

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA

DELITOS ECONOMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTIAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •
EJECUCION DE LA PENA

DIRECTOR

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

AREA PROCESAL

MIGUEL A. ALMEYRA

COMITÉ ACADÉMICO

EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (ARGENTINA 1923-2011)

KAI AMBOS (ALEMANIA)

LOLA ANIYAR DE CASTRO (VENEZUELA)

LUIS ARROYO ZAPATERO (ESPAÑA)

DAVID BAIGÚN (ARGENTINA)

NILO BATISTA (BRASIL)

ROBERTO BERGALLI (ARGENTINA)

JORGE DE LA RUA (ARGENTINA)

EDGARDO ALBERTO DONNA (ARGENTINA)

LUIGI FERRAJOLI (ITALIA)

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (CHILE)

JULIO B. J. MAIER (ARGENTINA)

SERGIO MOCCIA (ITALIA)

FRANCISCO MUÑOZ CONDE (ESPAÑA)

ESTEBAN RIGHI (ARGENTINA)

GLADYS ROMERO (ARGENTINA)

NORBERTO SPOLANSKY (ARGENTINA)

JUAREZ TAVARES (BRASIL)

JOHN VERVAELE (HOLANDA)

COORDINADORES

MATIAS BAILONE

RODRIGO CODINO

LA LEY

COMITÉ DE REDACCIÓN

GABRIEL IGNACIO ANITUA
FERNANDO ARNEDE
ALEJANDRO ALAGIA
JAVIER IGNACIO BAÑOS
RICARDO BASÍLICO
MARÍA LAURA BÖHM
MARIANO BORINSKY
JOSÉ ANGEL BRANDARIZ GARCÍA
SEBASTIÁN CABEZAS CHAMORRO
ROBERTO MANUEL CARLÉS
CARLOS CARAMUTI
CARLOS CHIARA DÍAZ
HORACIO DIAS
JAVIER DE LA FUENTE
DANIEL ERBETTA
ADRIÁN FERNÁNDEZ
RUBÉN E. FIGARI
GABRIELA GUSIS
MARIANO GUTIÉRREZ
AGUSTINA IGLESIAS

JAVIER DE LUCA
MANUEL MAROTO CALATAYUD
JULIANA OLIVA
GRACIELA OTANO
JORGE PALADINES RODRÍGUEZ
NELSON PESSOA
GABRIEL PÉREZ BARBERÁ
MARCELO RIQUERT
GUIDO RISSO
JOSÉ SAEZ CAPEL
CRISTINA SÁNCHEZ HENRÍQUEZ
SERGIO TORRES
RENATO VANELLI
FELIPE VILLAVICENCIO
JULIO VIRGOLINI
VERÓNICA YAMAMOTO
MYRNA VILLEGAS DÍAZ
ROMINA ZARATE
DIEGO ZYSMAN QUIRÓS

CON EL AUSPICIO DE

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)

Criterios uniformes para el envío de colaboraciones

Los trabajos de doctrina y/o comentarios jurisprudenciales deben ser remitidos vía e-mail a laley.penal@thomsonreuters.com. Los mismos deben ir acompañados del curriculum vitae del autor y sus datos de contacto.

ISSN: 0034-7914

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: 5074195

IMPRESO EN LA ARGENTINA - Propiedad de La Ley Sociedad Anónima - Tucumán 1471 - CP1050AAC - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina - Tel.: (005411) 4378-4841

Nota de la Dirección: las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

SUMARIO

DERECHO PENAL

DOCTRINA

- El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas
Por **José L. González Cussac** 3
- El control del tráfico de drogas entre política criminal y dogmática: la experiencia italiana
Por **Antonio Cavaliere** 14

NOTA A FALLO

- ¿Cuándo no hay hurto calamitoso por infortunio particular del damnificado?
Por **Rubén E. Figari** 27
- Sobre la eliminación de los topes mínimos en la Ley Penal
Por **Facundo Maggio** 36

JURISPRUDENCIA

COMPETENCIA/ Hurto de efectos personales. Competencia correccional (CNCrim. y Correc.).
Con nota de *Rubén E. Figari* 27

PENA/ Imputado por los delitos de comercio de estupefacientes y tenencia con fines de comercialización. Determinación de la pena. Flexibilización del mínimo legal. Escasa afectación del bien jurídico tutelado. Principios de proporcionalidad y humanidad. Disidencia (CFCasación Penal).
Con nota de *Facundo Maggio* 36

AGRUPADA

Tentativa inidónea
Por **Jorge Alberto Diegues** 51

INTERNACIONAL

NOTA A FALLO

La Suprema Corte de Uruguay decreta la inconstitucionalidad de la ley de imprescriptibilidad y niega la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Por **Marcelo Ferreira** 55

JURISPRUDENCIA

CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD/ Desaparición forzada de personas. Imprescriptibilidad. Principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa. Vinculatoriedad de los precedentes de los órganos interamericanos. Disidencia (SC Uruguay). Con nota de *Marcelo Ferreira* 55

CRIMINOLOGÍA

DOCTRINA

El desafío epistemológico de la criminología
Por **Alejandro Poquet** 89

Criminalización mediática y su impacto en el derecho penal actual
Por **Maximiliano E. Nicolás** 103

PROCESAL PENAL

NOTA A FALLO

La verificación del supuesto que contiene la causa habilitante de la actuación policial autónoma: un requisito ineludible para un control judicial efectivo
Por **Fernando Vallone** 121

Independencia del Ministerio Público. Razonando el precedente Quiroga a raíz del fallo "S." del Tribunal de Impugnación Penal de La Pampa
Por **Andrés Olie** 135

JURISPRUDENCIA

PROCEDIMIENTO PENAL/ Requisa, secuestro de arma y detención sin orden judicial. Validez. Inexistencia de violación del debido proceso legal (CPenal, Contravencional y de Faltas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires). *Con nota de Fernando Vallone* 121

PROCEDIMIENTO PENAL/ Investigación del delito de lesiones. Archivo de las actuaciones. Inconstitucionalidad del art. 265, último párrafo, del Cód. Proc. de la Provincia de La Pampa. Violación de lo establecido en el art. 120 de la Constitución Nacional y del debido proceso legal (Trib. Impugnación Penal, Santa Rosa en pleno). *Con nota de Andrés Olie* 135

EJECUCIÓN DE LA PENA

DOCTRINA

Críticas a la ley de ejecución penal 26.472. Prisión domiciliaria
Por **Guido Leonardo Croxatto** 153

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

DOCTRINA

Las condiciones de prisión como frustración del proyecto de vida. Un ensayo a partir de la jurisprudencia de la Corte IDH y la CSJN
Por **Diego Luna** 177

NOTA A FALLO

Proceso penal, ley más benigna y derecho al mejor derecho
Por **Fernando Avila** 193

JURISPRUDENCIA

RECURSO DE APELACIÓN/ Régimen de Faltas. Suspensión del proceso a prueba denegada. Requisitos de procedencia del recurso. Sentencia definitiva o equiparable. Gravamen. Rechazo. Disidencia (CPenal, Contravencional y de Faltas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires). *Con nota de Fernando Avila* 193

DELITOS ECONÓMICOS

DOCTRINA

Delitos de los mercados y de la globalización. Una lectura criminológica de los daños sociales y los delitos sufridos por los PIGS

Por **Camilo Ernesto Bernal Sarmiento**

205

CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS

NOTA A FALLO

La suspensión del juicio a prueba y el recurso de inconstitucionalidad en el fuero penal, contravencional y de faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Por **Andrés M. Dubinski**

225

JURISPRUDENCIA

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD/ Suspensión del proceso a prueba denegada. Rechazo del remedio. Requisitos de procedencia. Sentencia definitiva o equiparable y caso constitucional. Disidencia (CPenal, Contravencional y de Faltas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires). *Con nota de Andrés M. Dubinski*

225

POLÍTICA CRIMINAL

DOCTRINA



Prisión Virtual Restaurativa

Por **José Deym**

237

¿De qué hablan cuando hablan de motines?

Por **Claudia Cesaroni**

256

PÁGINAS CLÁSICAS

DOCTRINA

Aspectos jurídicos de la marginalidad social

Por **Heleno Claudio Fragoso**

279

BIBLIOGRAFÍA

Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal

Por **José Milton Peralta**. Comentario: **Santiago Roldán**

291

ACTUALIDAD PENAL

299

DERECHO PENAL

El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas (*)

POR JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC (**)

Sumario: 1. Aspectos esenciales de la reforma de 2010.— 2. La opción político—criminal.— 3. El modelo español del art. 31 bis CP.— 4. Dogmática y derechos fundamentales.

1. Aspectos esenciales de la reforma de 2010

La LO 5/2010 comporta un cambio trascendental del modelo español en esta materia que, siguiendo la tendencia internacional dominante, establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Para poder comprender mejor este nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas introducido por la reforma de 2010, es preciso contextualizarlo y situarlo en relación con otros ámbitos afines, pudiéndose para ello distinguir estos tres planos básicos diferentes (ORTS BERENGUER/GONZALEZ CUSSAC):

Primero, se mantiene el art. 31, si bien con la derogación del perturbador apartado segundo, para resolver los problemas de imputación en los delitos especiales, en los cuales la condición o calidad requerida en el tipo concurre en la sociedad, pero no en la persona física que actúa en su nombre. Es decir, regula las actuaciones en nombre de otro, esto es, de la determinación de la responsabilidad penal en el marco de la representación, diferenciando entre el representante y el representado al realizar un acto jurídico calificado de delictivo. Por consiguiente, bajo esta expresión se contemplan no sólo los supuestos de actuaciones en nombre de personas jurídicas, sino también los de actuación de una persona física en nombre de otra persona física.

(*) Publicado en "El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango". *Liber Amicorum*, en Homenaje y para celebrar el LXX del prof. Juan Montero Aroca (coord. J. L. Gómez Colomer; S. Barona Vilar; y P. Calderón Cuadrado), Valencia (Tirant) 2012, págs.. 1033 a 1050.

(**) Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Valencia.

Segundo, la reforma introduce un novedoso sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el art. 31 bis, con unos criterios autónomos de imputación, clases de penas propias y reglas específicas de aplicación de estas penas. El régimen jurídico se contiene en los arts. 31 bis, 33, 7º (penas imponibles a las personas jurídicas); 52 (forma de imponer la pena de multa); 66 bis (determinación de la pena aplicable); 116, 3º (responsabilidad civil); 130 (supuestos de transformación y fusión de sociedades).

Y, tercero, se mantiene el catálogo de medidas accesorias de los arts. 128 y 129 para los supuestos de actuaciones delictivas cometidas a través de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de "personalidad jurídica", no esté comprendida en el art. 31 bis CP. Aquí únicamente advertir que no queda completamente delimitado el ámbito de aplicación del art. 31 bis y del art. 129, al menos en el sentido de comportar círculos totalmente secantes.

2. La opción político-criminal

Por todos es conocida la célebre máxima *societas delinquere non potest*. En efecto, tradicionalmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas se negaba, sustentándose esta negativa en tres grandes argumentos: las sociedades no poseen capacidad de acción; tampoco tienen capacidad de culpabilidad; e igualmente carecen de capacidad de sufrir penas. De ahí que los sistemas clásicos sólo castigaban como autores de los delitos a las personas físicas.

