13 CCABA) (3).

Continúa el fallo referido señalando que “(e)llo así, pues la eventualidad de que infraconstitucionalmente se haya previsto la posibilidad de prescindir de la realización del juicio cuya celebración, insisto, sí garantiza y resguarda la Constitución local, en ciertos supuestos y/o bajo ciertas condiciones, no pone en cabeza del imputado por una contravención “un derecho” a que ello efectivamente suceda. A lo sumo, el presunto contraventor cuenta —si se quiere— con un derecho a solicitar y proponer la celebración del “acuerdo” con la Fiscalía, mas no puede exigirlo, pues dicho “acuerdo” voluntario entre las partes se vincula directamente con los principios de oportunidad, objetividad y razonabilidad que han de guiar la actuación del representante del Ministerio Público Fiscal. Afirmar lo contrario importa tanto como desatender los claros términos del art. 45, ley 1472” (4).

Es más, aún la tesis que sostiene la existencia de un derecho del imputado a suspender el proceso en detrimento de las potestades del MPF, que representa los intereses generales de la sociedad (arts. 124 y 125 CCABA), no conlleva a prescindir de la voluntad del fiscal para su procedencia.

(3) Del voto de la Dra. Conde *in re* “Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Lucía, Juan Pedro s/ infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes —CC—”, expte. n° 6292/08, rta. el 18/05/2009. Recientemente sostenido esa misma magistrada en autos “Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 1— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘JIMÉNEZ, Juan Alberto s/ infr. art. (s) 111 CC, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes”, expte. n° 7238/10, del 11/06/10.

(4) *Ídem* nota anterior.

Ahora bien, frente a ello cabe preguntarse si la suspensión del derecho a prueba realmente constituye o no un derecho del imputado. Los jueces del fuero ciudadano de primera instancia y de cámara, en general, defienden la afirmativa y, a tal fin, invocan el fallo "Acosta" de la CSJN (Fallos: 331:858) (5).

No obstante, esta postura es incorrecta puesto que, tal como sostuvo el Excmo. TSJ—en materia penal— con meridiana claridad *in re* "Porro Rey" (6), no existe en el ordenamiento jurídico vigente nacional un derecho del imputado a evitar el juicio. En concreto, el Dr. Lozano destacó en esa oportunidad que *"aunque el a quo con cita del precedente 'Acosta' propone una tesis contraria, pasa por alto que... las referencias del máximo tribunal federal a un derecho a obtener una suspensión del proceso a prueba no pueden ser leídas con independencia de la circunstancia de que en el caso existía una voluntad fiscal favorable a la concesión del beneficio y que era el juez quien se había negado a otorgarlo con base en una interpretación de la ley que la Corte Suprema desechó por errada"* (7).

Asimismo, la Excmo. CSJN indicó en el fallo "Gongora" (8), que la suspensión del proceso a prueba es un *"beneficio legal"* (9), lo que demuestra que el máximo Tribunal Nacional, en el fallo "Acosta", aludió a un derecho del imputado por existir tanto consentimiento fiscal como por estar dados los requisitos objetivos y subjetivos para su procedencia. En ese sentido también se encuentran los dictámenes de la Fiscalía General Adjunta PCyF CABA, a cargo del Dr. Luis J. Cevasco (10).

(5) En dicha ocasión la CSJN señaló que: "El criterio que limita el alcance del beneficio previsto en el art. 76 bis a los delitos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión cuyo máximo no supere los tres años se funda en una *exégesis irrazonable de la norma que no armoniza con los principios de legalidad y pro homine, toda vez que consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la propia ley reconoce, otorgando una indebida preeminencia a sus dos primeros párrafos sobre el cuarto al que deja totalmente inoperante"*.

(6) TSJ-CABA, "Porro Rey, Julio Félix s/inf. art. 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil, CP s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. 7909/11, rto. 07-12-2011.

(7) TSJ-CABA, "Porro Rey, Julio Félix s/inf. art. 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil, CP s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. 7909/11, rto. 07-12-2011.

(8) CSJN, "Góngora, Gabriel Arnaldo s/causa n° 1.092". Expte. G.61.XLVIII, rta.: 23/04/13.

(9) CSJN, "Góngora", G.61.XLVIII, rta. 23/04/13, considerando 5.

(10) Cfr., entre muchos otros dictámenes, Expte N° 8312/11 "De Santi, Franco s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupeficientes - CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido s/recurso de inconstitucionalidad concedido"; Expte N° 8263/11 "Capozzolo, Enrique Santiago s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupeficientes - CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido s/recurso de inconstitucionalidad concedido"; Expte N° 8746/12 "Ministerio Público - Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 2 s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Larregina Pedriel, Carlos Humberto s/ infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupeficientes - CC'".

Si bien en el fallo "Acosta" la Excmo. CSJN señaló que correspondía efectuar una interpretación del art. 76 bis CP teniendo en cuenta el principio *pro homine*, debo señalar que el propio texto legal de dicha norma sí ofrece dos inteligencias posibles (la tesis amplia y la restringida) y que la Excmo. CSJN, a la luz de ese principio se inclinó por aquella que más beneficia al reo.

Sin embargo, resulta inviable trasladar ese razonamiento al particular. En efecto, el diáfano texto del art. 45 CC no presenta disyuntiva alguna, puesto que exige con claridad manifiesta de un acuerdo entre el MPF y el imputado. En otras palabras, su texto legal no da pie a sostener que hay otra inteligencia posible y que, por lo tanto, el imputado tenga un derecho a evitar el juicio, razón por la cual no cabría recurrir al principio *pro homine* ante la inexistencia de un conflicto entre dos normas que deba ser dirimido en favor de aquella más beneficiosa al imputado; a menos que, tal como ocurrió en el caso, los jueces hagan caso omiso a las claras prescripciones del legislador rediseñando el instituto conforme a su mera voluntad —apartada naturalmente de la letra de la ley y de la CCABA—.

Ese proceder afecta al irrenunciable principio de la división de poderes por cuanto no le compete al Poder Judicial juzgar las razones de oportunidad, mérito y conveniencia de las decisiones propias del Poder Legislativo local que le permiten diseñar su régimen de fondo y forma en materia contravencional (art. 81, inc. 2, CCABA).

En efecto, tal como sostuvo en reiterados antecedentes la Excmo. CSJN *"(l)as razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado para adoptar decisiones que les son propias no están sujetas al control judicial"* (Fallos: 321:663; 323: 2659; 325:28; 334:799, entre muchos otros).

Es innegable que al exigir la ley un "acuerdo" entre partes (que supone concertar las condiciones de la viabilidad del instituto, de las reglas que podrían dar lugar a la utilización de una salida alternativa a la sanción y del lapso al que debería estar sometido el imputado al cumplimiento de dichas pautas de conducta) no nos encontramos frente a un derecho subjetivo que deba surtir efectos con su simple invocación, sino que la concesión del beneficio depende de la concurrencia de una serie de circunstancias y condiciones, pero, por sobre todo, de la conformidad del imputado y del MPF.

Estas reflexiones obligan a preguntarse, entonces, *por la naturaleza jurídica de las reglas de comportamiento* que acuerda el fiscal con el imputado, como así también si deben guardar proporcionalidad con el hecho. Ello, por cuanto uno de los argumentos que esbozan los jueces para efectuar un presunto control de razonabilidad de la actividad del MPF estriba en la falta de proporcionalidad de las reglas acordadas con el imputado.

Así, pues, por un lado, debo señalar que en el ámbito penal la doctrina calificada considera que las reglas de la suspensión del proceso a prueba, si bien no son penas, constituyen equivalentes funcionales a la pena (*die funktionalen Äquivalente der Strafe*) (11), en tanto comportan restricciones de derechos y que, por esa razón, su aplicación debe encontrarse relacionada proporcionalmente con el hecho imputado (12).

Sin embargo, no puede desconocerse que, por otro lado, el art. 45 CC establece que el acuerdo debe contemplar el compromiso de cumplir, por un lapso que no excederá de un año, una o más de las reglas de conducta enumeradas en esa disposición. Eso significa que *no existe una limitación legal a las reglas a imponer, a diferencia de lo que ocurre con las sanciones en donde el art. 27 CC señala que sólo pueden acumularse como máximo una sanción principal y dos accesorias*. En consecuencia, las reglas de comportamiento de la suspensión del proceso contravencional deberían ser vistas, a mi juicio, como un equivalente funcional a la medida de seguridad (*die funktionalen Äquivalente der Sicherungsmaßnahmen*), ya que en la suspensión del proceso a prueba *no se formula un reproche personal al autor* (ligado indisolublemente a la pena), sino que ante la constatación de un peligroso estado de cosas objetivamente típicas, a través de la imposición de las reglas de conducta, por un lapso muy superior a lo que resultaría del máximo de la sanción prevista por ejemplo para el art. 111 CC —10 días de arresto—, se persiguen fines preventivo-especiales justamente de corrección del autor respecto de la conducta desviada y de protección a la víctima y comunidad frente a ese tipo de comportamientos peligrosos, en tanto deben tender a prevenir la comisión de nuevas contravenciones.

Por esa razón, resulta erróneo, a mi juicio, que los jueces, bajo un supuesto control de razonabilidad, quieran revisar las reglas acordadas por las partes invocando su desproporción con el hecho.

(11) Sobre el concepto de equivalentes funcionales a la pena, véase JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, De Gruyter, Berlín 1993, Kapitel 1, n.m. 13, p. 10 y s., donde explica que el conflicto puede ser sustituido por equivalentes funcionales a la pena.

(12) La doctrina penal indica que las condiciones e instrucciones que se imponen como reglas de conducta, a la hora de otorgar el beneficio de la suspensión del proceso a prueba, deben encontrarse en íntima conexión con el hecho cometido. Con respecto a la naturaleza jurídica de estas pautas, la doctrina penal también entiende que no constituyen, desde el punto de vista sistemático, penas criminales, sino en todo caso un mal equiparable con éstas que, en consecuencia, deben tener en cuenta los fines de prevención —generales y especiales— que cumple la pena en el derecho penal material. Es por esa razón que los penalistas afirman que las reglas de conducta son sanciones que, a pesar de no revestir un carácter penal, deben considerarse no obstante los fines que la pena perseguiría en sus respectivos supuestos. Al respecto véase, por todos, KINDHÄUSER, *Strafprozessrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2006, § 10, n.m. 19; VOLK, *Grundkurs StPO*, Verlag C.H. Beck, München 2008, § 12, n.m. 23.

Por otro lado, debo aludir al argumento utilizado por varios jueces según el cual resultaría irrazonable “*tratar con mayor amplitud al instituto en cuestión en la esfera penal que en el ámbito contravencional*”.

En primer lugar, cabe señalar que esa afirmación —que presentaría una distinción cuantitativa entre los delitos, contravenciones y faltas— no resulta tan categórica en la praxis. Efectivamente, si bien es cierto que, desde el punto de vista comunicativo y del reproche social, puede sostenerse que los delitos son más graves que las contravenciones y que éstas, a su vez, que las faltas (pues no es lo mismo ser considerado un delincuente que contraventor o infractor), no puede sostenerse válidamente lo mismo en relación a las gravedad de las sanciones.