Sin embargo, a lo largo de las últimas décadas esta máxima fue paulatinamente debilitándose hasta finalmente quebrarse. Resulta llamativo

que el impulso del cambio siempre ha tenido su origen en instancias políticas que, con argumentos de una mayor eficacia y pragmatismo, terminaron por imponerse a consideraciones más teóricas o de mayor prudencia. Así pues, la decisión político-criminal de hacer responder criminalmente a las personas jurídicas ha ido progresivamente extendiéndose desde los países anglosajones hasta finalmente alcanzar también a los sistemas continentales. La tendencia definitivamente se ha invertido, debido a dos razones fundamentales: la necesidad de castigar los delitos socioeconómicos y financieros (delincuencia de cuello blanco) y la urgencia de buscar nuevas vías de lucha contra la criminalidad organizada (CARBONELL MATEU/MORALES PRATS). Pero indudablemente también por razones de legalidad, sobre todo, a causa de los problemas planteados en los delitos especiales cometidos en el marco de sociedades o por sus representantes legales. Hay que recordar que más del 80% de los delitos socioeconómicos se cometen a través de empresas (TIEDEMANN).

Las razones político-criminales que inspiran el giro de orientación pueden comprenderse mejor atendiendo a las cifras de escandalosos fraudes en EE.UU. en fechas anteriores a la actual crisis financiera, bastando con recordar, a título de ejemplo, los siguientes: Worldcom (107 billones \$); Enron (63,3 billones \$); Adelphia (24,4 billones \$); Global Crossing (25,5 billones \$). El listado tiene que completarse con los habidos en Europa, Asia y Latinoamérica. Todos estos casos evidenciaron el fracaso del modelo llamado de “autorregulación”, la debilidad del sistema tradicional de responsabilidad individual en el seno de complejas estructuras societarias, así como el de las múltiples construcciones jurisprudenciales precedentes (DEL ROSAL BLASCO). La decidida opción legislativa por la intervención penal expresa, entre la que destaca la aquí comentada de posibilitar una responsabilidad criminal de las sociedades, trata de atajar estas carencias. Es pronto para ofrecer un balance de su eficacia y eficiencia en alcanzar los objetivos, así como para evaluar los posibles “daños colaterales”. En cualquier caso, no puede obviarse ni la carencia de un debate previo serio a escala internacional acerca de esta gran transformación del Derecho penal, ni tampoco la ausencia de unanimidad. En efecto, porque más allá de los diferentes modelos de implantación, muchos autores consideran innecesaria la solución penal, mostrándose partidarios de una responsabilidad

administrativa, o cuanto menos consideran que para alcanzar esas finalidades no basta sólo con una aparente mayor intervención punitiva.

En cualquier caso, la suma de todas estas razones impulsó con vigor la conveniencia de reformas orientadas a castigar a las propias personas jurídicas. Y aunque el debate sigue en parte abierto, sin embargo, la tendencia en el panorama internacional es ahora claramente favorable a establecer modelos de responsabilidad penal de las sociedades, sobre todo en los EE.UU. de América, en Canadá y en el espacio económico europeo. En Latinoamérica el debate también ya está totalmente abierto. Algunos ejemplos ilustran sobradamente esta línea político-criminal favorable a la responsabilidad penal de las sociedades: Holanda (1976); EE.UU., Reino Unido, Noruega e Irlanda (1991); Islandia (1993); Francia (1994); Finlandia (1995); Eslovenia y Dinamarca (1996); Estonia (1998); Bélgica (1999); Suiza y Polonia (2003); Portugal (2007). Y ahora España, en 2010. A ello hay que sumar numerosos acuerdos en esta dirección dentro del espacio europeo.

Pero esta opción político-criminal dominante en el Derecho comparado se traduce luego en diferentes articulaciones (HEINE). En síntesis pueden distinguirse dos grandes modelos de responsabilidad punitiva de las sociedades. El primero, en realidad, establece una responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. Este es el caso de Alemania, y parcialmente de Italia, pues contiene sanciones administrativas —junto a un complejo sistema penal—, pero aplicadas por la jurisdicción penal.

Un segundo modelo es el que ha optado por establecer responsabilidad criminal de las personas jurídicas. A su vez, éste se subdivide en dos. El primero, el de aquellos que han elegido la imputación directa, propia e independiente —esto es, no vinculada a la actuación de las personas físicas que actúan en el marco societario—, sustentado en la idea de la autorregulación, y que mayoritariamente recurre al “criterio del defecto de organización” o de control para determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Generalmente es conocido como modelo de “responsabilidad propia u originaria” o “del hecho propio”, y requiere una elaboración, o cuanto menos una adaptación específica, de todas las categorías centrales de la teoría jurídica del delito. Sobre las posibilidades

de llevar a término esta reelaboración dogmática existe una viva polémica doctrinal, incluso entre sus partidarios (ver una exposición de la misma en MARTINEZ-BUJAN PEREZ; NIETO MARTIN; ZUÑIGA RODRIGUEZ; GOMEZ-JARA DIEZ). Como certeramente recuerda DEL ROSAL BLASCO, hasta ahora este modelo no había tenido un reflejo expreso en ningún ordenamiento positivo, ni siquiera, contra lo afirmado por algunos autores, en el mundo anglosajón. Sin embargo, recientemente podemos observar un ejemplo de este arquetipo de responsabilidad penal directa de las sociedades en la novedosa Ley Anticorrupción británica (*The Bribery Act* de 2010), si bien muy circunscrito a la delincuencia organizada.

El segundo submodelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas es el de aquellos otros que siguen un criterio de atribución, o de “responsabilidad derivada o de transferencia”, esto es, que la actuación de determinadas personas físicas que actúan en nombre de la sociedad “contamina” a ésta y le traslada la responsabilidad penal bajo ciertos criterios de imputación (SILVA SANCHEZ).

Este último es el históricamente aplicado en el área anglosajona y el más seguido en las legislaciones europeas continentales, entre ellas por la reciente española, denominado “responsabilidad por atribución”. En la tradición anglosajona, doctrina y jurisprudencia acudían a dos instancias diferentes para operar la transferencia de responsabilidad penal desde la persona física a la persona jurídica. Así, en unos casos manejaban la “teoría de la identificación” o del *alter ego*, según la cual se identificaba la voluntad de la primera con la de la segunda, “de modo que la persona que actúa no es que actúe para la corporación, es que es la corporación” (DEL ROSAL BLASCO). Más adelante se introdujo una nueva doctrina, denominada de “responsabilidad vicaria estricta”, mediante la cual la transferencia de responsabilidad penal a la empresa no sólo cursaba por actuaciones u omisiones de sus directivos o administradores, sino también por comportamientos de empleados, aunque aquéllos hubieran dispuesto de controles y medidas preventivas si éstos no se habían ejercido en el nivel operativo.

No obstante, todos los sistemas, tanto el de responsabilidad administrativa, como los de responsabilidad penal, ya sea independiente o derivada,

conviven con los mecanismos legales de solución de las actuaciones en nombre de otro, en particular, de la representación de las personas jurídicas en delitos especiales. Conforme a esta cuestión, se continúa castigando criminalmente sólo a las personas físicas que actúan como administradores o representantes de las mismas. Otras legislaciones han introducido medios legales para castigar indirectamente a las personas jurídicas, partiendo de la idea de que, en realidad, su voluntad no se diferencia de la de sus administradores. De ahí que la solución adoptada sea, en primer lugar, posibilitar la sanción penal a los administradores de las sociedades o a los que actúan en nombre de otras personas, cuando hayan sido los representantes los que tomaron las decisiones delictivas.

En el CP español anterior a la reforma de 2010 éste era el caso del art. 31. El modelo se complementaba, desde 1995, con unas “medidas accesorias” que permitían disolver una sociedad, paralizar o suspender su actividad, o intervenir su administración (anterior arts. 128 y 129 CP). Sobre la naturaleza jurídica de estas últimas surgió una interesante discusión, pues aunque formalmente recibían el nombre de medidas, para un sector de la doctrina en realidad se trataba de auténticas penas impuestas a las propias sociedades. En realidad configuraba un sistema de responsabilidad penal accesoria de las personas jurídicas, que implicaba la previa responsabilidad penal principal de la persona física y de ahí, luego, se transfería a la empresa (GUARDIOLA LAGO).

3. El modelo español del art. 31 bis CP

En este precepto se establece con claridad la responsabilidad penal de la persona jurídica. Esta responsabilidad penal de la persona jurídica coexiste junto con la responsabilidad penal de las personas físicas. Pero a diferencia de la regulación anterior, para poder condenar a la persona jurídica ya no se precisa una previa declaración de culpabilidad de las personas físicas, de suerte que ambas corren autónomamente y en paralelo. De ahí que pueda hablarse de una responsabilidad derivada y coprincipal (QUINTERO OLIVARES). En efecto, pues el art. 31 bis 2º contempla la posibilidad de que se impongan penas por un mismo hecho a ambas personas, jurídica y física, y que se castigue a la sociedad aunque “la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra

ella". Es más, la ruptura entre ambas esferas de responsabilidad penal se confirma con lo dispuesto en el art. 31 bis 3º, al disponer que la concurrencia de circunstancias atenuantes o eximentes en la persona física no excluye ni modifica la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Sentada la posibilidad de dos vías paralelas de responsabilidad penal, lo decisivo será determinar con precisión bajo qué criterios es posible articularlas. Es claro que la responsabilidad criminal de las personas físicas deberá establecerse conforme a las reglas generales. La novedad estriba pues en precisar los presupuestos que permiten trasladar la imputación penal a las personas jurídicas. Pues bien, esos presupuestos para que pueda declararse la responsabilidad penal de la persona jurídica se desarrollan conforme a las dos posibles alternativas de imputación contenidas en el art. 31 bis 1º CP.

El primer presupuesto de traslación de la responsabilidad penal a la persona jurídica, descrito en el apartado primero, precisa la previa realización de un hecho delictivo, cometido "en nombre o por cuenta y en provecho" de la persona jurídica, por parte de alguna de las personas físicas que ostenten el poder de representación legal, o la condición de administradores de derecho o de hecho de la misma. Aquí el criterio de imputación descansa en la atribución de poder de representación legal en la persona física que comete el delito, o en su capacidad para adoptar decisiones en nombre de la sociedad y de control en su funcionamiento. Es decir, se articula el primer instrumento de impregnación o transferencia de la responsabilidad criminal a la sociedad por el poder formal o material ejercido por personas físicas que la representan y actúan por su cuenta y beneficio social.

El segundo presupuesto de contaminación, explicitado en el apartado segundo, requiere la previa comisión de un hecho delictivo perpetrado por personas físicas sometidas a la autoridad de quienes ostenten "poder de dirección social", y que la comisión de este delito tenga origen en no haberse ejercido sobre ellas "el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso". Esta segunda alternativa es más compleja al vincular a personas físicas con diferente grado de poder social en una escala vertical. En efecto, porque en este caso la traslación de la responsabilidad

penal a la persona jurídica exige, de una parte, la actuación ilícita de empleados que no posean representación legal ni sean administradores, y de otra, su conexión causal con la falta del control exigible a los representantes y administradores.

Esta dualidad de reglas de imputación y su aparente dificultad interpretativa ha generado ya varias hipótesis acerca del fundamento de la imputación penal, algunas de ellas realmente sorprendentes por su creatividad, muy alejadas del tenor literal posible descrito en el texto de la ley. Así, en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de 2009, se mantiene que el primer apartado del art. 31 bis 1º CP consagra un sistema de responsabilidad vicaria pura, mientras que en el segundo apartado se instala un modelo de responsabilidad por hecho propio. En la doctrina encontramos también opiniones totalmente divergentes. Por ejemplo, para algunos autores la nueva regulación establece una responsabilidad criminal directa por la propia acción y la propia culpabilidad de la persona jurídica (ZUGALDIA ESPINAR, 2010). Desde esta perspectiva cobrarían fuerza los llamados "códigos de buena conducta corporativa", esto es, en la idea del "defecto de organización" o de "autocontrol". Sin embargo, para otros autores, en realidad esta regla de imputación se acerca al clásico concepto civil de "*culpa in vigilando o in eligendo*", por lo que se inclinan a considerar que la reforma de 2010 instaura una suerte del modelo "mixto", entre la responsabilidad directa y el de transferencia (CARBONELL MATEU/MORALES PRATS). Una línea ecléctica también parece abrazar MARTINEZ-BUJAN PEREZ, al calificar la nueva normativa como una responsabilidad "directa e independiente". Sin embargo, otros autores claramente apuestan por su incardinación en la doctrina de la transferencia pura y particularmente de responsabilidad vicaria (RODRIGUEZ MOURULLO), o incluso como un "modelo amplio de identificación" (DEL ROSAL BLASCO).

Pues bien, más allá de singulares matices y críticas a la reforma, lo más importante es determinar el criterio fijado de imputación de la persona jurídica. Y en este sentido, la exégesis de la responsabilidad directa pura, esto es, por hecho propio, no se ajusta al texto de la ley, como expone detalladamente la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011. En efecto, porque la redacción legal no habla de "falta de control o de

defecto de organización”, esto es, de la infracción de “códigos de buen gobierno”, internos y de autorregulación, ni tampoco de una acción y de una culpabilidad autónomas e independientes de la persona moral; sino que exige que los representantes legales o administradores hayan cometido una conducta ilícita (apartado primero); o bien que los subordinados hayan realizado una previa acción u omisión típica, dolosa o imprudentemente permitida por sus superiores. Es decir, que en el caso concreto los responsables de la empresa —sus representantes legales o administradores— no han ejercido el control debido conforme al ordenamiento jurídico.

Por tanto, el parámetro que fija el precepto para medir la infracción no son los “códigos internos de buen gobierno” de la empresa, sino la legislación vigente. Lo determinante en Derecho penal no es si la empresa está mejor o peor organizada, o si posee controles o códigos internos, sino si se ha realizado la acción típica por unos sujetos subordinados en convivencia con los superiores. En similares términos se expresa DEL ROSAL BLASCO, al señalar que el haber tenido establecido un código interno de medidas preventivas de la sociedad es absolutamente irrelevante desde la exigencia legal explícita.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011 lo advierte rotundamente y por su transcendencia se reproduce literalmente una parte: “...la política corporativa o la llamada organización empresarial resultarán útiles —no como fundamento de la imputación de la persona jurídica, ni como sustrato sobre el que hacer gravitar la culpabilidad de la empresa como concepto trabajosamente reenviado desde las personas físicas hasta las jurídicas—, sino como instrumento para evaluar el contenido real del mandato de que es titular el gestor y aquello que, junto con las normas que regulen la actividad de que se trate, integra esa necesaria supervisión de la actividad empresarial en el caso concreto”. A lo que añade que en la actualidad existe el riesgo de creer que “la mera formalización de esos estándares constituye un salvoconducto para eludir la responsabilidad penal de la corporación. Sin embargo, lo importante en la responsabilidad penal de la persona jurídica no es la adquisición de un código de autorregulación, ‘*corporate defense, compliance guide*’, plan de prevención del delito o como quiera llamársele, sino la forma en que se han actuado o dejado de actuar

los miembros de la corporación a que se refiere el artículo 31 bis en la situación específica, y particularmente en este segundo párrafo del apartado 1º, sus gestores o representantes en relación con la obligación que la ley penal les impone de ejercer el control debido sobre los subordinados; en este contexto, resulta indiferente que la conducta de los individuos responda a una guía de cumplimiento propia que, en el mejor de los casos, constituye un ideal regulativo de emanación estrictamente privada (...); por consiguiente, lo importante será acreditar, y ésta es una cuestión de prueba, que las personas físicas a las que se refiere la norma cometieron el delito en las circunstancias a la que la misma se refiere (...). En consecuencia, no debe olvidarse que el objeto del proceso penal no lo constituye el juicio sobre la existencia o idoneidad de un código de autorregulación de la persona jurídica, sino la adecuación o inadecuación a la Ley penal de la conducta de las personas físicas a las que el precepto hace alusión” (pp. 47, 48 y 49; el subrayado es mío).

Desde luego esta regulación plantea numerosas cuestiones, entre las que cabe subrayar las siguientes: a) la determinación de las características típicas del hecho de conexión cometido por la persona física; b) la entidad de la participación concreta en los hechos por parte de la sociedad, bien por acción directa o por omisión; c) los límites de la admisión de la imputación a los superiores a través de la comisión por omisión y del “autor detrás del autor”, con las dificultades consabidas de encaje en el sistema positivo español. No obstante, lamentablemente, hasta ahora, estas cuestiones se han venido resolviendo en la práctica de una forma un tanto burda (QUINTERO OLIVARES), que quizás la reforma pudiera coadyuvar a corregir.

El nuevo modelo se complementa con las siguientes características esenciales (ORTS BERENGUER/GONZALEZ CUSSAC).

El art. 31 bis 4º, aunque no contempla eximentes propias para las personas jurídicas, sí contiene un catálogo específico de circunstancias atenuantes. Todas ellas operan *ex post factum* al hecho cometido y se hallan conectadas a criterios de arrepentimiento y colaboración procesal. Esquemáticamente son las siguientes: confesión ante las autoridades; colaboración con la investigación de los hechos; reparación o disminución del daño ocasionado; creación con anterioridad al juicio de

mecanismos de control para evitar en el futuro la comisión de nuevos delitos; y, por último se incluye una atenuante analógica.

A su vez, el art. 31 bis 5º excluye de este precepto, es decir, no permite atribuir responsabilidad penal, “al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”. Mientras que la exclusión del Estado y de las Administraciones públicas parece totalmente razonable, no lo es tanto la de ciertas sociedades participadas con capital público. También se discute la de los partidos políticos y sindicatos, aunque en ambos casos ciertamente poseen regímenes establecidos en normativas específicas.

Por otra parte, el art. 33 7º contiene el catálogo específico de penas a imponer a las personas jurídicas, mientras que el art. 66 bis disciplina las reglas también específicas para determinar las penas en este ámbito.

Por último, señalar que el nuevo modelo incorporado al Código Penal español, describe un sistema tasado de delitos en los que se admite la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Este sistema de *numerus clausus* se materializa en el Libro II, en el que en cada ámbito delictivo es necesario que conste una cláusula expresa para habilitar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

4. Dogmática y derechos fundamentales

Con este nuevo modelo se incorpora al Derecho Penal la completa separación jurídica entre la persona jurídica y las personas físicas que la componen, de forma que nos encontramos ante sujetos de derecho completamente distintos. No obstante, es necesario insistir en que el presupuesto de la imputación de uno y otro sujeto nos son idénticos. En efecto, pues en el caso de las personas físicas el título de imputación procede de la aplicación de las reglas generales, esto es, de la realización de una conducta típica, antijurídica, culpable y

punible, conforme a la formulación clásica. Por el contrario, en el supuesto de las personas jurídicas la responsabilidad penal procede de uno de los dos criterios de traslación recogidos en el art. 31 bis CP.

Y como he advertido anteriormente, el legislador de 2010 ha incorporado a nuestro ordenamiento el mecanismo reflejado en la normativa europea, que comporta un criterio de transferencia de responsabilidad para los supuestos en que el delito es llevado a cabo por quienes ostentan poder societario, o por los subordinados a consecuencia de la falta de control ejercido sobre ellos por los órganos sociales, bajo circunstancias determinadas. Por consiguiente la responsabilidad penal de la empresa no surge directa e independientemente, esto es, fijada conforme a parámetros de “actuación” de los órganos societarios o de otros criterios como “la falta de control o de defecto de organización”, esto es, de la infracción de “códigos de buen gobierno”, internos y de autorregulación. Por el contrario, la responsabilidad criminal de la persona jurídica se origina en la previa comisión de delitos por determinadas personas físicas dentro del ámbito societario y de acuerdo a ciertas condiciones taxadas legalmente. Así pues, debe hablarse de una “derivación, traslación, atribución, o contaminación” de la responsabilidad criminal a la sociedad por la actuación precedente ilícita de alguna persona física.

Esta opción legislativa requiere y parte de una imprescindible previa comisión de una acción típica por una persona física, como referencia de la imputación penal de la persona jurídica. De suerte que esta técnica legislativa fuerza una aproximación diferente a los dos grandes obstáculos dogmáticos tradicionalmente esgrimidos: el primero referido a la falta de capacidad de acción de las sociedades; y, el segundo a su carencia de capacidad de culpabilidad, y con ambos al principio de personalidad de la pena (MARTINEZ-BUJAN PEREZ).

En relación con el primero, podría decirse que las personas jurídicas son sujetos de Derecho porque el ordenamiento jurídico les atribuye tal estatus. Al respecto no cabe duda alguna, en la medida en que se las considera sujetos jurídicos plenamente independientes de las personas físicas, y su voluntad, formada a través de procedimientos legales o estatutarios, es así recono-

cida y posee plenos efectos jurídicos. Pero esta afirmación no significa que pueda decirse que las personas jurídicas actúan o que cometan el delito exactamente igual que una persona física. En realidad, conforme al sistema legal español esta pregunta resulta innecesaria, puesto que éste no lo exige en modo alguno en el art. 31 bis CP. El tenor literal del precepto señala que “serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho”. Es decir, no precisa que las personas jurídicas cometan el delito. Lo que hace es consagrar un sistema de “atribución”, ya sea “vicarial”, o si se prefiere de “identificación”, en el cual, bajo ciertas condiciones, traslada también la responsabilidad penal a la persona moral con fundamento y referencia a la conducta cometida por determinadas personas físicas. De modo que, en este modelo, tendrá que demostrarse —más allá de automatismos y presunciones—, la realización de un delito por las personas naturales especificadas —sin que sea necesaria la individualización de la responsabilidad de cada persona física—, y dos, verificar si se cumplen los criterios de transferencia de la responsabilidad penal a la persona jurídica.

Pero entonces, ¿qué repercusiones tiene la discusión acerca de la capacidad de acción de las personas jurídicas? En este marco resulta de interés dejar constancia de algunas de las fructíferas polémicas surgidas al efecto. Por ejemplo, la decidida propuesta de CARBONELL MATEU (2009) a favor de reconocer su capacidad para ser sujetos activos de delitos por poseer capacidad de acción, a la que llega desde un desarrollo de la denominada doctrina de la “acción significativa” de VIVES ANTON (de la misma opinión, MARTINEZ-BUJAN PEREZ). Sin embargo RODRIGUEZ MOURULLO objeta que “por esta vía se pierde al final toda percepción de la realidad empírica y se incurre en una concepción ultranormativizada difícil de compartir. Porque la acción no es puro significado, sino un comportamiento humano con un determinado significado”.