Repárese, por ejemplo, que quien coloca o arroja una sustancia insalubre en un lugar público (art. 54 CC) puede recibir una sanción de hasta 30.000 pesos de multa y 60 días de arresto; mientras que quien incurre en la *omisión de auxilio*, prevista en el art. 108 CP, podría recibir únicamente una pena de multa, cuyo máximo es de 12.500 pesos.

En segundo lugar, cabe señalar que en el ámbito contravencional, al no ser derecho penal propiamente dicho, existe una flexibilización en la aplicación de las garantías constitucionales del sistema penal al contravencional (por ejemplo, se admite como cláusula genérica en la parte general la responsabilidad de las personas jurídicas, esto es, de sujetos incapaces de acción lo que deja de lado el principio de culpabilidad por el hecho).

Así, pues, la opinión de los magistrados confunde, a mi juicio, el derecho penal nuclear, en el que rigen todas las garantías del Estado de Derecho liberal, con el derecho penal administrativo que, conforme enseña Zaffaroni, no es estrictamente derecho penal (13), es más, ni siquiera es un derecho penal especial (14), sino una rama en la que existe una yuxtaposición o naturaleza compleja que finca en que la pena del derecho penal administrativo parcialmente participa del objetivo de la pena penal.

En ese sentido, señala el autor que “*el fenómeno que se produce en el ‘derecho penal administrativo’ no es sólo una alteración de los principios generales, sino también una yuxtaposición con otras ramas del derecho*”. Para ejemplificar ello agrega que cuando a un sujeto se le aplica una multa por infracción fiscal, por ejemplo, se persigue con ello el triple objetivo de percibir lo adeudado, percibir la reparación del daño que la falta de pago

(13) ZAFFARONI, Eugenio, “Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 192.

(14) Op. cit. p. 246.

causó a la administración (todo lo cual es reparación) e infligir una privación de bienes jurídicos para motivar al sujeto a que en lo sucesivo no vuelva a caer en similares incumplimientos (prevención especial). Aunque la prevención especial sólo puede recaer sobre individuos, el carácter mixto hace que pueda ser sujeto activo de la infracción fiscal o administrativa una persona jurídica, en cuyo caso el aleccionamiento de la prevención especial recaerá sobre los individuos que efectivamente sufran la privación de bienes jurídicos.

Como puede observarse, en el derecho penal administrativo se admite abiertamente y sin reparo alguno el castigo de las personas jurídicas; algo que resulta absolutamente inadmisibles en el derecho penal nuclear, donde rige la máxima *societas delinquere non potest*, debido a que de lo contrario su responsabilidad resultaría violatoria del principio de culpabilidad y de personalidad de las penas, tal como lo sostuvo el Dr. Zaffaroni, como ministro de la Corte, en disidencia, *in re* "Fly Machine S.R.L." (Fallo: 329:1974).

Ello permite demostrar que en el derecho penal administrativo rigen las garantías del derecho penal pero con ciertas matizaciones propias de la materia no penal que se yuxtapone a la sanción que, en cierta medida, puede compartir los objetivos de la sanción penal. Por esa sencilla razón no pueden trasladarse sin más los razonamientos efectuados en el área penal al ámbito contravencional sin considerar este tipo de particularidades que diferencian ambos sistemas.

Por último, importa destacar que en estos casos tampoco correspondería la aplicación supletoria del Código Penal ni la invocación de la jurisprudencia penal en torno al instituto previsto en el art. 76 bis y ss., toda vez que el propio Código Contravencional estableció expresamente un régimen especial en materia de suspensión del proceso a prueba que se aparta del instituto previsto en materia penal (de conformidad con lo establecido en el art. 20, ley 1472).

En otro orden de ideas, no puede pasarse por alto que la interpretación inconstitucional del art. 45 CC repercute negativamente en el sistema diseñado por el Legislador Constituyente local. En efecto, en el precedente "Jiménez", anteriormente citado, el Excmo. TSJ afirmó que "La razón por la que el acuerdo de suspensión del proceso está sometido a resolución del juez finca en la necesidad de asegurar que un acuerdo que genera cargas para quien se encuentra sometido a proceso e impedido de impulsar la acción para el fiscal sea celebrado cuando se dan ciertas condiciones cuya concurrencia la ley hace examinar al juez. Pero el acuerdo es entre partes, y el juez no puede sustituirlas ni sujetar su decisión de pactar a un control más extenso que el que marca la ley y permite la CCBA. La intervención del juez importa

pronunciarse acerca de los compromisos que pactan fiscal e imputado, y que importan restricciones a la libertad del segundo" (15).

Finalmente, debo referirme a la falta de leal acatamiento a los fallos del TSJ (16). Muchos jueces se apartan constantemente —con una fundamentación aparente— de la consolidada doctrina del Excmo. TSJ en materia de concesión del beneficio de la suspensión del proceso a prueba en el ámbito contravencional, sentada *in re* "Lucía" continuada en "Jiménez", consolidada con su actual composición *in re* Blanco Vallejo (17), y reiterada en *in re* "Beraldi", "Flores", "Francolino" y "Martínez" (18) y en muchos otros fallos, quebrantando, en consecuencia, el deber de conformar sus decisiones a las sentencias dictadas por el máximo tribunal local (19).

En ese sentido, la Excmo. CSJN tiene dicho que "*si se configuró un desconocimiento extremo, en realidad una tergiversación, de la doctrina establecida*

(15) Considerando 6° del voto de los doctores Lozano y Casás en el precedente "JIMENEZ" ya citado.

(16) Sobre todo ello, véase RIGGI, "La legitimación de iure del MPF CABA para recurrir en materia penal versus su negación de facto", en *El sistema recursivo en el proceso penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Directores Díaz/Finkelstein Nappi, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2016, pp. 323 y ss.

(17) TSJ-CABA, Expte. n° 9876/13 "Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la CABA— s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Incidente de apelación en autos "Blanco Vallejos, Vidal s/ infr. art. 111", conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC", rta. el 20/12/2013.

(18) TSJ "Ministerio Público-Fiscalía de Cámara Norte de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: "Beraldi, María Soledad s/inf. art(s). 52, hostigar, maltratar, intimidar", expte n° 9440/12, rto.: 18/12/13; "Ministerio Público-Fiscalía de Cámara Norte de la CABA-s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'FLORES, Sergio Daniel s/inf. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC" Expte. 9560/13, rto.: 18/12/13; "Ministerio Público-Fiscalía de Cámara Norte de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'FRANCOLINO, Ignacio Nicolás s/inf. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC" Expte. 9708/13, rto.: 18/12/13; y Ministerio Público-Fiscalía de Cámara Norte de la CABA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'MARTÍNEZ, Gonzalo Ezequiel s/inf. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, CC". Expte. 10272/13, rto.: 18/12/13.

(19) La vinculación al precedente es una realidad fáctica, que no puede desconocerse, que contribuye a la seguridad jurídica, pues permite a los ciudadanos prever lo que puede esperarles. Así, HASSEMER, "Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz", en *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 7. Auflage (Hrsg. Kaufmann/Hassemer/Neumann), Heidelberg 2004, p. 264, explica cómo funciona esta vinculación fáctica al mostrar "que el juez bien "puede" apartarse del Derecho judicial, que se encuentra establecido conforme al precedente, por tanto, no con la obligatoriedad formal del postulado de la vinculación a la ley. Pero, luego, si se aparta, debe ofrecer un importante esfuerzo de argumentación en los motivos de su decisión"; también sobre la vinculación de los jueces a los precedentes antes que a la ley; EL MISMO, "Richtiges Recht durch richtiges Sprechen? Zum Analogieverbot im Strafrecht", en *Strafen im Rechtsstaat, Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspolitik*, III, (Hrsg. Schild/Vormbaum/Zwiehoff), Baden-Baden 2000, p. 32.

por la Corte, ello basta para descalificar el pronunciamiento en la medida en que se opone al deber que tienen las instancias inferiores de conformar sus decisiones a las sentencias del Tribunal dictadas en casos similares, en virtud de su condición de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en consecuencia” (20), conclusión que resulta plenamente trasladable al ámbito local atendiendo al rol del Excmo. TSJ como máximo intérprete de la Constitución de la CABA.

Humildemente creo que, por razones de economía procesal y seguridad jurídica, algunos de los jueces de las Salas de la Excmo. CAPCyF deberían revisar su criterio, sin perjuicio de dejar a salvo su opinión, a la hora de analizar la admisibilidad de la vía extraordinaria local intentada por el MPF en este tipo de casos, a fin de evitar dilaciones indebidas en el trámite de la causa que obliguen al representante de esta institución a recurrir directamente ante el Excmo. TSJ para que, de conformidad con la consolidada doctrina anteriormente referida, deje sin efecto, como en infinidad de ocasiones, los fallos de la Alzada (21). Es cierto que los jueces de la Sala II CAPCyF en general, dejando a salvo su opinión, suelen declarar admisibles los recursos del MPF. Y si bien recientemente la Sala I *in re* López (Causa Nro. 1211-001-00/16) y la Sala III *in re* “Seoane” (causa Nro. 20082-01-00/15)

(20) CSJN, Fallos 331:162, entre otros.

(21) Entre dichos fallos, cfr. Expte. n° 7349/10 “Ministerio Público - Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y Faltas N° 1 - s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: “Pilotto Diehl, Michele a/ Infr. Art(s). 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes - CC”, rta. El 16/12/2010; Expte. N° 7363/10 “Ministerio Público - Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y Faltas N° 1 - s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: “Rial, Ariel Federico s/ Infr. Art. 111 CC”, rta. 15/12/2010; Expte. N° 7448/10 “Ministerio Público - Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y Faltas N° 1 - s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: “Aguera, Fernando s/ Infr. Art. 111 CC”, rta. el 15/12/2010; Expte. N° 7248/10 “Ministerio Público - Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y Faltas N° 1 - s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: “Incidente de apelación en autos Aldao, Gonzalo Ezequiel s/ Infr. Art. 111 C”, rta. el 15/12/2010; Expte. N° 7254/10 “Ministerio Público - Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y Faltas N° 1 - s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Poole, Rafael Angel s/ Infr. Art. 111 CC”, rta. el 15/12/2010; Expte. N° 7407/10 “Ministerio Público - Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y Faltas N° 1 - s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: “Peralta, Fabián Gustavo s/ Infr. Art. 111 CC”, rta. el 22/06/2011; Expte. N° 8312/11 “De Santi, Franco s/ Infr. Art(s). 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes - CC s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, rta. el 28/03/12; Expte. N° 8363/11 “Mayta Humerez, Rubén Regulo s/ Infr. Art(s). 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes - CC s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, rta. el 11/04/2012; “Luongo, Emilio Nadir Salim s/ Infr. Art(s). 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes - CC s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, rta. el 11/07/2012, entre muchos otros fallos.

resolvieron, por mayoría, conceder los recursos extraordinarios locales del MPF, ello obedeció a una composición circunstancial de dichas salas.