Por lo que concluye que esta concepción aboca a un tratamiento igualitario —con mínimos matices— para personas físicas y jurídicas, que prescinde de las diferencias que existen empíricamente entre la persona natural y la persona jurídica. Recientemente ha terciado en la disputa

VIVES ANTON (2012), al recordar que nunca afirmó que las acciones sean puros significados, ni tampoco el sustrato de un sentido, sino el sentido de un sustrato, “y por ese camino, ni se pierde ni puede perderse ‘toda la percepción de la realidad empírica’, sino sólo aquella percepción de la realidad empírica que la erige en núcleo definitorio de la acción. La acción se define (mal podría ser de otro modo) por su sentido”.

Tras este esencial matiz ampliamente expuesto en sus dos ediciones de los “Fundamentos del sistema penal”, a continuación desliza probablemente una guía para aproximarse mejor a la cuestión central. Advierte VIVES ANTON de la paradoja de operar con un concepto unitario de acción, común a todas las acciones, que de ser posible, habría de reflejar algo que todas ellas poseen en común: un significado genérico de la misma y que debería determinarse antes que responder a la pregunta de cuál es la acción específica que se enjuicia. A lo que añade que “al no haber nada que todas las acciones tengan en común ni ninguna clase de sentido genérico que todas ellas realicen, la paradoja se esfuma: la respuesta a la pregunta acerca de si algo es o no una acción ha de comenzar determinando de qué acción específica se trata”.

De aceptarse la precitada argumentación, la pregunta entonces no debería ser si las personas jurídicas tienen capacidad de acción, esto es, una capacidad genérica de actuar de forma penalmente relevante; sino más exactamente, si son capaces de realizar la acción típica específica que se enjuicia en el caso concreto. Y por tanto, en cada tipo delictivo analizado la respuesta puede ser muy diferente, pues distinto será el sentido del sustrato requerido en cada tipo de acción. De suerte que nos encontraremos con conductas que difícilmente podremos afirmar que son realizadas exactamente igual por una persona física y por una persona moral; o incluso siquiera que podamos decir que han sido cometidas por estas últimas. Luego la discusión acerca de si el sustrato psicológico u ontológico únicamente pertenece a la conducta humana individual, debe plantearse, en todo caso, respecto a cada comportamiento conforme a su descripción típica y no frente a un prejurídico concepto general de acción.

Ahora bien, en el modelo adoptado por el Código Penal español en esta reforma de 2010, parece innecesario plantearse el problema de la

capacidad de acción de las personas jurídicas, pues ciertamente el precepto no requiere que éstas cometan el delito directamente. Porque como ya se ha reiterado, se opta por una técnica de transferencia de la responsabilidad penal, que siempre exige como presupuesto de la responsabilidad penal de la persona moral un hecho delictivo anterior cometido por una de las personas físicas pertenecientes al círculo descrito en la norma (RODRIGUEZ MOURULLO; DEL ROSAL BLASCO).

Respecto al segundo problema, la superación de las concepciones morales y psicológicas de la culpabilidad, con un progresivo entendimiento en términos normativos, tendiente a comprobar la infracción de un deber jurídicamente exigible al sujeto en las circunstancias en que cometió el hecho, son perfectamente aplicables a las personas jurídicas (CARBONELL MATEU; MARTINEZ-BUJAN PEREZ). Sin cuestionar lo anterior, nuevamente he de insistir en que no tengo la seguridad de que el criterio de traslación legal del art. 31 bis CP llegue a requerir exactamente esta comprobación. Lo que indudablemente sí es imprescindible es que el régimen legal de atribución de contenido en este precepto respete los postulados básicos de los principios de presunción de inocencia y de culpabilidad, esto es, de personalidad de las penas y de responsabilidad individual (interdicción de la responsabilidad objetiva). Y es aquí donde, a mi juicio, se concentran los problemas del nuevo régimen. Problemas que por otra parte son los que siempre se han venido debatiendo en el seno de los modelos de transferencia o atribución, ya sea el vicarial o el de identificación. Así, pues, la novedad de este nuevo modelo obliga a estar atentos para que su aplicación sea conforme con el contenido de los derechos fundamentales, en especial los relativos a legalidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y *non bis in idem*.

Desde siempre se ha objetado a estos sistemas de transferencia vulneraciones de principios generales del Derecho penal, en particular los vinculados al de culpabilidad, así como serias dificultades aplicativas. El más grave al que se enfrenta el modelo de "responsabilidad vicaria estricta" es la denuncia de infracción del principio de responsabilidad personal, habida cuenta de que puede interpretarse como un supuesto de "responsabilidad por hecho de otro (por hecho ajeno)". En esta línea se afirma que, en virtud

del principio de personalidad, para que alguien cometa un delito es necesario que haya realizado la conducta típica. De forma que, aunque en el ámbito del Derecho privado y del Derecho administrativo es posible establecer una clase de responsabilidad vicaria, fundamentada en la capacidad de que la actuación del representante produzca consecuencias jurídicas a la sociedad representada, ello no es admisible en Derecho penal que siempre exige una responsabilidad personal. Así pues, la persona jurídica carece de capacidad de culpabilidad, al menos en el sentido requerido en nuestro Código Penal, consistente en una capacidad de comprensión y autodeterminación que únicamente posee la persona física. De ahí que RODRIGUEZ MOURULLO concluya que "el modelo vicarial acogido por el legislador de 2010 se quebranta, por definición, el principio de personalidad, porque la persona jurídica responde por un hecho ajeno, por el hecho que realiza la persona jurídica".

Por otro lado, el modelo de identificación es criticado en consideración a disfunciones aplicativas, porque aunque pueda ajustarse a estructuras empresariales pequeñas, de tamaño reducido y con estructuras jerárquicas lineales, en donde el responsable concentra competencia e información, se resiente fuertemente frente a grandes sociedades en las que su estructura es compleja, con diferenciación funcional y división de tareas, lo que dificulta extraordinariamente la individualización de responsabilidades. Además, no evita la sanción frente a conductas aisladas de personas físicas por más que la compañía haya adoptado toda clase de medidas preventivas (DEL ROSAL BLASCO).

No cabe duda de que el modelo introducido por la reforma de 2010 se corresponde con el denominado de atribución, ya sea entendido como de responsabilidad vicaria o como de identificación. Y en este sentido, estimo que, sea cual sea de los dos, plantean idénticos problemas en relación con el principio de culpabilidad, en la medida que en ambos late aparentemente la responsabilidad por hecho ajeno o por una responsabilidad objetiva. Esto es así, reitero, porque el art. 31 bis CP no requiere que las personas jurídicas "cometan" el hecho delictivo, sino que se limita a señalar que "serán responsables", bajo ciertos presupuestos y circunstancias, por los hechos realizados por determinadas personas físicas vinculadas a la

sociedad. En este sentido, deben rechazarse todas las críticas vertidas enfocadas al modelo de responsabilidad “directa” o “por hecho propio”.

¿Podría entonces fundamentarse la responsabilidad de la persona moral en presupuestos diferentes a la propia comisión de un delito? ¿Sería constitucionalmente legítimo sancionar penalmente a la persona moral aunque ésta no hubiera cometido un delito, y consecuentemente sin que pudiera decirse que ha actuado típica, antijurídica y culpablemente, conforme a los preceptos del CP que definen la infracción penal?

En este contexto coincido con una reflexión general de QUINTERO OLIVARES, pues no dejan de ser una paradoja las críticas que a la vez censuran la responsabilidad penal de las personas jurídicas porque en puridad no es una persona sino una ficción del Derecho; y simultáneamente afirman que en la responsabilidad penal de las personas jurídicas se violentan principios y garantías penales nacidos para las personas naturales. Desde este enfoque la cuestión resulta tan irresoluble como improductiva.

También comparto plenamente la siguiente consideración de la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, que por su claridad transcribo y suscribo: “En último término, y si bien es cierto que la cuestión no debe resolverse apelando a un positivismo meramente formal —pues se trata de una materia que puede llevar implícitas profundas implicaciones dogmáticas—, la realidad es que, en un Estado Constitucional como el nuestro, el hecho de que el delito sea obra del ser humano, de la persona jurídica o de ambos, no se debe a razones ontológicas ni a la propia naturaleza de las cosas, sino a una decisión de Derecho positivo como principal herramienta, que lo es, de impulso y concreción de una determinada política criminal” (p. 9).

En realidad el texto del art. 31 bis CP recuerda bastante a los modelos ya implantados en otros ordenamientos europeos, especialmente el británico y el francés, consistente en un sistema de hetero-responsabilidad penal de las personas jurídicas, indirecta, subsiguiente o derivada, que posibilita la sanción a las mismas por los delitos cometidos por las personas físicas especificadas en el precepto. Se dibuja así una construcción equivalente a la clásica de “las actuaciones en

nombre de otro” y que se ha venido describiendo como “responsabilidad del hecho personal por representación” (Circular 1/2011 de la FGE, p. 31). Con ello se posibilita una responsabilidad de la persona moral no independiente, pero sí autónoma, susceptible de apreciarse de forma exclusiva o acumulada a la de la persona natural, pero siempre requiriendo la actuación ilícita de alguna de las personas físicas pertenecientes al círculo trazado en la ley.

La reforma de 2010 no ha incorporado un modelo de imputación directa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Porque si hubiera elegido este incierto camino a día de hoy, entonces sí tendría que haber diseñado toda una arquitectura punitiva *ad hoc*. Algo que manifiestamente no ha hecho. Pero tampoco ha variado los criterios generales de imputación del Código Penal, especialmente los contenidos en los arts. 5º y 10, donde se contiene la definición de delito, que permanecen incólumes y referenciados al comportamiento de seres humanos. De modo que todos los mecanismos de imputación objetiva y subjetiva, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad continúan referidos a la persona física. En realidad el legislador ha optado por una vía intermedia, mediante la cual crea una suerte de vínculo o conexión normativa entre la conducta delictiva de las personas físicas descritas legalmente y la empresa a la que sirven. La constatación en cada supuesto de la presencia de esa conexión normativa resulta básica, pues constituye el auténtico fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Sin duda se trata de un sistema de responsabilidad vicaria o de identificación, pero ello no implica necesariamente que instaure un instrumento de responsabilidad objetiva ni por hecho ajeno. La clave por tanto descansa en la exigencia de aquilatar la concurrencia de los requisitos específicos para poder efectuar la transferencia de responsabilidad, esto es, para poder fundamentarla en criterios constitucionalmente legítimos. Entre estos requisitos, el sustancial debe ser la “identidad de intereses” (QUINTERO OLIVARES). Este mecanismo es claro en el primer apartado del art. 31 bis 1º CP, en la medida que la transferencia atiende a la equiparación entre las personas físicas que ostentan poder formal, material y funcional de la corporación. Pero para la atribución de responsabilidad penal a la persona moral no basta

con que haya actuado un representante legal o un administrador, sino que lo haya hecho “en nombre y provecho” de la misma, y que pueda articularse una relación nítida entre la conducta delictiva realizada y la actividad ordinaria de la empresa. Y lo mismo puede decirse del apartado segundo, al requerir como fundamento de la transferencia de responsabilidad, el no haber ejercido el “debido control” por parte de los representantes o administradores sobre los subordinados, dentro del ejercicio de actividades sociales, o sea, ordinarias; y que la actuación haya sido “por cuenta y en provecho” de la empresa. Y finalmente, de modo expreso, exige una relación clara entre la comisión del delito y la falta del control debido. Por tanto, de nuevo late la idea de la “identidad de intereses”.

Así pues, en este segundo apartado ni se instaura un modelo *sui generis* de responsabilidad directa, ni se identifica con la tenencia o cumplimiento de códigos internos, ni menos aún se corresponde con el viejo axioma civil de la culpa *in vigilado*. Este último resulta especialmente incompatible con el texto legal desde el momento que dibuja una responsabilidad a título de dolo, mientras que aquélla se construye esencialmente desde la categoría de la imprudencia.

En síntesis, opino que los verdaderos problemas de esta regulación no son de naturaleza dogmática, sino constitucional. Los derechos fundamentales a la legalidad y presunción de inocencia pueden verse seriamente infringidos si se continúa aplicando automáticamente una transferencia de responsabilidad, eludiendo acreditar todos y cada uno de los presupuestos exigidos en el art. 31 bis CP, o presumiendo su presencia sin una actividad probatoria suficiente. Esto es, en modo alguno puede interpretarse el precepto como un mecanismo de responsabilidad penal objetiva, sino que en todo caso deberá demostrarse la concurrencia de los requisitos legales de impregnación de la persona jurídica, que son los que permiten fundamentan su responsabilidad penal más allá de la responsabilidad individual de las personas naturales.

Recuérdese que el Tribunal Constitucional español —en la misma línea que otras jurisdicciones constitucionales europeas—, reconoce el ejercicio de determinados derechos fundamentales a las personas morales, pero como un efecto reflejo del

que poseen los individuos que las integran (v. gr. STC 139/1995). Y a la vez, configura el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal (STC 150/1991), asociado a la idea de dignidad (por ejemplo STC 59/2008), excluyendo las penas únicamente sustentadas en la personalidad del sujeto (Derecho penal de autor) o en la mera producción del resultado (responsabilidad objetiva). Ninguna de estas exigencias se encuentra conculcada en el art. 31 bis CP. No obstante, en la medida que reconoce a la persona moral derechos de las personas naturales como un reflejo, habrá que aquilatar el mismo sobre la exigencia de que la responsabilidad penal es personal por los hechos y subjetiva: sólo cabe imponer una pena al autor del delito por la comisión del ilícito penal en el uso de su autonomía personal.

Finalmente, en la medida que el sistema descansa en una atribución de responsabilidad del hecho personal por representación, podría verse afectado el derecho fundamental a no ser castigado dos veces por el mismo hecho, en los casos en donde se compruebe una identidad absoluta y sustancial entre el representante o administrador y la persona moral, y no una mera identidad de intereses. Es decir, en supuestos de total solapamiento entre la voluntad de la persona natural y de la persona jurídica, carentes de auténtica alteridad y diversidad de intereses. Aquí se produciría una confusión de sujetos, y hasta resultaría irrelevante la personalidad jurídica en ciertas figuras delictivas. La opción debería ser castigar únicamente a la persona física.

Bibliografía

CARBONELL MATEU: “Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en “Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del prof. T. S. Vives Antón” (Carbonell Mateu/González Cussac/Orts Berenguer coordinadores), Valencia (Tirant lo Blanch), 2009, Tomo I, p. 307 y ss.

CARBONELL MATEU/MORALES PRATS: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en “Comentarios a la reforma penal de 2010” (Alvarez García y González Cussac coordinadores), Valencia (Tirant lo Blanch) 2010, p. 55 y ss.

DEL ROSAL BLASCO: "Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa", La Ley, nº 7670, 11 de julio de 2011.

FEIJOO SANCHEZ: "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Estudios sobre la reforma del Código Penal" (Díaz-Maroto), Madrid (Civitas) 2001, p. 65 y ss.

FOFFANI: "Bases para una imputación subjetiva de la persona moral: ¿hacia una culpabilidad de las personas jurídicas?", en "Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores" (Boix/Bernardi coordinadores), Madrid (Iustel), 2005

GOMEZ-JARA DIEZ: "La culpabilidad penal de la empresa", Madrid (Marcial) Pons, 2005.

GOMEZ-JARA DIEZ: "Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español", Montevideo-Buenos Aires (B de F), 2010.

GOMEZ TOMILLO: "Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español", Valladolid (Lex Nova), 2010.

GUARDIOLA LAGO: "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 CP", Valencia (Tirant lo Blanch), 2004.

HEINE: "Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa", en "Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial" (Gómez-Jara), Pamplona (Aranzadi), 2006.

MARTINEZ-BUJAN PEREZ: "Derecho penal económico y de la empresa. Parte general", 3ª edición, Valencia (Tirant lo Blanch) 2011, p. 519 y ss.

MORALES PRATS: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en "Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos", Estudios de Derecho Judicial nº 155, Madrid (CGPJ) 2010.

NIETO MARTIN: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo", Madrid (Iustel), 2008.

ORTS BERENGUER/GONZALEZ CUSSAC: "Compendio de Derecho Penal. Parte general", Valencia (Tirant lo Blanch), 3ª ed., 2011, p. 279 y ss.

QUINTERO OLIVARES: "La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema adoptado por el Código Penal", en "Curso de incidencias de la reforma del Código Penal". Cursos de la Fiscalía General del Estado". Texto electrónico, marzo de 2011.

RAMON RIBAS: "La persona jurídica en el derecho penal. Responsabilidad civil y criminal", Granada (Comares), 2009.

RODRIGUEZ MOURULLO: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la perspectiva político-criminal y dogmática", Tribuna, nº 5, abril-junio 2011, p. 7 y ss.

SILVA SANCHEZ: "La evolución ideológica de la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Derecho Penal y Criminología, vol. 29, nº 86-87, 2008, p. 130.

TIEDEMANN: "Manual de Derecho penal económico. Parte general y especial", Valencia (Tirant lo Blanch), 2010.

VIVES ANTON: "Fundamentos del sistema penal", 2ª edición, Valencia (Tirant lo Blanch), 2011.

VIVES ANTON: "Ley, lenguaje y libertad (sobre determinismo e indeterminismo)", en Teoría y Derecho (en prensa), 2012.

ZUGALDIA ESPINAR: "La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones", Valencia (Tirant lo Blanch) 2008.

ZUGALDIA ESPINAR: "Societas delinquere non potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de Junio)", en La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, nº 76, noviembre 2010, p. 1.

ZUÑIGA RODRIGUEZ: "Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas", Pamplona (Aranzadi), 2009.

-Publicado en "El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango". *Liber Amicorum*, en Homenaje y para celebrar el LXX del prof. Juan Montero Aroca (coords. J. L. Gómez Colomer; S. Barona Vilar; y P. Calderón Cuadrado), Valencia (Tirant lo Blanch) 2012, pp. 1033 a 1050. ♦

El control del tráfico de drogas entre política criminal y dogmática: la experiencia italiana (*)

POR ANTONIO CAVALIERE (**)

Sumario: I. Esbozo de la disciplina italiana en materia de drogas.— II. El bien jurídico.— III. Drogas y lesividad.— IV. Drogas y libertad de autodeterminación.— V. ¿Cuál es la efectividad del derecho penal de los estupefacientes?

I. Esbozo de la disciplina italiana en materia de drogas

Conforme a lo previsto por las Convenciones internacionales (1) y, recientemente, por la Decisión marco 2004/757/GAI del Consejo de la Unión Europea del 25 de octubre de 2004 (2), en Italia el Texto único en materia de estupefacientes (d.P.R. del 9 de octubre de 1990 n. 309), modificado en 2006 (3), sanciona en el art. 73 la punibilidad, con la reclusión de seis a veinte años, del cultivo o producción, del tráfico y de la cesión, aun gratuita, de determinadas sustancias comprendidas en un listado normativo. Desde 2006, tanto en el listado como en el tratamiento sancionatorio se equiparan las denominadas drogas livianas y pesadas, mientras que se diferencian los productos medicinales que contienen sustancias estupefacientes. La evolución normativa, desde la ley de 1954 hasta las de 1975, 1990 y 2006 (4), está unívocamente marcada, en lo concerniente a dichas conductas, por un sentido cada vez más represivo. En lo referente a la detención por con-

sumo personal, la ley de 1954 equiparaba el mismo a la venta -originando interpretaciones correctivas y cuestiones de legitimidad constitucional (5)-, pero a partir de 1975 se delimitó un incierto espacio de no punibilidad; el consumo personal se hallaba condicionado, en 1975, a la tenencia de una indeterminada “cantidad moderada”, y, a partir de 1990, a la no superación del límite de la “dosis diaria promedio”; a través del *referendum* popular de 1993 se eliminó dicho límite cuantitativo, el cual fue reintroducido en 2006, al hacer referencia a una “cantidad máxima de tenencia” (6). A la no punibilidad corresponde, sin embar-

(5) Sobre el tema, con opiniones diferentes, v. STORTONI, La legge sulla droga: profili storici e valutazioni di politica criminale, y MANNA, Legislazione simbolica e diritto penale: a proposito della recente riforma legislativa sugli stupefacenti, en BRICOLA/INSOLERA (a cargo de), La riforma della legislazione penale in tema di stupefacenti, Padova, 1991, respectivamente p. 15 y p. 20 ss.

(6) Debe aclararse que el art. 73 párrafo 1 bis T.U. n. 309/1990 prevé ahora la punibilidad de la tenencia de “sustancias estupefacientes o sicotrópicas que por cantidad, en particular si es superior a los límites máximos indicados mediante decreto del Ministerio de la Salud [...] o por modalidades de presentación, atendiendo al peso bruto total o al fraccionamiento, o por otras circunstancias de la acción, aparecen destinadas a un uso no exclusivamente personal”. La desafortunada formulación, indeterminada (“otras circunstancias”) y en clave de mera sospecha (la punibilidad se funda sobre el dato según el cual las sustancias “aparecen” destinadas, etc.!) dio lugar a varias interpretaciones; aparece como preferible aquella según la cual la norma enumera meros criterios probatorios, alternativos, del destino a un uso no personal, de manera tal que la superación de los límites cuantitativos no origina necesariamente la punibilidad (en tal sentido por ej. MANES, Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze, en INSOLERA [nota 4], p. 36 ss.; RUGA RIVA, La nuova legge sulla droga: una legge “stupefacente” in nome della sicurezza pubblica, en Riv. it.

(*) Artículo traducido por Sabrina Berger.

(**) Profesor de la Universidad de Nápoles Federico II, Italia.

(1) Por último la Convención ONU de Viena del 20 de diciembre de 1988, cfr. www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf.

(2) Publicata en la Gazzetta ufficiale dell’Unione europea L 335/11 del 11.11.2004.

(3) L. 21 de febrero de 2006, n.49, di conversión, con modificaciones, del d.l. 30 de diciembre de 2005, n.272.