Volviendo al tema en cuestión no debe pasar inadvertido que la vinculación al precedente es una realidad fáctica, que no puede desconocerse, que contribuye a la seguridad jurídica, pues permite a los ciudadanos prever lo que puede esperarles. Así, HASSEMER, explica cómo funciona esta vinculación fáctica al mostrar “que el juez bien “puede” apartarse del Derecho judicial, que se encuentra establecido conforme al precedente, por tanto, no con la obligatoriedad formal del postulado de la vinculación a la ley. Pero, luego, si se aparta, debe ofrecer un importante esfuerzo de argumentación en los motivos de su decisión” (22). El mismo autor también hace referencia a la vinculación de los jueces a los precedentes antes que a la ley (23). Con relación a ello cabe señalar que en España para el TS prevarica el juez que se aparta de la doctrina consolidada del TS (dicta una resolución injusta). Como ejemplo de ello se puede citar el Caso Gürtel donde se condenó al ex juez Baltazar Garzón.

Por último, resta mencionar que en materia de suspensión del proceso a prueba, la decisión discrecional del MPF no puede ser revisada por los jueces y, por esa sencilla razón, el art. 205 CPPCABA —de aplicación supletoria en el ámbito contravencional cfr. el art. 6 ley 12— dispone no sólo que la oposición fiscal ejercida en esas condiciones resulta vinculante para el tribunal, sino que contra la decisión de rechazo fundada en la oposición fiscal tampoco cabe recurso alguno.

En ese sentido, resulta útil recordar que la Corte de Distrito de Nueva York en el precedente “Milliken vs. Stone” (16 F.2d 399) ha expresado lo que ha llegado a ser, en palabras de Rebecca Krauss, la Teoría Moderna de la Discrecionalidad Fiscal. Allí, el tribunal norteamericano señaló que el Fiscal toma decisiones de aplicación de la ley penal de manera discrecional respecto de la cual los jueces no tienen el poder de revisarlas (24). También explica que la revisión judicial constituye una pieza importante del sistema de separación de poderes ya que el poder judicial controla tanto el poder de los otros poderes como reivindica enfáticamente su propia función de determinar el contenido y significado de las leyes. No obstante, aclara que

(22) “Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz”, en *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 7. Auflage, (Hrsg. Kaufmann/Hassemer/Neumann), Heidelberg 2004, p. 264.

(23) El mismo, “Richtiges Recht durch richtiges Sprechen? Zum Analogieverbot im Strafrecht”, en *Strafen im Rechtsstaat, Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspolitik*, III, (Hrsg. Schild/Vormbaum/Zwiehoff), Baden-Baden 2000, p. 32.

(24) Ver KRAUSS, Rebecca, “The Theory Of Prosecutorial Discretion In Federal Law: Origins And Developments”, *Seton Hall Circuit Review*: Vol. 6: Iss. 1, Article 1, recuperado el día 1/11/13 en http://erepository.law.shu.edu/circuit_review/vol6/iss1/1.

el sistema de revisión judicial de los actos de la administración elaborado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en "Marbury vs. Madison" (5 U.S. 137 1803), para resolver los problemas que causa la separación de poderes en gran parte en el derecho administrativo y cuyos principios permiten el trabajo de los organismos administrativos mientras que ofrece una protección contra su abuso, no tiene igual aplicación contra el abuso de los fiscales federales en el procedimiento penal.

En consecuencia, la doctrina de la separación de poderes invocada en casos de discrecionalidad del MPF difiere de la doctrina de la separación de poderes del derecho administrativo. En efecto, los organismos administrativos, muchos de los cuales pertenecen al poder ejecutivo, se encuentran sujetos a la revisión judicial y a la revocación de sus actos por resultar arbitrarios y caprichosos. La administración debe expresar motivos racionales, legales y aceptables a favor de sus decisiones. Los fiscales federales, en cambio, carecen de semejante obligación a pesar de pertenecer al poder ejecutivo; dicha cuestión queda, en su caso, al control ciudadano (25).

En síntesis, si el cambio hacia un sistema acusatorio no viene acompañado de un cambio cultural de sus operadores, la reforma local y la prevista a nivel nacional habrán quedado en papel mojado. De ahí necesidad de cursos de capacitación obligatorios para todos los integrantes del poder judicial y del MP. ♦

(25) Sobre todo ello, véase KRAUSS, Rebecca, "The Theory Of Prosecutorial Discretion In Federal Law: Origins And Developments", Seton Hall Circuit Review: Vol. 6: Iss. 1, Article 1, recuperado el día 1/11/13 en http://erepository.law.shu.edu/circuit_review/vol6/iss1/1.

VIOLENCIA DE GÉNERO

POR ALEJANDRO MARTÍN BECERRA

Sumario: I. Presentación del tema, su importancia.- II. Perspectiva de género.- III. Violencia de género.- IV. Datos estadísticos OVD.- V. Tratados, convenciones, casos.- VI. Leyes.- VII. Femicidio.- VIII. Suspensión del juicio a prueba: colisión de normas entre obligaciones internacionales y derechos de los imputados.- IX. Conclusiones acerca de la relevancia de la temática y la normativa vigente.

I. Presentación del tema, su importancia

El tema ha adquirido gran relevancia no solo en nuestro país, sino en el resto del mundo debido, sustancialmente, al aumento considerable de casos de este tipo que ha tenido lugar en las últimas décadas, a lo que se suma el cambio de los paradigmas sociales al respecto y la mayor trascendencia pública de algunos episodios.

En tal sentido, se ha operado un cambio en la mirada de los operadores del sistema, con la consiguiente consecuencia en la mayor especialización que se ha notado y la distinta actitud de parte de aquellos, es especial los jueces, llevando a un análisis que contempla el meollo del conflicto tanto en su nacimiento como en su continuidad, con especial consideración de los motivos por los que la víctima, en general una mujer, podría cambiar de opinión sobre lo que le ocurriera.

II. Perspectiva de género

La perspectiva de género se refiere al estudio del impacto que éste tipo de violencia produce en la personalidad y actitudes de la víctima, como

así también a la consideración de su punto de vista y su experiencia, el saber escucharla y entender sus sentimientos y necesidades, aceptando a la otra persona y respetando su diversidad.

Desde otro punto de vista, alude a la responsabilidad de los jueces sobre el punto en análisis, a la importancia de los derechos de la mujer pero, también, de la relación hombre-mujer y las distinciones entre ambos. Ayuda a comprender y desentrañar los códigos culturales arraigados en la sociedad y combatir los prejuicios y los estereotipos.

Adoptar la perspectiva de género supone reconocer la desigualdad entre los sexos y la existencia de la agresión o el miedo a sufrirla de parte de las mujeres, lo cual afecta la subjetividad de los miembros del grupo.

III. Violencia de género

Distintas concepciones sobre el punto ayudan a entender mejor la temática. Se trata de aquella clase de violencia que reciben los distintos géneros por su pertenencia a los mismos y por el papel que tradicionalmente cada uno de ellos viene desempeñando, según surge de la opinión de Patricia Laurenzo Copello (1), o "todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer" (2) o "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado" (3) o "toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal" (4).

La reiteración de este tipo de conductas y su banalización configuran discriminación y desprotección para las mujeres y cierta actitud de policías, jueces, etc., le restan gravedad y producen mayor desprotección.

El hecho de que casi siempre sea mujer la víctima le da un significado especial al episodio y lo califica de violencia de género, pues constituye la reducción de un sujeto a la calidad de objeto.

(1) "La violencia de género en la ley integral, valoración político-criminal", Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

(2) Según declaración de la UN en 1993.

(3) Artículo 1 de la Convención de Belem do Pará, aprobada por ley 24.632 del 1/4/96.

(4) Ley 26.485.

La reiteración de ataques las expone a un riesgo de victimización, a la falta de reconocimiento social de dicho sufrimiento, sobre todo si no hay políticas de prevención adecuadas, llevando incluso a la culpabilización de las víctimas.

En tal sentido, se ha aludido que la histórica desigualdad de poder entre varones y mujeres ha generado una efectiva y real diferencia de posibilidades, la que se sostiene a partir de la fijación de estereotipos desde la cultura y la educación hasta en las propias normas.

En tal contexto de desigualdad estructural se construye la subjetividad de la mujer, por lo que es dable sostener que ella se encuentra en desventaja desde antes y no cuando es victimizada y que, entonces, aquella habrá de influir en su reacción tanto durante la agresión como con posterioridad.

Empero, no todo acto que cause sufrimiento a una mujer tiene origen en una discriminación de género (5). La conducta debe basarse en su género (6). El problema de la violencia de género no puede entenderse como un conflicto privado y, al respecto, la "...reiteración de estos hechos y las características en común que presentan constituyen un problema social" (7).

Según Ramón Ribas (8), no siempre que se haya cometido un delito de violencia doméstica (art. 173.2 del Código Penal español) existirá un delito de violencia de género (art. 153 del Código Penal español), pues para éste se precisa que el autor sea un hombre y la víctima una mujer, que ambos estén o hayan estado casados, etc., y que el acto se manifieste como una discriminación del primero respecto de la segunda por razón, precisamente, de la condición femenina de la víctima, evidenciándose una situación de desigualdad, una relación de poder del autor sobre la mujer.

IV. Datos estadísticos OVD

Es importante destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 2004, convocó a jueces y funcionarios para la creación de la Oficina

(5) Ver al respecto el trabajo sobre "La violencia contra las mujeres en las producciones de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", publicado en Estudios constitucionales, vol. 12, n° 1, Santiago, 2014.

(6) Art. 1 de la Convención de Belem do Pará.

(7) Tal la opinión de García y Yacobucci en la Sala II de la ahora Cámara Federal de Casación Penal al votar en los autos "Ortega", resueltos el 7 de diciembre de 2010 —ver "Jurisprudencia de Casación Penal", análisis de fallos, número 5, bajo la dirección de Patricia Ziffer—.

(8) Eduardo, en "Las relaciones entre los delitos de género y violencia doméstica", citado por Gustavo Alberto Arocena y José Daniel Cesano en "El delito de femicidio, Aspectos político-criminales y análisis dogmático-jurídico", editorial Indef., Montevideo-Buenos Aires, 2013, p. 22.

de Violencia Doméstica, y que ésta inició sus funciones el 15/9/08 con un equipo interdisciplinario destinado a la realización de los informes de riesgo.

Estadísticamente, se ha comprobado que el 95 % de los casos que le llegan se radican en la Justicia Civil, el 75 % en la Penal y casi el 60 % son atendidos fuera del horario judicial, con 79 % de mujeres y 21 % de hombres. De las mujeres víctimas el 45 % tiene estudios secundarios completos o incompletos y el 7 % universitarios.

En otro aspecto de la cuestión cabe mencionar que existen problemas en relación con la ratificación de las denuncias y con la existencia de casos de arrepentimientos.

Es de destacar, en orden a la función de la justicia penal y más allá de que ella solucione el conflicto, que, finalmente, envía un mensaje acerca de que la violencia contra las mujeres es una violación de derechos humanos y no es tolerable.

V. Tratados, convenciones, casos

Es interesante recordar cuál es el avance que se ha logrado en el orden normativo, a saber:

* Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), aprobada por la UN en 1979, ratificada en 1985 por ley 23.179 e incorporada a la C.N.

* Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará) de 1994, aprobada en 1996 por ley 24.632 (con jerarquía superior a las leyes según el art. 75, inc. 22 de la CN).

* Documentos suscriptos por la CSJN en la Cumbre Judicial Iberoamericana (Declaración de Cancún del 2002).

* Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, del año 2008.

* Recomendación General n° 19 de 1992, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Proyecto de Recomendación General n° 28 del año 2010.

* Observaciones Finales del Comité de DD.HH. en 2010 y 2011 sobre tratamientos discriminatorios de nuestras autoridades judiciales.

* Protocolo de Palermo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2004.

* Recomendaciones en el ámbito europeo y americano en la misma línea, entre las que cabe resaltar que la Convención Americana aplicó "Belém do Pará" en distintos casos (María da Penha, Brasil, en el que se consideró que la impunidad del autor era reveladora de la tolerancia estatal en vulneración de la Convención, actuando con negligencia para procesar y condenar y también para prevenir; Jessica Lenahan e hijas —EE.UU.— en que se aplicó la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, pues no adhirieron a "Belém do Pará", por falta de diligencia; en Campo Algodonero en que se investigó la desaparición y muertes de mujeres en Ciudad Juárez se entendió que hubo una violencia generalizada contra las mujeres y se habló de "homicidio de mujer por razones de género").

VI. Leyes

En nuestro país se dictaron distintas leyes sobre la materia, a saber:

* **26.485, 1/4/2009**, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales. Tiende a "...hacer efectivos los derechos de la mujer desde una perspectiva de género, rebasando las fronteras de la violencia doméstica para avanzar en la superación del modelo de dominación masculina, con una dimensión trasversal que proyecta su influencia sobre todos los ámbitos de la vida".

Define violencia contra las mujeres (art. 4°) como "...toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal". Indirecta: "...toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón".

* **26.791 (modifica 80 CP), 11/12/2012**: femicidio.

* Inciso 1°: "...o a la persona con quién mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia".

(*Pareja: relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente, compartiendo un proyecto de vida común*).

* Inciso 4º: odio "...de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión".

(Razón de la agravante: perversa razón determinante del brazo homicida, impulsados por sentimientos misóginos o de aversión hacia...).

(Odio de género: cuando la antipatía se basa en la condición femenina o masculina de la víctima. Ello más allá de que tradicionalmente el concepto de "odio de género" se identifica con el "violencia contra la mujer").

(Ahora, por ley 26.743, el carácter masculino o femenino dejó de ser una cuestión biológica para pasar a ser un asunto normativo. Identidad de género: incluye su derecho a solicitar la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre...).

(Orientación sexual: identidad de género o su expresión, se relaciona con atracción sexual primaria hacia el mismo sexo, el opuesto o ambos).

* Inciso 11º: "A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género".

* Inciso 12º: "Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1º".

(Delito de tendencia interna).

La atenuación del último párrafo no es aplicable "...a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima".

VII. Femicidio

Se lo define de distintas maneras: homicidio de una mujer, homicidio de una mujer si existe o existió relación previa, homicidio de una mujer que pone el acento en el motivo, la muerte de una mujer por su pertenencia al género femenino, asesinato de mujeres cometidos por hombres como una forma de violencia sexual, conjunto de violencias dirigidas a la eliminación de las mujeres por su condición de tales.

Ahora bien, nuestro ordenamiento, en el inc. 11 del art. 80 del C.P., establece pena para el que mate a "...una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género".

El tipo penal exige que el sujeto pasivo sea una mujer, el activo un hombre y el motivo la violencia de género, sin que sea un presupuesto la existencia de una relación afectiva. Y, para el caso de haber relación afectiva, no se exige violencia de género.

VII.1. Críticas

El texto ha merecido las mismas críticas que se dirigen al expansionismo en el derecho penal, tal lo expusiera Silva Sánchez (9), Pastor (10) y, al referirse específicamente al tema, Bloch (11). Es que no se explican las razones que han llevado a la introducción de nuevos tipos penales para conductas que, en realidad, ya se encontraban previstas en el ordenamiento con duras penas. Se habla entonces del imperialismo del derecho sobre la base de sostener que cuando éste falla la solución para superar es aplicar más de lo mismo.

Por lo demás, no distingue la norma el agravamiento de los supuestos en los que el meollo pasa por el vínculo existente de los que incorporan la violencia de género. Al respecto, cabe aludir a que los propios legisladores confundieron la violencia de género con la doméstica. Ahora, entonces, la violencia de género es un elemento típico tanto respecto del sujeto pasivo como activo y se perdió la lograda neutralidad de género que tenía escasas excepciones en el código, tales como el caso de la partera a quien se alude en el art. 86.

Cabe aludir también a algunos otros aspectos que, a mí entender, tornan poco feliz la incorporación del tipo en cuestión.

Así, las circunstancias extraordinarias de atenuación no serían aplicables a la doble agravante de los incs. 1 y 11 pues sólo está prevista para el primero. Además, para la aplicación de la agravante efectúa un distingo inadmisibles entre víctimas hijos varones y mujeres al excluir a aquellos siempre que hubiera actos de violencia anterior. Además, no se aplica la atenuante en estos últimos supuestos sólo cuando la mujer sea víctima, con o sin violencia de género.

Se trata de una figura en parte residual pues, con excepción de dicha atenuante, deja de importar la violencia de género cuando basta con el vínculo.

Asimismo, la aplicación a los casos de violencia no doméstica es casi nula, a pesar de que ese fue el motivo de la reforma. Hay que tener en

(9) Jesús María, "La expansión del derecho penal", ed. Euros, Buenos Aires, 2011, p. 269.

(10) Daniel R., "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos" en la "Rivista di Filosofia del diritto internazionale e della politica globale", año 2006.

(11) "Estudio crítico del tipo penal de femicidio en el Código Penal argentino", trabajo presentado ante la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

cuenta que en el ámbito no doméstico el género no es en general el factor que explica la violencia contra las mujeres.

Todo ello, sin perjuicio de la eventual violación del principio de igualdad al tratarse como comportamientos diferentes en orden a la tipicidad por el sólo hecho de existir diferencia en cuando a la fuerza física o el mayor temor, más allá de que ello pueda ser considerado al momento de la aplicación de la pena que corresponda.

Se ha sostenido, por el contrario, que la razón de la tipificación pasaría por la menor autonomía e integridad de quien tiende a bajar su autoestima, como ha sostenido el Tribunal Constitucional Español (12) y que la mayor penalidad se basa en el mayor desvalor que implica que el hombre inserte su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas, lo que lo hace más violento, más allá de aparecer como reñido con el principio de atribución de responsabilidad por el propio hecho.

Es cierto, en cambio, que hay una especial calidad en el sujeto pasivo pero debería, entonces, eliminarse al hombre como único sujeto activo posible.

En otro aspecto del análisis, se advierte que hay imprecisión en el concepto de violencia de género, lo cual puede incluirse en la tendencia al expansionismo al que he aludido, y una afectación de los principios de legalidad y taxatividad.

La violencia de género, según Arocena (13), es la "...violencia ejercida sobre las mujeres por el mero hecho de serlo, que hunde sus raíces en la estructura patriarcal dominante en la historia..."; las mujeres son usables, prescindibles, maltratables y desechables, y la violencia se certifica a través de las circunstancias anteriores, concomitantes y desiguales.

En tal sentido, habrá de coincidir en que, dados los aspectos típicos remarcados, se advierten posibles problemas de subsunción que lleven a la errónea consideración de que basta con la mera pertenencia de la víctima al género femenino.

Sin duda, a modo de síntesis, se han usado conceptos equivocados o superpuestos de violencia de género y de violencia contra la mujer y la

(12) Causa 59/2008, "Cuestión de inconstitucionalidad nro. 5939-2005 planteada por el Juzgado de lo Penal N° 4 de Murcia respecto del artículo 153.1 del Código Penal, 14/5/2008, p. 29.

(13) Autor y obra citados, p. 20.

tipificación, tal como adelanté, es incorrecta, provocando problemas de legalidad y de taxatividad y, además, injusticias palpables.

VIII. Suspensión del juicio a prueba: colisión de normas entre obligaciones internacionales y derechos de los imputados

Un aspecto de sumo interés en relación con la temática que analizo es el de la llamada *probation* y su eventual aplicación para estos supuestos.

En tal sentido, es imprescindible citar la Convención de Belem do Pará, pues, luego de definir la violencia contra la mujer como aquella "basada en su género" (art. 1) e incluir entre los supuestos la física, sexual y psicológica... a) dentro de la familia... o cualquier otra relación interpersonal... y que comprenda entre otros violación, maltrato y abuso sexual, b) en la comunidad y c) dondequiera que ocurra (art. 2), establece (art. 7) que los "...estados convienen en adoptar políticas para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, incluir normas penales... para ello, y establecer "...procedimientos... que incluyan... un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos".

Sobre la base de tal Convención, la C.S.J.N., en el fallo "Góngora" (14), aludió al compromiso del Estado de sancionar este tipo de hechos, a la necesidad de llevarlos a un juicio oportuno, destacando que son improcedentes otras alternativas, para concluir que sólo un juicio permite un pronunciamiento definitivo sobre culpabilidad o inocencia. En esa línea, sostiene que la *probation* frustraría la determinación del hecho, establecer la responsabilidad y sancionar, y destaca la trascendencia del debate oral y público para que la víctima asuma la facultad de comparecer para lograr el "acceso efectivo" al proceso, según lo determina el artículo 7 de la Convención, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria. De lo contrario, sostiene, se incumplen las obligaciones asumidas por el Estado.

Ahora bien, los supuestos previstos en el artículo 76 bis del Código Penal resultan, en principio, aplicables a la mayoría de los casos abarcados por la llamada violencia de género pues es una norma que permite la aplicación del instituto a imputados de un delito de acción pública reprimido con pena que permita su aplicación en suspenso (15). Por ello y debido a la cantidad de casos en que se plantea la aplicación del instituto, resulta de trascendencia aplicar un criterio sobre el punto.

(14) Dictado el 23/4/13.

(15) Ver fallo plenario "Kosuta", de la ahora Cámara Federal de Casación, del 17/8/99 y Acosta, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictado el 23/4/08.

Así, se ha sostenido que la imposibilidad de su aplicación es un exponente del más puro neopunitivismo pues de la errada lectura de la convención "se deriva un derecho de la víctima al castigo y la consiguiente infracción a los deberes del Estado asumidos de investigar y sancionar la violencia contra la mujer", lo cual es "...un puro argumento de autoridad que últimamente parece cerrar las puertas a la exigencia de proporcionar verdaderos fundamentos en la toma de decisiones" (16). Alude incluso a que la utilización del principio *pro homine* le está haciendo un enorme daño a la argumentación jurídica.

Otros autores, como Facundo Maggio (17), al comentar un fallo del T.O.C. al que luego me referiré, sostienen que el rechazo sistemático del instituto para estos casos podría afectar los principios de igualdad y legalidad (arts. 16 y 18 CN) y recuerda que los tratados tienen jerarquía constitucional y "no derogan artículo alguno de la primera parte de ésta constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos".