(4) Al respecto, cfr. para todos PALAZZO, Consumo e traffico degli stupefacenti, 2ª ed., Padova, 1994, p. 33 ss.; sobre la l.n.49/2006, cfr. espec. INSOLERA (a cargo de), La disciplina penale degli stupefacenti, Milano, 2008, p. 1 ss.

go, desde 1975 la vinculación del consumidor a sanciones administrativas, que inciden en su libertad de movimiento. Las sanciones penales o administrativas a cargo del consumidor pueden cesar o ser suspendidas o ser ejecutadas alternativamente, si él acepta someterse a un tratamiento de rehabilitación.

La disciplina de la materia es extremadamente más amplia y extensa. En esta oportunidad nos detendremos sólo en el núcleo recién esbozado; la finalidad de este trabajo es efectivamente proponer algunas reflexiones alrededor de la antigua cuestión de la legitimidad y de la eficacia de la política criminal italiana sobre la materia. Naturalmente, el problema de los estupefacientes es de dimensiones transnacionales, y supranacionales son los actuales vínculos normativos de las políticas criminales estatales. Pero el estado actual de las cosas no ofrece una buena razón para no esforzarse a contribuir, desde una perspectiva local, a una reflexión doctrinaria transnacional, que pueda suministrar argumentos para una política criminal transnacional, posiblemente diferente (7): un Congreso transnacional como el *18° Seminario internacional* del prestigioso *IBCCrim* ofrece una buena oportunidad en este sentido.

II. El bien jurídico

Desde el punto de vista de la ciencia penal, la legitimidad de una política criminal se valora conforme a su adecuación a los principios de un orde-

dir. proc. pen. 2006, 238-239). Sin embargo, parece fuerte el riesgo de presunciones de tráfico vinculadas con la calidad poseída (o por ej. con el fraccionamiento de la sustancia); ver ya GARGANI, *Introduzione*, en PIEMONTESE (a cargo de), *La disciplina penale degli stupefacenti: un'analisi sul campo*, Pisa, 2010, pp. 8-9, según el cual la superación de los límites tabulados asume "el significado de presunción *juris tantum* de la finalidad del tráfico, de modo que corresponde al tenedor demostrar" la finalidad de uso personal. Sobre el tema ampliamente GRILLO, *La disciplina penale in materia di stupefacenti dopo la novella del 2005-2006: rilevanza e prova delle finalità della condotta, offensività dell'azione e concorso di reati*, *ivi*, p. 26 ss., espec. 44, donde advierte contra engañosos atajos probatorios.

(7) La globalización de las decisiones político-criminales no puede significar "fin de la política" en el sentido de un fatalismo positivista de los políticos y de los juristas nacionales, referido a los vínculos derivados de Convenciones internacionales o de Decisiones marco de la Unión Europea; en tal sentido valen también para el derecho penal las consideraciones de BECK, *Che cos'è la globalizzazione*, Roma, 1997, p. 196 ss.

namiento jurídico, que -elaborados por la cultura jurídica (8) a partir de la experiencia- han adquirido el rango vinculante de Constitución (9).

En el ordenamiento de un Estado social de derecho como el italiano, el derecho penal, en cuanto instrumento lesivo de la libertad y de la dignidad de la persona, sólo puede ser empleado para la tutela subsidiaria de ofensas a los bienes jurídicos, perseguidas mediante estrategias de prevención positiva general y especial (10).

La verificación de la legitimidad de la política criminal en materia de drogas pasa entonces por una sucesión de valoraciones: es necesario preguntarse: 1) cuáles bienes jurídicos un derecho penal de los estupefacientes puede legítimamente tutelar; 2) cuáles conductas resultan dañosas o por lo menos peligrosas para dichos bienes; 3) si y en qué medida dichos bienes son disponibles por el titular, con la posible consecuencia de excluir la ilicitud de conductas aun si dañosas o peligrosas; 4) si y en qué medida una intervención penal es útil y necesaria para prevenir daños a bienes jurídicos.

Y bien, con relación al bien jurídico, según la jurisprudencia italiana, la disciplina penal en materia de drogas se compromete a la "tutela de la salud pública... y -con no menor importancia- de la seguridad pública y del orden público... negativamente perjudicados por las pulsiones criminógenas inducidas por la adicción a las drogas... y por el desarrollo alrededor de dicho fenómeno de la criminalidad organizada", como así también a la tutela "de las jóvenes generaciones" (11).

Tal definición del bien jurídico es inaceptable (12). El orden público es notoriamente una "Rum-

(8) Cfr. MOCCIA, Cesare Beccaria e la difesa dei diritti dell'individuo, en *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, a cargo de W. HASSEMER — E. KEMPF — S. MOCCIA, München, 2009, p. 470.

(9) Sobre la orientación del derecho penal a la Constitución, en Italia para todos BRICOLA, *Teoria generale del reato*, en *Nss.D.I.*, XIX, Torino, 1973, p. 7 ss.

(10) ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd.I, 4. Aufl., München, 2006, p. 13 ss., 85 ss.; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 83 ss.

(11) Así, paradigmáticamente, Corte cost., sent. 10-11 de julio de 1991, n.333, en *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, 293.

(12) Críticamente acerca de los pretendidos bienes jurídicos tutelados por la l.n. 162/1990 anteriormente SGUBBI,

pelkammer von Begriffen”, un concepto vago y omnicompreensivo, y por lo tanto incompatible con el principio constitucional de determinación (13); en cuanto omnicompreensivo, se presta, desde siempre, a fundar la intervención penal contra todo aquello que el poder constituido define como desorden, allí donde el aporte subsidiario del derecho penal al orden puede consistir sólo en la tutela ante daños verificables contra bienes concretos de uno o más perjudicados (14) de significatividad proporcionada con la pena. La seguridad pública posee sustancialmente las mismas características vagas y omnicompreensivas; comprende, en realidad, la seguridad de la vida, de la integridad física, del patrimonio, etc.; es más un predicado de los bienes jurídicos que un bien en sí mismo; puede referirse a un cierto modo de tutelar los bienes jurídicos, o sea a cierta variante, constitucionalmente problemática, de la prevención especial negativa -seguridad como neutralización de sujetos peligrosos- y conjuntamente de la prevención general positiva -reaseguro (simbólico) de los individuos (15).

En cuanto a las pulsiones criminógenas inducidas por la adicción y por el prosperar de la criminalidad organizada, en ambos casos se trata de peligros en perjuicio de bienes diferentes y más concretos de orden y seguridad; peligros no siempre verificables y tal vez sólo remotos o indirectos, como se podrá observar más adelante; pero especialmente, peligros en relación a los cuales deberá plantearse la cuestión de la efectividad: o sea si la intervención penal constituye un instrumento adecuado contra tales fenómenos, o, por el contrario, finalmente los favorece.

Il bene giuridico e la legge di riforma in materia di stupefacenti, en BRICOLA/INSOLERA [nota 5], p. 63 ss.

(13) La célebre definición de BINDING se halla en *Die Normen und ihre Übertretung*, I, Leipzig, 1922, p. 352; acerca de la incompatibilidad del orden público con el principio de determinación, ver en Italia para todos ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 193; MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell’)*, en *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, p. 4.

(14) Cfr. al respecto anteriormente ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe* (1966), en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin - New York, 1973, p. 13.

(15) Para una crítica de la seguridad como bien jurídico, consiéntase reenviar a nuestro *Può la ‘sicurezza’ costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, en *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, [nota 8], p. 111 ss.

Queda, por lo tanto, la mención a la salud pública y a las nuevas generaciones. Efectivamente, una salud “pública” no existe, salvo como salud de una o más personas (16). Y los jóvenes son los más afectados por los efectos nocivos para la salud de algunas drogas. Un bien legítimamente tutelable en materias de drogas existe: la salud de la persona.

En correspondencia con la función “negativa” del concepto de bien jurídico (no está dicho que el derecho penal pueda intervenir) se plantean algunas cuestiones. La primera -sólo en apariencia no controversial- es acerca de si y en qué medida el consumo de drogas -y por lo tanto la cesión y otras conductas afines realizadas por terceros- lesiona o pone en peligro la salud. Ello requiere conocimientos empíricos: qué es la droga, cuáles drogas dañan, cuánto dañan. La segunda, a plantear sucesivamente, atañe a las delicadas cuestiones acerca de si y en qué medida se puede disponer de la propia salud, y acerca de si y hasta qué punto ello puede legitimar el accionar del consumidor con el consentimiento de los derechohabientes.

III. Drogas y lesividad

La definición de droga de la Organización Mundial de la Salud (OMS) es: “A term of varied usage. In medicine, it refers to any substance with the potential to prevent or cure disease or enhance physical or mental welfare, and in pharmacology to any chemical agent that alters the biochemical physiological processes of tissues or organisms. Hence, a drug is a substance that is, or could be, listed in a pharmacopoeia. In common usage, the term often refers specifically to psychoactive drugs, and often, even more specifically, to illicit drugs [...]. Professional formulations (e.g. “alcohol and other drugs”) often seek to make the point that caffeine, tobacco, alcohol, and other substances in common non-medical use are also drugs in the sense of being taken at least in part for their psychoactive effects” (17). Si limitamos el uso del tér-

(16) Según las enseñanzas de HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, en L. PHILIPPS/H. SCHOLLER (hrsg.), *Jenseits des Funktionalismus*. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, Heidelberg, 1989, p. 90 ss., una concepción personal de bien jurídico permite la tutela de intereses colectivos, siempre que posean un sustrato personal verificablemente dañable. Críticamente sobre el concepto de salud “pública”, MANNA [nota 5], pp. 31-32.

(17) Cfr. el *Lexicon of alcohol and drug terms* published by the World Health Organisation, en http://www.who.int/substance_abuse/publications/lexicon/

mino droga a las “sustancias o drogas psicoactivas”, podemos hacer referencia la siguiente definición de la OMS: “A substance that, when ingested, affects mental processes, e.g. cognition or affect. This term and its equivalent, psychotropic drug, are the most neutral and descriptive terms for the whole class of substances, licit and illicit, of interest to drug policy. «Psychoactive» does not necessarily imply dependence-producing [...]”.

Ambas definiciones son consideradas genéricas, y existe un amplio consenso, en el campo médico, psicológico y sociológico, acerca de dos circunstancias: 1) más allá de la común definición, las drogas son muy diferentes entre ellas, antes por los efectos que por la consideración social (18); 2) existen muchas incertidumbres acerca de los efectos de cada sustancia (19).

Las clasificaciones de las sustancias psicoactivas se refieren por lo general a los efectos directos sobre el sistema nervioso central (s.n.c.). La más difundida en Italia distingue cuatro tipos de drogas (20): 1) sustancias analgésicas, que comprenden los opiáceos (por ej.: heroína, morfina, metadona); 2) sustancias que deprimen el s.n.c., como el alcohol, los barbitúricos y los hipnosedantes; 3) sustancias que estimulan el s.n.c., como la cafeína, la nicotina, las anfetaminas, el *ecstasy*; 4) sustancias que alteran la percepción, como los derivados de la *cannabis* (espec. *hashish* y marihuana), el LSD y el *ecstasy* (que posee varios efectos, como asimismo otras sustancias).

A los fines específicos de una valoración penal de los daños y de los peligros para la salud, sin embargo deben evidentemente considerarse dos elementos adicionales: los otros efectos sobre la salud, a menudo vinculados con la cantidad de

sustancia consumida y evidentes sólo en el largo plazo, y la dependencia.

Esta última es definida de varias maneras, y se diferencia en física y síquica; oportunamente, en el lenguaje biológico y aún más en el farmacológico, se toma en consideración sólo la primera, como resalta la OMS (21); el concepto de dependencia síquica posee límites inciertos, que se refieren por ejemplo también al deporte, al trabajo (“workaholic”), a los videojuegos, a la televisión y a Internet (22); por otra parte, la dependencia física actúa sobre la siquis. Según la OMS, entrada “Addiction, drug or alcohol”, se trata del “repeated use of a psychoactive substance or substances, to the extent that the user (referred to as an addict) is periodically or chronically intoxicated, shows a compulsion to take the preferred substance (or substances), has great difficulty in voluntarily ceasing or modifying substance use, and exhibits determination to obtain psychoactive substances by almost any means. Typically, tolerance is prominent and a withdrawal syndrome frequently occurs when substance use is interrupted. The life of the addict may be dominated by substance use to the virtual exclusion of all other activities and responsibilities”. Desde un punto de vista penal, es significativo que dicha definición implique una disminución de la autodeterminación y el peligro de un síndrome de abstinencia, al cual corresponden daños físicos aún más graves (23).

Debe también tomarse en consideración el difundido fenómeno del consumo, por parte de un único consumidor, de varios tipos de droga (por ej., alcohol y analgésicos, alcohol y *ecstasy*).

En relación con las dimensiones del consumo de drogas, naturalmente existe un enorme interrogante acerca de su real alcance. De todos modos, según el informe anual de 2011 del *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction* (EMCDDA) (24) -que limita su actividad a las

who.int/substance_abuse/terminology/who_lexicon/en/index.html. La definición siguiente ha sido extraída de la misma fuente.

(18) V. por ej. FLICK, *Droga e legge penale*, Milano, 1979, p. 45 ss.; PICCONE STELLA, *Droghe e tossicodipendenza*, 2ª ed., Bologna, 2002, pp. 7-8.

(19) Objetividad y responsabilidad imponen, por lo tanto, no adecuar los datos disponibles a opciones de tipo prohibicionista (con excesivos alarmismos) o antiprohibicionista (minimizando los efectos de las drogas) cfr. PICCONE STELLA [nota 18], pp. 75, 122 y *passim*.

(20) Cfr. por ej. BARBAGLI/COLOMBO/SAVONA, *Socio-logia della devianza*, Bologna, 2003, p. 73.

(21) V. [nota 17], entrada “dependence”.

(22) V. PICCONE STELLA, [nota 18], p. 71, que sin embargo diferencia la dependencia sicofísica a las drogas.

(23) Cfr. una vez más el Lexicon OMS [nota 17], entrada “withdrawal syndrome”.

(24) Se trata de un instituto especializado de la Unión Europea. Los datos que siguen han sido extraídos del sitio oficial del EMCDDA: www.emcdda.europa.eu/situation/commentary/1#section2.

drogas ilegales- sobre la base de los datos más recientes, en Europa han consumido *cannabis* una vez en la vida por lo menos 78 millones de personas (¡el 23% de la población adulta!) y en el último año cerca de 22,5 millones de personas; cocaína, en la vida 14,5 millones de personas (el 34% de los adultos), en el último año 4 millones; anfetaminas, en la vida 12,5 millones de personas (3,8%), en el último año 2 millones; *ecstasy*, en la vida 11 millones de personas (3,2%), en el último año 2,5 millones; los “consumidores problemáticos de opiáceos”, o sea principalmente los adictos a la heroína, son estimados entre 1,3 y 1,4 millones de europeos (25). Ampliando la mirada a las drogas legales, según los datos de la OMS referidos al 2002, en el mundo, por 185 millones de consumidores de drogas ilegales existen 2 billones de consumidores de alcohólicos y 1,3 billones de consumidores de tabaco (26).

A esta altura, teniendo presentes -aun con sus incertidumbres- definiciones, clasificaciones e índices de consumo de las drogas, es posible esbozar, para algunas sustancias más difusas, el marco de su dañosidad. A este fin se utilizarán los “perfiles” de cada droga, no siempre concordantes, elaborados por instituciones como el EMCDDA (27), la OMS (28), la Dirección central de los servicios antidroga (DCSA) del Ministerio del Interior italiano (29) y también la opinión de los estudiosos.

En relación con la *cannabis* -ampliamente la droga ilegal más consumida- además de los efectos transitorios de euforia y relajación, según el EMCDDA “there is little evidence for damage to organ systems among moderate users, but consumption with tobacco carries all of the risks

of that substance”. Según la OMS, se verifican dificultades de aprendizaje y memorización y de coordinación sicomotriz, que sin embargo los estudiosos tienden a observar sólo en casos infrecuentes de consumo crónico o “pesado de drogativiana” (30). Según el EMCDDA no se ha demostrado la relación con fenómenos de esquizofrenia y “fatalities directly attributable to cannabis are rare”; efectivamente, en los datos acerca de los fallecimientos por droga en 30 países europeos referidos a 2009, solo Finlandia reconoce la presencia de *cannabis* (31). Acerca de la dependencia, el EMCDDA calla, los estudiosos tienden a negarla (32), la OMS considera “probable” su surgimiento sólo ante el consumo crónico. No se puede hallar entre los peligros vinculados con el consumo de *cannabis* el tránsito hacia drogas pesadas, que según la opinión ampliamente prevaleciente es tan raro como para no ser atribuible a dicho consumo (33).

Parece posible afirmar, por lo tanto, que la *cannabis* es probablemente peligrosa para la salud en caso de uso frecuente y/o “pesado”.

A esta altura, debe observarse que las dos drogas legales más comunes, y de consumo mucho más frecuente que la *cannabis*, o sea el alcohol y el tabaco, pueden ser, en caso de consumo crónico, más peligrosas para la salud, y lo son también para la vida, en cuanto han sido demostrados y son conocidos sus efectos lesivos de la salud, aun mortales. El abuso de alcohol, según el perfil trazado por la OMS, provoca tumores de esófago, tumores de hígado, cirrosis hepáticas, en la hipótesis de abuso habitual pueden surgir dependencia y crisis de abstinencia, hasta el *delirium tremens* y daños

(25) A su vez, los datos de la OMS referidos al menos reciente período 1998-2001 indican las siguientes cifras del consumo mundial: *cannabis* 147,4 millones de consumidores (el 69 % de los consumidores de drogas ilegales); anfetaminas 33,4 millones (el 16 %); cocaína 13,4 millones (6 %); heroína 9,2 (4%); *ecstasy* 7 millones (3 %), cfr. www.who.int/substance_abuse/facts/psychoactives/en/index.html.

(26) Cfr. www.who.int/substance_abuse/facts/global_burden/en/index.html.

(27) www.emcdda.europa.eu/publications/drug-profiles.

(28) Cfr. www.who.int/substance_abuse/facts/en.

(29) Cfr. www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/ministero/dipartimenti/dipubblicasi_sicurezza.

(30) PICCONE STELLA [nota 18], p. 48.

(31) V. www.emcdda.europa.eu/stats10/drdrtab108; para Finlandia, sobre 229 fallecidos por drogas ilegales, para 99 se indica “cannabis”, cifra claramente enorme, no siendo indicado si la sustancia aparece sola o conjuntamente con otras; aparece decididamente verosímil la segunda hipótesis.

(32) Salvo la psíquica, que puede surgir por el consumo prolongado, v. por ej. BARBAGLI/COLOMBO/SAVONA [nota 20], p. 77. Niega decididamente una dependencia física por *cannabis* ARNAO, Perché legalizzare la droga significa ridurne la pericolosità, en MANCONI (a cargo de), Legalizzare la droga. Una ragionevole proposta di sperimentazione, Milano, 1991, pp. 60-61; así también la DSCA [nota 29].

(33) BARBAGLI/COLOMBO/SAVONA [nota 20], p. 86.

cerebrales permanentes (34). Según el *Atlas 2010* de la OMS, a nivel mundial, aproximadamente 39 muertos de cada 100.000 se deben al abuso de alcohol y de drogas ilícitas, entre éstas el alcohol es responsable de 35 sobre 39. El tabaco -según el World Health Report dell'OMS del 2002- "among industrialized countries where smoking has been common, [...] is estimated to cause over 90% of lung cancer in men and about 70% of lung cancer among women. In addition, in these countries, the attributable fractions are 56-80% for chronic respiratory disease and 22% for cardiovascular disease" (35).

Volviendo a las drogas ilícitas, cocaína, anfetaminas y *ecstasy* presentan características en parte similares, en cuanto sustancias estimulantes. Según el EMCDDA la cocaína produce inicialmente euforia, taquicardia e hipertensión y suprime el apetito; provoca rápidamente una fuerte dependencia química (36); la dosis mínima mortal estimada es 1,2 g, si bien varía según las características individuales; sobre la base de los datos disponibles, después de los opiáceos aparece como la segunda sustancia más letal. Las anfetaminas producen, en el momento, efectos estimulantes similares a la cocaína, suprimen la sensación de fatiga y provocan insomnio; la intoxicación aguda causa disturbios cardio-circulatorios y estados de agitación, confusionales, paranoides; la intoxicación crónica provocaría daños cerebrales; las muertes atribuidas a las anfetaminas se definen poco frecuentes. Por otra parte, en particular en lo referente a las drogas sintéticas, pero también para las otras, vale la observación según la cual a menudo no se identifica precisamente la sustancia legal, y en un alto porcentaje de fallecimientos se trata de *cocktails* de sustancias. La MDMA o *ecstasy* produce inicialmente euforia y aumento de la

(34) Estos efectos del abuso habitual son descritos en el informe de la OMS Neuroscience of psychoactive substance use and dependence, Geneva, 2004, pp. 71-72.

(35) Siempre según la OMS, el tabaco es responsable del 8,8% de la mortalidad en el planeta; el alcohol del 3,2%; las drogas ilícitas, todas juntas, del 0,4%; naturalmente hay que tomar en cuenta la incierta relación con el número de consumidores y el cálculo de fallecimientos sólo indirectamente reconducibles al uso de sustancias, por ej. aquellos debidos a accidentes viales por manejo en estado de ebriedad o bajo el efecto de estupefacientes.

(36) Cfr. en particular también el perfil de la sustancia a cargo de la DCSA [nota 29].

percepción sensorial; a largo plazo es asociada a dificultades cognitivas; los efectos pueden variar según su composición; las muertes son poco frecuentes y de difícil atribución.

En síntesis, la cocaína es peligrosa para la salud y la vida; anfetaminas y *ecstasy* lo son, en grado decreciente, para la salud e infrecuentemente para la vida.

La heroína es notoriamente la droga ilegal más destructiva. La capacidad de inducir dependencia física es cierta, si bien esta última no surge necesaria ni inmediatamente; la dependencia vacía la existencia, dado que todas las energías emocionales son absorbidas por la espasmódica búsqueda de la sustancia, cuyos efectos euforizantes disminuyen hasta desaparecer; aparecen luego patologías físicas como la depresión respiratoria (37); existen además peligros de contagio de HIV, hepatitis B y C, vinculados sin embargo a las modalidades del consumo. El número de fallecimientos por sobredosis constituye la enorme mayoría de aquellos debidos a drogas ilegales.