El Tribunal n° 2 citado, en los autos "A.S.V." (18) entiende que la pretensión sancionatoria a que se refiere Góngora no rige para todos los casos y que debe analizarse cada uno en concreto, resaltando que en el supuesto que analiza la víctima hizo saber que no quería hacer valer aquella. Sostiene, entonces, tal posición, para así establecer si el otorgamiento del instituto "conlleva necesariamente incumplir con el deber asumido por el Estado de adoptar políticas concretas para prevenir, investigar y sancionar hechos de violencia contra la mujer, utilizando para ellos criterios de razonabilidad y proporcionalidad".

A su vez, el T.O.C. 4 (19), con votos de la citada jueza Bloch, se sostiene el mismo criterio y dice que hay que ser cuidadoso a la hora de resolver este tipo de situaciones y que no hay un derecho de la víctima al castigo, resaltando que no puede cerrársele el camino a soluciones alternativas. Agrega que si se pensara que la Corte, en Góngora, ha resuelto todos los casos, se interpretaría el fallo como una ley.

Por el contrario el T.O.C. 6 (20) sostuvo, en coincidencia con la Fiscalía, que hacer lugar a la aplicación del instituto implicaría afectar la prevención,

(16) Voto de la Dra. Bolch en los autos 4357 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 4 "Cajal, Gerardo D. s/amenazas coactivas reiteradas, rta. el 28/4/2014.

(17) Suplemento La Ley de "Penal y Procesal Penal", abril del 2014, n° 3, p. 21.

(18) resueltos el 24/06/13.

(19) causas 4325 "Román" del 14/7/14 y 4520 "Barraza" del 27/2/15.

(20) causa 4501 "Nieto", resuelta el 15/10/14.

investigación y sanción de los supuestos en estudio, lo cual pondría en crisis el compromiso del Estado en tal dirección.

El T.O.C. 10 (21), que integro en forma efectiva, entendió que la improcedencia de la *probation* no es absoluta pues la Corte también dice que la necesidad del debate está relacionada con la facultad de la víctima de comparecer para efectivizar el acceso efectivo al proceso "en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria", de lo que se desprende que es posible hacer excepciones en la medida en que obren elementos que permitan concluir que ello redundará en beneficio de la propia víctima o de su entorno familiar.

La Sala II de la C.F.C.P., en causa en que se imputaban lesiones leves a la pareja conviviente y a la hija de ésta (22) y en otra por abuso sexual consistente en tocar los pechos de una mujer en el andén de una estación (23), denegó la concesión de la suspensión del juicio a prueba sobre la base de sostener que ello implicaría una infracción a los deberes asumidos por el Estado. En la misma línea se expidió la Sala IV en los autos "Segura" (24), al sostener que la Convención representa un compromiso internacional de investigar y sancionar, por lo que no resulta viable la concesión y se impone la realización del plenario.

En los autos "Segura" (25), la Sala IV del mismo tribunal, con cita del fallo "Góngora", insistió en que la Convención de cita representa el compromiso internacional de investigar este tipo de delitos, por lo que se imponía la realización del plenario.

El nuevo Código Procesal (26) que aún no se encuentra en funcionamiento dispone en su artículo 30 que la suspensión del juicio a prueba puede dar lugar a la disponibilidad de la acción, salvo "...cuando apareciere como un episodio dentro de un contexto de violencia doméstica o motivada en razones discriminatorias".

Como se aprecia, no se alude a violencia de género sino doméstica, lo que implica una diferencia de no menor relevancia en relación con lo que se desprende de la Convención y, por ende, del fallo "Góngora", por lo que, seguramente, habrán de sucederse distintos pronunciamientos jurisdiccionales respecto de la eventual aplicación o no del instituto para los supuestos que

(21) Autos 4558 "Torres", del 9/4/15.

(22) Autos "Calle Aliaga", del 30/11/10.

(23) "Ortega", del 7/12/10.

(24) Del 24/6/15.

(25) Fechada el 14/6/15.

(26) Ley 27.063.

no se concilien estrictamente con la letra de la ley y se reeditarán las discusiones acerca del alcance de la normativa internacional.

Las conclusiones que cabe sacar en relación con la temática y sin perjuicio de lo que, en su momento, habrá de sostenerse cuando el nuevo código esté en funcionamiento, son las siguientes:

- 1) No necesariamente la decisión debe ser negativa respecto de una petición de suspensión del proceso a prueba respecto de la llamada violencia de género, pues, creo, tal como adelanté, no es esa la interpretación que cabe otorgar ni a los términos de la Convención ni al contenido del fallo "Góngora".
- 2) No otorgar la *probation* es, según los casos, discriminatorio, innecesario, desproporcionado y, sustancialmente, marca una clara desigualdad ante situaciones que, en puridad, son similares.
- 3) El instituto está previsto para casos "menores" y muchos de ellos se dan dentro de la temática que analizo.
- 4) El criterio absolutamente restrictivo del nuevo código, para supuestos de violencia doméstica, y el que se quiere dar en la misma línea en el fallo "Góngora", impiden a la víctima obtener un pronunciamiento que se compadezca mejor con sus pretensiones y que cumpla más acabadamente con la finalidad que se sigue incluso en la normativa internacional a la que el país adhirió.
- 5) En no pocos supuestos la víctima no quiere la condena de quien, incluso, sigue con ella conviviendo y en casos en los que, por ejemplo, se han gestado hijos en la pareja con posterioridad al hecho, por lo que habrá de tenerse especialmente en cuenta su opinión, previo el debido asesoramiento y el profundo análisis de su situación sobre todo en el ámbito psicológico.

IX. Conclusiones acerca de la relevancia de la temática y la normativa vigente

Es sumamente importante tener plena conciencia de la relevancia y gravedad de este tipo de sucesos y sobre todo hacer hincapié en la necesidad de concientizar a la sociedad sobre el punto y, consecuentemente, lograr del Estado una mayor ingerencia dirigida a la protección de los derechos en juego.

En esa línea aparecen sustanciales las normas internacionales y nacionales dictadas, y a dictar, sobre el punto y determinante la mayor ingerencia

que la temática ha tenido en los distintos fallos que se han sucedido, más allá de la existencia de ciertas diferencias respecto de la correcta interpretación que cabe efectuar sobre las mismas, lo cual es sumamente lógico en la medida en que se trata, de alguna manera, de cuestiones relativamente novedosas para la jurisprudencia.

Al respecto, es de desear que, en el futuro, la legislación no resulte tan errática y confusa, y que se enfoque con mayor precisión sobre los puntos trascendentes, logrando de tal manera una mayor y mejor conexión con aquello que nuestro país ha ratificado en los tratados internacionales que ha suscripto y ratificado.

Todo ello, teniendo en cuenta que, si bien el derecho penal no es la única solución ni la más adecuada para las discriminaciones originadas en cuestiones de género, habida cuenta los aspectos histórico y sociológicos en que se enmarca la cuestión, lo cierto es que está en condiciones de efectuar un aporte de relevancia para enderezar la problemática que nos ocupa. ♦

EL LLAMADO “PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD” EN MATERIA PENAL

DEBATE

En la reunión mensual de este Instituto de Derecho Penal de la Academia Nacional de Derecho, del día 2 de agosto de 2016, se trató el tópico del principio de oportunidad en materia penal, a raíz de su inclusión en los diferentes proyectos de reforma de estos últimos años, tanto de los códigos procesales, como del código penal sustantivo.

Como es común en estos encuentros, uno de los miembros comenzó la discusión con una breve exposición. A partir de allí, se suscitaron diferentes posiciones que se sintetizan y compilan en los textos que siguen y que hoy publicamos en este tomo, dada la trascendencia del tema para la legislación y política criminal actual.

Dr. Mario Laporta

Los sistemas procesales mixtos (en rigor más bien inquisitivos) tienen como nota distintiva que se rigen por el denominado principio de legalidad u oficiosidad. Esto significa que, generalmente, el juez tiene la obligación de impulsar el caso sin que exista, al menos formalmente, un modo de terminarlo diferente al de la absolución o la condena. Esto, al margen de las enmiendas posteriores que han venido incorporando ciertas vías alternativas del proceso, como la suspensión del juicio a prueba y los acuerdos que conforman la idea general del *plea bargaining*.

La oficiosidad es una regla, al menos como postulado, al punto tal que el CP tiene una cláusula de cierre de este sistema que sanciona con prisión al funcionario que deja de perseguir delitos.

La idea de la oportunidad irrumpe así en la discusión de la mano de los sistemas procesales adversariales que se proyectan a través de los códigos denominados acusatorios, cuyo rasgo principal es la división de funciones entre el que investiga e impulsa y el que juzga, entre otras notas (oralidad, desformalización de la prueba y, en lo que nos interesa, oportunidad).

Lo primero que debe decirse es que difícilmente pueda esto ser considerado un principio. Por lo pronto se presenta como una excepción directa a la regla de la oficiosidad por cuanto el fiscal, bajo esta idea, puede retirar el caso cuando se dan los requisitos que el sistema exige para activar esta posibilidad.

Criterios de oportunidad han existido siempre. Sin ir más lejos, en nuestro sistema procesal nacional inquisitivo/mixto existen varias prácticas que se parecen demasiado a como hoy aparecen formulados los criterios de oportunidad en los códigos procesales modernos. Dejar prescribir un caso, postular el sobreseimiento bajo razones de insignificancia, antijuricidad material, pena natural son frontalmente la aplicación de criterios de oportunidad no reglados. Es decir, la necesidad de seleccionar casos ha venido siendo siempre más fuerte que la rígida regla procesal de impulsar todos los delitos, sea como fuera.

Una idea básica de la oportunidad procesal debería dejar en manos del fiscal la decisión de seguir adelante con el caso sin que deba haber mucha reglamentación sobre ello. Al margen de esto, es común que los códigos procesales acusatorios presenten criterios de oportunidad reglados y tasados en mayor o menor medida. Hay, también, una cierta idea de renuncia a la proclamada verdad material de los sistemas inquisitivos bajo el viraje de la visión del delito como una ofensa (y también, un pecado) a la comunidad hacia su concepción como un conflicto entre particulares, en donde, sin desestimar por completo la idea tradicional, se postula la tesis de la devolución a los implicados frente a la de su expropiación.

Quizás como denominador común pueda decirse que hay consenso en excluir de la posibilidad de abandonar el caso a los delitos cometidos por funcionarios públicos y cuando existe algún tipo de gravedad en la imputación. Luego de eso, los criterios se atomizan y van apareciendo de modo bastante disperso según el ordenamiento que sea. De este modo, insignificancia, pena natural, pena innecesaria son criterios que se ven en los sistemas procesales que ofrecen esta posibilidad.

También es un factor común que el fiscal deba presentar algún tipo de fundamentación de su decisión y, además, siempre hay una instancia de control. Ya sea interna (un fiscal de mayor jerarquía) o externa (el juez, como sucede curiosamente en el CPP chileno). Asimismo, es usual que

frente al abandono del caso pueda la víctima retomararlo en forma autónoma, reemplazando en la función al fiscal (como pasa en el CPP CABA que, se proyecta, registrá —a raíz del traspaso de competencias— en un futuro no muy lejano para todos los delitos no federales cometidos en esa jurisdicción).

Cada sistema ofrece su propio catálogo de criterios de oportunidad y esto es, en cierto modo, una reglamentación de una modalidad que actualmente existe bajo el sistema procesal actual pero que se ejerce de modo indiscriminado, selectivo y sin ningún tipo de control ni posibilidad previsible de reasunción de parte de la víctima.

Es inimaginable el funcionamiento de este principio para casos graves ni, como se decía, cuando hay funcionarios involucrados pero, según como esté formulado, deja en manos de un órgano diferente (el MPF) la decisión de perseguir los delitos. Idea esta que puede ser relativizada en aquéllos sistemas en los que el juez puede controlar esa decisión (como es en Chile y, en cierto modo, en nuestro CPP actual bajo la conocida regla del art. 348).

Dr. Fernando Goldaracena

Estoy convencido que la oportunidad no es un principio. Y hasta dudo que sea un criterio verdadero pues descreo que valga asignar esa jerarquía a lo que para mí no pasa de ser una solución práctica que, como pasa siempre en su lógica, sólo sirven cuando traen más soluciones que problemas. El principio en cambio es una altura de valor que comparte determinada cultura y oficio de presupuesto sobre el cual vale partir para una construcción. El criterio guarda con el principio algún parentesco aunque se ubique en un segundo rango, porque en cuanto criterio debería poder enunciarse de modo objetivo y general. Lo que no es así en la práctica, donde a veces puede servir un camino y a veces otro sin que el margen de arbitrio autorice a armar bochinche por eso.

De donde cabe un paso más hacia el problema de la oportunidad ya que, como es en derecho, los pareceres personales valen poco, el argumento de oportunidad nada y todo debe poder resumirse por pautas de razón prudencial compartibles por el común de la gente. Los casos donde el fiscal abandona la instancia por apreciar que enfrenta una dificultad probatoria que arriesga su triunfo, pensar que los hechos probados no encuadran en ningún delito o considerar que la prueba rendida certifica la inocencia del imputado (los presupuestos clásicos del sobreseimiento, bastante abandonados hoy día por pensar los fiscales que lo suyo no es aplicar la ley sino actuar como si defendieran un interés particular sin advertir que el interés público, en cuyo nombre actúan, es el interés de la

ley y o el mero auspiciar la controversia por parecer feroces, armar espectáculo o gastar esfuerzos en causas que no lo merecen) no encuadran en la idea de oportunidad más próxima a pautas contingentes de comodidad o algo así.

El proceso penal se propone aclarar un hecho, establecer si constituye delito y juzgar la responsabilidad de sus eventuales autores. El delito está en la ley correspondiente y su entidad o gravedad se mide por la escala penal y las pautas de los artículos 40 y 41 del código, por manera que no sería lícito (en el sentido de ajustado a la ley) elegir en su medio cuáles hechos delictivos vale perseguir y cuáles no. Vez pasada recordé al maestro Oderigo cuando enseñaba que lo que importa en el juicio no es cuánta plata tenía la billetera sustraída sino que la billetera sea mía, porque esa es la única medida válida del interés personal presente en todo juicio. La genialidad de Ihering fue mostrar otra cara distinta del derecho objetivado en la ley, señalando el derecho según quien lo invoca y ostenta, que es por donde nacen los conflictos y se legitiman la acción y la excepción.

No creo que el problema de la verdad se implique en esta cuestión. Comparto contigo que la finalidad de superar conflictos tiene mucho que ver con el proceso judicial, pero a mi ver esa aspiración no compromete la verdad. La tensión anida en nuestra cultura jurídica y se refiere a la idea de justicia porque, pienso, así como los sajones toman la justicia como un instrumento para resolver los conflictos suscitados entre la gente, para nosotros es común hablar de justicia como si la virtud se implicara directamente en el trabajo de los jueces. Claro que la virtud está ahí, pero descreo que ella gobierne por sí los juicios y de la enseñanza de muchos procesalistas que ponen el acento en la justicia para hablar del proceso; descreo porque cada vez que la justicia se pone por delante me acuerdo del montón de jueces que he conocido en mi vida y jamás se preocuparon o desvelaron por la justicia. La justicia es una virtud que compartimos todos —jueces, fiscales, abogados y el hombre de a pie—, aunque algunos la sienten más fuerte y se comprometen con el derecho.

La justicia es en el proceso una aspiración permanente de la que no habría que hablar y que suele invocarse por pura soberbia: los jueces se ocupan de establecer los hechos y resumirlos en la ley que los contempla, porque eso es lo que saben hacer y eso es lo que expresa u objetiva la justicia de lo que deciden. El tema se las trae, muestra lo que la actividad tiene de técnica y pone al legislador en el sitio que le cabe pues cada día es más común, lo quise decir ayer, ver cómo se falta el principio de legalidad mediante normas huecas, entregadas a simples fórmulas de enorme vaguedad que hacen el pic-nic de los jueces. El legislador debe cumplir su parte y ésto es más importante en el campo del proceso judicial porque,

lo dicen un montón de autores, las leyes procesales dispensan cargas a las partes y deberes al juez porque para él se dictan, para que controle y administre debidamente el poder del cargo.

La verdad, en cambio, es un valor al que se aspira y no siempre se logra aunque nunca se puede abandonar. Hoy en día se ven muchas voces que descreen de la verdad o la relativizan con las maneras del político y por esa corriente relativista denunciada por el papa Benedicto. Que el proceso judicial no siempre atina con la verdad es cosa sabida, pero si no lo hace fracasa pues siempre lo suyo es la verdad como única forma válida de resolver los conflictos. La prolífica historia del error judicial se corresponde mucho con las alteraciones padecidas por la verdad a causa del manipuleo de los abogados, la precipitación de los fiscales y la desidia de los jueces. Las soluciones alternativas que superan los conflictos a medio camino siguen, como los sajones, la idea de que al desaparecer el conflicto la verdad pierde importancia, lo cual obedece justamente a que el conflicto plantea por definición dos visiones o versiones diferentes sobre un hecho de la historia, donde uno predica el blanco y el otro el negro y donde, por lo tanto, la justicia del caso es dar con el color debido, establecerlo por la prueba y pronunciar la certeza con fundamentos suficientes para que el perdedor asuma su condición. Así se evitan los resentimientos, se siembra confianza en la comunidad y se logra la justicia a la que pueden aspirar los hombres, demasiado olvidados del bíblico no juzguéis que obliga a nuestras religiones, pero puede pasar —y pasa— que las propias partes se cansen, descreen o pierdan el ánimo y la fuerza que son necesarias para llevar la acción adelante y entonces, porque la solución alternativa les viene mejor que la espera, convienen con ella. Lo que es distinto de ceder, como se ve en la práctica, por la presión de operadores que asusta a quien cree tener razón, teme perder, se decepciona del sistema y rinde.

Para el procesalista, en fin, el problema de la verdad es muy serio. Discuten usualmente en general qué debe entenderse con el término, aunque comparten comúnmente que es la correspondencia de la visión del observador con lo que él está observando. Y discrepan siempre en cuanto partes enfrentadas en el juicio, pero esto, sabido por experiencia diaria, suele olvidarse por jueces y abogados, en general poco afectos al derecho probatorio y distantes de Framarino dei Malatesta. Cierto que últimamente aparecieron más obras dedicadas al tema pero no veo mucho progreso sobre los trabajos clásicos actualmente difíciles de encontrar en las librerías, y cierto es también que el asunto tiene mucho que ver con la condición de certeza, la presunción de inocencia, el *favor rei* y la honestidad intelectual de quien juzga. Puede que la digresión no venga a cuento, pero quiero destacar lo que tengo leído y releído de uno de los miembros del Instituto: suelo sugerir a los alumnos que si quieren pensar el tema

lean a Luis María Rizzi en su voto como juez de San Isidro en el caso "Carrascosa".

Comparto que las especulaciones más modernas miran con curiosidad el sistema judicial americano, más quizá por influencia del cine que por estudios serios en las universidades del Norte. Y sospecho que eso obedece a un prejuicio común hoy día: los códigos llamados inquisitivos eran seguramente eso, pero también reguladores. Desde las Ordenanzas de Carlos III de España los reyes se preocuparon por controlar el poder de la inquisición mediante normas específicas y detalladas que pusieron por eso algún coto a los abusos. De ahí venía el código de Obarrio, que al regular aportó un método que uniformaba el trabajo diario: los mejores y los peores, los más preparados y los menos, los jueces de más jerarquía y el menor de los curialetes, todos tenían que estar a un manual con los palotes que mantenía bastante el orden. El código de Levene, en cambio, instaló la puja por el poder a la que me referiré enseguida, licuó todo en formas generalmente vanas y discutibles, eliminó las reglas prácticas y dejó que todos dijéramos sobre cualquier cosa lo que nos da la gana; lo que es así en general pero fundamentalmente en materia probatoria donde, salvo algunas pocas reglas de adquisición probatoria y una remisión al pasar a la sana crítica, todo es opinable y el código procesal más sirve de menú de donde elegir que de patrón uniforme de comportamiento. Los jueces se respaldan dogmáticamente en la sana crítica, pero rara vez la observan y mucho menos siguen sus dictados para motivar la decisión que adoptan.

El sistema americano arrastra enorme tradición por la práctica concreta en la audiencia pública y la contradicción entre las partes. De ahí el interrogatorio cruzado, su lógica y la manera de llevarlo. Lo que era así con Obarrio por el mecanismo de las repreguntas, que sólo vimos funcionar los más viejos y que los jueces de hoy, preocupados por seguir sus caprichos y poco por estudiar, manejan por discreción y no como técnica. Y es sabido que la discreción a veces es una excelente herramienta y otras horrorosa. La modernidad tiene la particularidad de detestar lo antiguo, donde vamos también los viejos; de ahí que haya quienes se deslumbran con lo que se alcanza a ver de otros sitios sin mirar nunca dos o tres generaciones atrás, donde están los maestros. Lo que está bien en muchos sentidos pero no en otro, pues quien copia, improvisa y la improvisación en este terreno es cara y muchas veces injusta. Me acuerdo por caso que en otros años leía mucha jurisprudencia y siempre me asombraban los fallos de la justicia cordobesa —donde regía el Código de Velez Mariconde, la sana crítica y la oralidad—, porque era impresionante la sabiduría y profundidad con que los jueces sostenían los motivos por los cuales fijaban los hechos del caso.

El derecho procesal existe como ciencia desde hace poco más de un siglo. Lo que se debe a Chiovenda y a la Escuela Italiana, importantísima aquí, pues nuestros procesalistas —y eran otras las épocas y otras las comunicaciones— formaron entre los mejores discípulos. Pero por su condición de ciencia se ocupa de ciertos y contados institutos relacionados con la administración de justicia sin tocar o hacerse cargo de lo que la práctica en el terreno tiene de práctica. La actividad judicial es técnica y, diría Carnelutti, también arte. La preocupación del hombre por aplicar la ley general al caso concreto trabaja y desarrolla una habilidad difícil de acartonar en dogmas y estructuras porque se lleva mucho por el genio y la armonía de un operador que actúa mucho por intuición, sigue a sus mayores y respeta su experiencia. Con lo que quiero decir que tanto descreo y recelo de actitudes dadas a operar al revés y, en vez de escalar al nivel de la teoría abstracta para pensar científicamente, toman sus herramientas y bajan con ellas a las cosas concretas porque, suelo decir en clase, esas actitudes evocan dos libros infantiles: Alicia y Cenicienta.

La experiencia enseña pronto que la intuición marca el camino y señala los problemas, pero no alcanza. El operador que hace su trabajo desconfía de todo lo que tiene y principalmente de sí mismo, por lo cual, cuando llega al punto donde cree haber terminado en realidad todavía no empieza. Le falta repasar todo dos veces, ver que cierre, encontrar la armonía y asegurarse que las propias voluntad y discreción hayan quedado afuera. Sentir que hace lo que el legislador manda y confiar que esa es la mejor manera de hacer justicia pues, si bien aparecerán, sin duda, obstáculos puntuales que hacen ruido (vuelvo a Luis Rizzi y sus ejemplos de anoche), sólo en esos casos tendrá que volver en busca de ajustes.

Pido disculpas por una digresión que es más bien política pero que para mí viene a cuento. La realidad argentina de este siglo muestra, según nos deja ver el gobierno recién ido, que a los gobernantes les interesan cosas muy concretas y la principal es, sin duda, el problema del poder siempre creciente y concentrado, como demostró Bertrand de Jouvenel hace medio siglo. Para eso precisan las mayorías en el Congreso, la plata y la mayor libertad de arbitrio, lo que implica controlar la justicia si, además, no tienen pensado jugar limpio. La combinación de todo eso convirtió al Congreso de la Nación en un poder sin poder, rendido por las mayorías a lo que pide y precisa el Ejecutivo, esto es leyes fatalmente ambiguas y generales que tanto permitan el blanco como el negro, el derecho penal mínimo y el máximo, el garantismo y el enemigo porque, por añadidura, una vez lograda una legislación laxa es posible rendir adversarios y asegurar sus designios mediante el apoyo de una justicia legítima que haga lo que se espera de ella. Punto de partida a la corrupción según enseña la historia reciente y bien puede repetirse, pues está claro que el poder

cambia a la gente. No importa tanto entonces que un instituto cualquiera esté ya instalado o en vías de hacerlo. Lo importante pareciera más bien dejar dichas estas cosas porque algún día todo se pondrá más claro, la democracia querrá ser eso y la república recuperará la importancia que perdió en estos tiempos. Porque una cosa sea hoy en día de una manera determinada o porque la gente crea fervientemente en ella y siga su prédica no se convierte en buena, válida y verdadera.

Los distintos modos de ver el proceso judicial, lo que se etiqueta como adversarial para acentuar lo controvertido y por inquisitivo para denostarlo, puede leerse desde el poder. Hace años un sabio me previno sobre algo que hoy se ve claro, al decirme que el gobierno de los militares era malo y temible pero que no hay que engañarse porque peor, mucho peor, es el gobierno de los jueces. Los códigos procesales reparten poder y por eso estoy muy de acuerdo con la referencia de Luis Rizzi ayer: si el poder se da a los jueces ellos al menos son independientes; pero si el poder se da a los fiscales y ellos, contra lo que fue toda la vida, forman parte de una estructura jerárquica manejada por dictados y directivas, mejor tomar cuidado y distancia. Lo he visto funcionar en la provincia de Buenos Aires (como dijiste el peor código conocido, pero pasa lo mismo en Entre Ríos donde también camino) y da pavora: jueces y fiscales viven dentro de una caja, sólo se preocupan por los delitos de sexuales o de mucha sangre (si es poca no les interesa), la única propiedad por la que se interesan es la propia y los modos alternativos en boga no se toman por sus fines verdaderos y prácticos sino porque tanto tiempo libre les dejan para ellos. Como decía un viejo oficial primero mío: tribunales sería perfecto sin expedientes, máxima que temo ocupa mucho espacio en el medio.

Dicho de otro modo: temo que la divisoria de aguas que rescata el más puro proceso contradictorio y desdeña el inquisitivo no vale tanto la pena. La ley procesal es invariablemente la búsqueda de la armonía que afloje la tensión entre ambos puntos. No hay proceso sin contienda y tampoco sin alguna inquisición, pues, con decir que el poder corresponde al fiscal y poner en sus hombros el oficio no se innova sobre la que está escrito y dispuesto desde la ley 27. El fiscal no podrá hacer su trabajo sin alguna averiguación y para eso tendrá que disponer de las facultades consiguientes de modo que terminará reemplazando, con otro nombre, sin libertad de criterio y como parte de una estructura jerárquica, lo que hemos visto hacer a los jueces que llevan la investigación preliminar y sólo resuelven cuestiones incidentales relacionadas con las garantías del justiciable.

El resto son los hombres, como apuntó Leonardo De Martini, que son los que validan el funcionamiento del peor sistema o arruinan el mejor. Pero convendría poner a un lado la cuestión del poder, pensar en los

particulares que van a padecer el sistema (Holmes diría que el hombre malo busca evitarlo y vale agregar que la víctima tampoco quiere verse envuelta en su lógica, por lo que todo consiste en responder a cada uno por lo que cada uno merece) y encontrar la mejor manera de regular el sistema mismo más que en discutir, porque adversarial sí o adversarial no, quién lo maneja en el terreno.

Dr. Roberto Durrieu

1) El fiscal es, a los efectos del equilibrio de un proceso penal, una parte indispensable. La posición de este funcionario será controvertida por la defensa y así asegura un análisis de la contienda por parte de los jueces con la mayor profundidad.

2) Los fiscales tienen que distinguirse absolutamente de los jueces pues el Poder Judicial está en manos de estos últimos y no de los fiscales.

3) El desistimiento de la acción en muchos casos puede parecerse a una decisión judicial. Debe limitarse de la mayor manera posible tal circunstancia. La existencia de una parte querellante es sumamente importante, no solo por la representación que tiene de la víctima, sino también para poder llevar la acción adelante y no paralizar un proceso si el fiscal no insta la acción.

4) Si el fiscal sin la existencia de un querellante resuelve no instar una acción, en cualquier estadio procesal, lo podrá hacer, pero su decisión, si el juez no la comparte, puede ser analizada por un funcionario del Ministerio Público de superior jerarquía al anterior. Recalco que el querellante por sí solo, en ausencia del fiscal, deberá tener la facultad de instar la acción hasta la finalización del proceso y llevar adelante el mismo en cualquier instancia que corresponda.

Dr. Javier Anzóategui

Su objetivo parece ser la resolución de un problema práctico. El problema es que la solución revelará que se trata de un criterio manifiestamente impráctico.

Se formula brutalmente así: quien tiene en sus manos el ejercicio de la acción penal puede decidir no ejercerla cuando le parece que eso no es conveniente.

Los medios de prensa informaron la semana pasada que en el país hay 5000 robos de celulares por día. Es cierto que en las actuales circunstancias, el sistema judicial no puede dar respuesta a tamaño flujo de trabajo. Supongamos que los fiscales eligen perseguir el 10 % de esos delitos.

4500 víctimas dejarán de creer que el Estado las protege y, en lo sucesivo, procurarán "resolver el conflicto" en forma privada —algunos mediante una violencia desmedida, como en el caso de los linchamientos—, y muchos de ellos, descreídos de la eficacia del sistema penal, quizás se vuelquen a jorobarle la vida al prójimo, si no arrebatando celulares en la calle, estafándolo, lesionándolo o cometiendo cualquier otra tropelía. El pueblo no es zonzo y sabe que la sentencia discepoliana es una verdad de a puño:

"Hoy resulta que es lo mismo ser derecho que traidor, ignorante, sabio o chorro, generoso o estafador ..."

Los 500 privilegiados elegidos por los fiscales no la pasarán mejor. La pena mínima prevista para el robo es de un mes. Pocas veces los tribunales imponen penas que superen el primer tercio de la escala penal. Un ladrón primerizo va derecho a la *probation*, cuyas obligaciones no son controladas y, por tanto, generalmente incumplidas. La víctima con suerte recibirá unos pesos, y se sumará al grupo de defraudados por la incuria del Estado. Un ladrón que ya haya sido beneficiado con una *probation* paralela podrá ampliarla. Un ladrón que haya cometido el delito dentro del término de la *probation*, pero que reciba la condena excedido ese término (todos), podrá ser condenado en suspenso; no cumplirá ninguna de las condiciones del art. 27 bis CP (si es que le toca un tribunal retrógrado que las impone) porque, nuevamente, nadie controla —o controla tardíamente si lo hace— y no reparará el daño, porque la ley no lo prevé. Un ladrón multirreincidente firmará una abreviado por seis meses de prisión de cumplimiento efectivo y lo sustituirá por trabajos a favor de la comunidad que no cumplirá —sí, claro, porque nadie lo controla—.

Resultado: el 100 % de los robos de celulares en la ciudad quedan virtualmente impunes. Consecuencias de la aplicación del principio de oportunidad, combinado con la laxitud de las leyes y el colapso —por lo general responsabilidad de fiscales y jueces— del sistema penal: fracaso de la prevención general, fracaso de la prevención especial y aumento exponencial de los robos de celulares (porque los ladrones no son tontos y, si saben —como efectivamente lo saben— que en definitiva no les pasa nada, seguirán robando).

La solución para el descontento de las víctimas es ponerles abogados del Estado que las representen (como parece haberse propuesto en la provincia de Buenos Aires). Esto confirma que la ideología es una estupidez,

y que la solución ideológica de una estupidez es otra estupidez y no una solución. La pregunta es: ¿por qué en lugar de gastar en eso, no gastar en crear más fiscalías y tribunales que persigan todos los delitos? De esa manera el Estado cumplirá su misión de preservar la "tranquilidad en el orden" o la paz social, los robos disminuirán y la gente sabrá que el que las hace las paga.

Cualquier persona con dos dedos de frente debería darse cuenta que la mejor política es dar respuesta a las necesidades y a los reclamos de la gente cuando éstos son justos. Si un gobierno lograra reducir drásticamente el robo de celulares en Buenos Aires —esto es un ejemplo, por supuesto— no sólo impondría el orden en la ciudad, sino que ganaría muchos votos para la siguiente elección. Los criterios de oportunidad sirven para reducir el trabajo de fiscales y jueces en un sistema que se dice colapsado. La realidad (demostrada por las estadísticas) es que las fiscalías y tribunales que verdaderamente trabajan no están colapsados, es decir, que el sistema penal, con unos pocos ajustes, puede responder al reclamo social de reducir a su mínima expresión el delito y, paralelamente, al reducir la cantidad de delitos, tendrá menos trabajo y estará menos colapsado.

La solución para esto no es el principio de oportunidad, sino la aplicación efectiva de un castigo a quien delinque, para lograr que él no lo vuelva a hacer —prevención especial— y para lograr que el resto de los ciudadanos vean que delinquir no es un buen negocio —prevención general—.

Tengo en mente escribir un librito —ya nadie lee más de diez páginas de nada— que pienso titular "Manual para chorros y otros delincuentes comunes", mostrando las infinitas posibilidades que, todavía sin principio de oportunidad, nuestras leyes —con la complicidad de la mayoría de los jueces y fiscales— ofrece a los ciudadanos para delinquir impunemente sin sufrir ninguna consecuencia.

Mi idea es que los criterios de oportunidad se utilizan nada más que para solucionar un problema práctico —la sobrecarga de trabajo del sistema penal— y que no lo solucionan, sino que lo potencian, como he dicho antes.

Cuando la oportunidad se plantea como principio, me da la impresión de que entramos en el terreno de la filosofía o, dicho de otro modo, en el asunto de cuál es el fundamento y el fin del derecho penal.

Siempre me he resistido a usar el término "conflicto" para referirme a lo que sucede en el proceso penal. El delito no puede definirse sustancialmente como un "conflicto" entre dos pares. El delito es la violación de la ley penal por parte de un ciudadano. Frente a él, en el proceso penal, está

fundamentalmente el Estado, que no defiende un interés particular, sino el bien común.

En ese sentido, Santo Tomás enseña:

“Mas como hay también individuos rebeldes y propensos al vicio, a los que no es fácil persuadir con palabras, a éstos era necesario retraerlos del mal mediante la fuerza y el miedo, para que así, desistiendo, cuando menos, de cometer sus desmanes, dejasen en paz a los demás, y ellos mismos, acostumbrándose a esto, acabaran haciendo voluntariamente lo que antes hacían por miedo al castigo, llegando así a hacerse virtuosos. Ahora bien, esta disciplina que obliga mediante el temor a la pena, es la disciplina de la ley. Luego era necesario para la paz y la virtud de los hombres que se instituyeran leyes” (ST, I-II, 94, 1).

Hablar de “conflicto”, a mi ver, rebaja la cuestión, porque que tiende a la “privatización” de un asunto que es principalmente público, es decir, de interés general. Porque lo crucial en el proceso penal no es que Fulano le robó a Mengano, sino que Fulano robó. Lo que el bien común exige no es, solamente, que Fulano no le robe a Mengano, sino que no robe.

Al Estado le interesa la víctima, por cierto, pero no con exclusividad. Si el delito fuese sólo un “conflicto”, el interés en perseguirlo sería eminentemente particular. Llevando el argumento al absurdo, todo delito quedaría impune si todas las víctimas fuesen sumisas y/o todos los delincuentes tuviesen el suficiente poder para doblegar su voluntad. Una sociedad podría, pues, vivir sumida en la injusticia, siempre que los poderosos injustos resolvieran por las suyas los “conflictos”.

La antigua legislación foral, preñada de actualidad, establecía lo siguiente:

“Esta es la razón que nos movió para hacer las leyes, que la maldad de los homes se refrendada por ellas, e la vida de los buenos sea segura, e los malos dexen de mal facer por miedo a la pena” (Fuero Juzgo, Libro I, Título VI, Ley III).

El Estado establece un catálogo de delitos, porque considera que ciertas conductas son del todo incompatibles con la convivencia pacífica entre los hombres. Por vía del “principio” de oportunidad —en un claro caso de esquizofrenia de una persona jurídica— dice: “Esto, que allí, en el código de allado, catalogué como delito, no voy a perseguirlo, porque tengo mucho trabajo”.

El ejercicio de la acción penal pública está legislado en el Código Penal. Uno puede estar de acuerdo o no con que se trate de una cuestión de fondo

o de procedimiento. Lo que no puede hacer —nuevamente la esquizofrenia estatal— es afirmar que se trata de las dos cosas, y legislar acerca de ella en el Código Penal y en los Códigos Procesales. Así, la unidad de la persecución penal en toda la República quedará en la nada, porque en Santa Fe se perseguirán acciones delictivas que podrán no ser perseguidas en Buenos Aires, y viceversa.

Estas disquisiciones son meramente teóricas, porque al parecer la decisión política es —como se nos ha dicho— la de implementar el Código ya sancionado, que incluye el principio de oportunidad. Imagino que esto ha sido fruto de la necesaria negociación política —el arte de lo posible— pero observo, como lo adelanté, que el principio de oportunidad no hará más que intensificar la percepción ciudadana de que el delito no se persigue.

Esa percepción, que es ya patente sin principio de oportunidad (por la deficiente prevención policial, por la laxitud de las leyes —*probation*, condena de ejecución condicional, sustitución de penas, salidas transitorias, libertad asistida, libertad condicional, disminución de penas para extranjeros, etc.— y por la más laxa interpretación de estas leyes hecha por fiscales y jueces), no hará más que sumir a la gente en un justificado descontento y, quizás, en un desborde de violencia, eco o respuesta a aquella violencia que el Estado no ha sabido o no ha podido controlar y reprimir a su debido tiempo. ♦

DICTAMEN DEL INSTITUTO DE DERECHO PENAL DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES SOBRE TRES PROYECTOS DE LEY INTEGRANTES DEL "PLAN DE JUSTICIA 2020"

I. Reforma de la ley orgánica del Ministerio Público Fiscal (n° 27.148). Esta Academia de Derecho y Ciencias Sociales, con fecha 25 de junio del año 2015, expresó su disconformidad y preocupación por la sanción de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal en razón de considerar que varias de sus disposiciones violan la Constitución Nacional.

El proyecto de reforma elevado por el Poder Ejecutivo a consideración del Congreso de la Nación introduce importantes modificaciones a la ley 27.148 que, en buena medida, coinciden con las críticas contenidas en aquella declaración.

En efecto, el proyecto propone la creación de cuatro cargos de subprocuradores generales, cada uno de ellos especializado en materias relacionadas con la actividad propia del Ministerio Fiscal (derecho penal, delito organizado, derecho público y derecho privado), a quienes se atribuye la responsabilidad del cumplimiento de las funciones del Ministerio Público Fiscal de la Nación dentro del ámbito de sus competencias y, en consecuencia, se los faculta para impartir instrucciones generales, proponer reglamentaciones, crear nuevas dependencias administrativas y unidades funcionales de apoyo con la aprobación del Consejo General. De esta manera se corrige la excesiva concentración de poder que la ley 27.148 reconoce al procurador general, lo cual fue objeto de crítica por esta Academia.

El Consejo General, cuya creación se auspicia, es un órgano colegiado que por su integración y por las funciones que se le atribuyen está llamado a desempeñar un papel destacado en la ejecución de la política criminal a expensas del poder que, en esa materia, la ley 27.148 reconoce en forma casi excluyente al procurador general. La propuesta, acertada en cuanto despoja a dicho funcionario del papel excluyente en lo relacionado con la política criminal, resulta insuficiente, pues omite definir que el diseño de esa política es competencia propia del Poder Legislativo. La cuestión es particularmente grave ya que, según explicitara esta Academia, el nuevo Código Procesal Penal ha creado un sistema por el cual "toda la potestad en la persecución de los delitos estará a cargo de los fiscales, quienes mediante criterios que se conocen como de oportunidad y disponibilidad de la acción penal podrán decidir cuáles hechos delictivos se persiguen y cuáles no, como también en cuáles no corresponde la imposición de una pena".

La ausencia de controles en relación con el ejercicio de las enormes atribuciones asignadas por la ley al procurador general es otro capítulo de superlativa importancia porque no respeta un principio republicano consagrado en la Constitución Nacional. El proyecto procura remediar esa grave falencia reconociendo al Consejo General, órgano colegiado de gobierno que integran representantes de distintos estamentos del Ministerio Público Fiscal, funciones fiscalizadoras de la gestión de este organismo. La obligación que se impone al procurador General de elevar anualmente un informe al Congreso de la Nación se alinea en el mismo sentido.

La configuración del Ministerio Público Fiscal en el proyecto que se encuentra a consideración del Congreso de la Nación presenta ventajas respecto del estructurado por la ley 27.148, pero omite precisar que es atribución del Congreso de la Nación fijar la política criminal.

II. Proyectos de unificación de los fueros de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional, fortalecimiento de la Justicia Federal e incorporación del Tribunal de Juicio Unipersonal.

Con la finalidad de fomentar y facilitar la investigación y juzgamiento de los delitos y optimizar la insuficiente respuesta jurisdiccional que actualmente brinda el sistema judicial a esas conductas, el Poder Ejecutivo Nacional propone en estos proyectos:

a) Unificar el fuero en lo Criminal con el Correccional con la creación de los Juzgados Nacionales en lo Criminal y Correccional y los Tribunales Orales en lo Criminal y Correccional.

b) Transformar varios Tribunales Orales en lo Criminal de la Capital Federal en Tribunales Orales en lo Criminal Federal.

c) Implementar —tanto en la justicia en lo criminal como la criminal federal— el juicio unipersonal, es decir, la sustanciación del juicio oral ante un solo magistrado sorteado entre los tres que integran el Tribunal Oral. Ese procedimiento procedería en el trámite y resolución de las solicitudes de suspensión del proceso a prueba, la sustanciación del juicio en los delitos de acción privada y en aquellos reprimidos con pena no privativa de la libertad, o cuando se trate de delitos cuya pena máxima privativa de la libertad en abstracto no supere los 6 años. También podrían sustanciarse de este modo si se tratare de delitos cuya pena máxima privativa de la libertad en abstracto supere los 6 años y no exceda de 15 años, salvo que el imputado o su defensor requieran oportunamente la integración colegiada. Cuando se trate de delitos cuya pena máxima privativa de la libertad en abstracto supere los 15 años indefectiblemente corresponderá la integración colegiada. Los Tribunales Orales en lo Criminal Federal y en lo Penal Económico también se integrarán con tres jueces cuando se tratare de delitos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio u ocasión de sus funciones.

El proyecto, concebido como una solución provisoria a la insuficiente estructura judicial, se ha elaborado, básicamente, a partir de un mejor aprovechamiento de los recursos existentes. Por otra parte, la instauración de tribunales unipersonales —conservando la doble instancia— no afecta ninguna garantía constitucional ni procesal y parece, sin dudas, un mecanismo eficiente para agilizar los juicios. Con ese alcance se lo considera una iniciativa plausible para paliar la severa deficiencia que aqueja al sistema judicial en materia penal. ♦

El presente contrato se celebra en virtud de la ley de 19 de mayo de 1916, que establece el procedimiento para la adjudicación de obras de construcción y reparación de edificios públicos, y en virtud de la ley de 19 de mayo de 1916, que establece el procedimiento para la adjudicación de obras de construcción y reparación de edificios públicos, y en virtud de la ley de 19 de mayo de 1916, que establece el procedimiento para la adjudicación de obras de construcción y reparación de edificios públicos.

**SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 2da. QUINCENA DE DICIEMBRE DE 2017
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. — BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA — PROVINCIA DE BUENOS AIRES — REPÚBLICA ARGENTINA**

El presente contrato se celebra en virtud de la ley de 19 de mayo de 1916, que establece el procedimiento para la adjudicación de obras de construcción y reparación de edificios públicos, y en virtud de la ley de 19 de mayo de 1916, que establece el procedimiento para la adjudicación de obras de construcción y reparación de edificios públicos, y en virtud de la ley de 19 de mayo de 1916, que establece el procedimiento para la adjudicación de obras de construcción y reparación de edificios públicos.