Deseando, por lo tanto, hallar en estos datos genéricos algunas indicaciones útiles a los fines del derecho penal, no controversiales ni llenos de incógnitas, se puede en primer lugar afirmar que las drogas presentan un grado de peligrosidad para la salud muy diferenciado, y que sólo algunas son seriamente peligrosas para la vida. Además, los peligros y los daños dependen también de las características sico-físicas del consumidor y de la modalidad (por ej.: consumo endovenoso o humo de heroína) y de la frecuencia del consumo (38).

Existe, sin embargo, otro elemento relevante a los fines de una valoración del derecho penal. Las investigaciones toxicológicas acerca de los efectos de las sustancias y aquellas epidemiológicas acerca del consumo demuestran evidencias estadísticas y probabilidades generales, analizan un fenómeno. En derecho penal, por el contrario, se trata de una valoración de un hecho individual; no se puede responsabilizar a una persona por un fenómeno, ni por la peligrosidad general de una conducta, bajo el riesgo de instrumentalizar al ser

(37) La DCSA [nota 29] pone en evidencia también disfunciones hormonales y gastrointestinales.

(38) PICCONE STELLA [nota 18], p. 46 ss.

humano en aras de finalidades ajenas a él (39). La tipología penal debe ser construida de manera tal como para describir una conducta por lo menos peligrosa para el bien jurídico.

En materia de estupefacientes se toma en consideración el delito de peligro para la salud o la vida, al verificarse la realización de eventos de daño ya punible en perjuicio de aquellos bienes, según los casos, en concepto de lesiones personales, homicidio, o muerte o lesiones como consecuencia de otro delito (art. 586 C. P.). En las convenciones internacionales, en la citada decisión marco, en la legislación italiana y en las extranjeras se trata de delitos de peligro abstracto o presunto; se describe una simple conducta, sin prever una cláusula del tipo “en modo peligroso para la salud o la vida”, y ello plantea un conocido y controversial problema de legitimidad constitucional. Según la Corte constitucional y la doctrina prevaleciente en Italia, los delitos de peligro presunto son legítimos, en tanto que se trate de la tutela de bienes primarios como la vida y salud y que la presunción de peligro sea razonable (40).

El suscripto no comparte dicha legitimidad parcial; pero, aun adoptando los criterios indicados por la Corte y teniendo en cuenta las cuestiones empíricas, surge una legitimación selectiva, que se diferencia de la punibilidad tanto del consumo como de la tenencia para consumo personal (no prevista en Italia), de la cesión y de acciones similares.

Efectivamente, el consumo o la cesión de una dosis individual de *cannabis* no pueden en lo absoluto ser considerados dañosos para la salud ni siquiera por inducción de dependencia; no más de lo que puede afirmarse acerca de un vaso de *whisky* o de un cigarrillo (41). Una (abstracta) peligrosidad podría ser sostenida sólo con relación

(39) En la doctrina italiana, cfr. con referencia a personalidades de la responsabilidad penal y función de la pena, BRICOLA [nota 9], p. 83; MOCCIA [nota 10], p. 185.

(40) Cfr. por ej. la citada sent. Corte cost., n.333/1991 [nota 11], pp. 295-296; en doctrina, para todos en dicho sentido FIANDACA/MUSCO, Diritto penale. Parte generale, 6ª ed., Bologna, 2010, p. 205 ss.

(41) Y lo mismo vale hipotetizando la cesión de un paquete de “porros” o de cigarrillos o de una botella de whisky: de ello no se puede razonablemente afirmar la peligrosidad, que depende en manera decisiva de cómo se los consume.

al uso frecuente y por lo tanto también a la cesión habitual a un mismo sujeto; pero, más allá de cualquier otro tipo de consideración, tipologías penales que requirieran una conducta reiterada o habitual presentarían una bien escasa practicabilidad. La incriminación no sólo del consumo o de la tenencia, sino también de la cesión de *cannabis* aparecen por lo tanto en contradicción con el principio de dañosidad (42) y con el principio de igualdad bajo la modalidad de la razonabilidad, por la injustificada discriminación con respecto de las drogas legales alcohol y tabaco (43).

Diferentes son los efectos de las otras sustancias, y también bajo dicho aspecto irrazonable y, por lo tanto, inconstitucional es la actual equiparación vigente en Italia entre cesión de sustancias como la *cannabis* y la heroína, por ejemplo (44).

También en el caso de las anfetaminas y de la MDMA o *ecstasy* aparece débil y en lo absoluto obvia, según el actual estado de los conocimientos, la presunción de peligrosidad del consumo ocasional y, por lo tanto, de la cesión también ocasional. La carga de la prueba debería corresponder al legislador, sobre la base de adecuadas investigaciones empíricas. En relación con el *ecstasy*, por otra parte, existe consenso acerca del dato según el cual, a los fines de la peligrosidad, es decisiva la variabilidad y por lo tanto la imprevisibilidad de la composición química de la sustancia, un punto

(42) Considerado en Italia de rango constitucional, prácticamente de manera unánime, excepto divergencias sobre el alcance del principio: cfr. en jurisprudencia por ej. Corte cost., sent. 13-24 de julio de 1995, n.360, en Foro it. 1995, I, 3083; en doctrina espec. MARINUCCI/DOLCINI, Corso di diritto penale, I, 3ª ed., Milano, 2001, p. 49; MANES, Il principio di offensività nel diritto penale, Torino, 2005, passim.

(43) La Casación, en plenario, sent. 24 de abril de 2008, n.28605, en Cass. pen. 2008, 4504, sobre la base de indicaciones de la Corte constitucional, considera que la punibilidad de la cesión de estupefacientes debe excluirse solo cuando resulte carente de cualquier eficacia sicoactiva y por lo tanto no “drogadora”, sería inofensiva y, por lo tanto, no punible solo la cesión de “porros” sin *cannabis*. Pero entonces, debería ser lícita solo la cesión de cigarrillos sin nicotina, o de cerveza y de ron sin alcohol.

(44) Ya lo indicaba INSOLERA/STORTONI, Un'altra legge “speciale”: la legge sulla droga, en Quest. crim. 1976, 111 ss.; por último RUGA RIVA [nota 6], 254 ss., que oportunamente pone de relieve el contraste con la decisión marco citada en la nota 2.

sobre el cual regresaremos al examinar la cuestión de la efectividad del control penal.

Cocaína y heroína pueden ser mortales desde el primer acto de consumo; depende de la dosis, de la modalidad de consumo, de las características individuales. El peligro para la vida no puede ser razonablemente previsto en cualquier acto de consumo o de cesión; en el caso de la heroína ello, además de resultar científicamente confirmado, es demostrado por las experiencias de suministro controlado en algunos países (45). Una tesis incómoda, pero sostenida por varios estudiosos (46), indica que existe un consumo ocasional o “liviano” de las drogas pesadas -no necesariamente se desarrolla una tóxico-dependencia- y un consumo “responsable”, no peligroso para la vida e incluso no incompatible con la inserción social y con la actividad laboral.

La peligrosidad para la vida del consumo o de la cesión de heroína o de cocaína debería, por lo tanto, ser valorada de manera concreta a los fines de la punibilidad, o por lo menos vinculada a determinados índices, tales como la cantidad elevada de sustancia. El peligro para la salud deriva, de todas maneras, a partir de la probabilidad del surgimiento de la dependencia, también condicionada a los mencionados índices; ello legitima una tipología de peligro concreto. Otros peligros y daños para la salud y para la vida son asociados al consumo crónico; otros (por ej.: sobredosis, SIDA, hepatitis) se hallan vinculados al régimen de ilegalidad de las drogas y a las peligrosas modalidades de consumo. Debemos regresar sobre este punto.

IV. Drogas y libertad de autodeterminación

El bien legítimamente tutelable en materia de drogas es por lo tanto la salud. El consumo de drogas abarca, según la sustancia y las modalidades, un espectro variable desde la inofensividad o, a lo sumo, desde una remota peligrosidad por consumo moderado y ocasional de alcohol, tabaco y cigarrillos de *cannabis*, hasta la concreta peligrosidad e incluso hasta la dañosidad para la salud o para la vida a causa de determinadas modalidades de consumo de otras sustancias. La

legitimación de una intervención penal depende, entonces, también de la legitimidad de una tutela en beneficio de la persona ante sí misma, o sea de la disponibilidad de los bienes salud y vida.

Posiblemente sea éste el aspecto más complejo del problema, dado que involucra opciones ético-filosóficas, religiosas y visiones del mundo que inciden en el modo de concebir a la persona y a la relación entre ella y la colectividad (47). Ello impone, en democracia, una apertura al diálogo y la renuncia a pretensiones de verdad absoluta. E impone al penalista el considerar como vinculantes las indicaciones de principio provenientes del sistema normativo de referencia (48).

La Constitución italiana se funda sobre la primacía de la persona; y, en la intención de conciliar libertad, igualdad y *fraternité*, impone al individuo y al Estado deberes de solidaridad hacia los demás (arts. 2º, 3º Const.). Ahora bien, entre los pilares de la relación constitucional entre individuo y colectividad existe la intangibilidad de la autodeterminación de la persona acerca de sus propias elecciones existenciales, sobre el desarrollo de la personalidad (arts. 2º y 13 Const.). Ello constituye el elemento esencial de la dignidad humana, la cual es lesionada cuando la persona, el ser humano en cuanto *Phaenomenon*, es reducida a cosa, o sea al objeto de elecciones de la colectividad sobre qué puede hacer o qué es bueno para ella o “digno” del hombre “como debería ser”.

Por lo tanto la salud, en el art. 32 de la Const., es definida como un derecho de la persona y no como un deber y -por excelentes razones de solidaridad, que no implican ni pueden implicar opresión por parte de la autodeterminación- “interés de la colectividad”. Y también por esta razón el art. 32, 2º párrafo de la Const., al permitir los tratamientos sanitarios obligatorios sólo por el “respeto de la persona”, según la interpretación dominante exige que ellos sean dirigidos a tutelar no a la persona misma ante sus propias decisiones responsables, sino la salud de las otras personas,

(47) Piénsese en el debate acerca del paternalismo, retomado por el trabajo de FEINBERG, *Harm to Self*, New York, 1986.

(48) En Italia, fundamental sobre este punto MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, en Riv. it. dir. proc. pen. 1989, 1006 ss.

(45) Así PICCONE STELLA [nota 18], p. 120.

(46) Cfr. ARNAO [nota 32], espec. ps. 73-74, donde se pone de relieve la abolición de la expresión “uso responsable de droga” impuesta por la ONU en 1987; PICCONE STELLA [nota 18], p. 31 ss. y *passim*.

en particular ante los contagios (49). De todo esto deriva la libertad de elegir autónomamente si curar la propia salud, si rechazar los tratamientos, si vivir o morir (50), cuáles riesgos correr para la salud o para la vida. Incluso suicidarse o intentarlo (y aun arriesgarse a ello, involuntariamente) es lícito y no puede ser objeto de coacción jurídica heterónoma a pesar de que ello pueda entrar en conflicto con el interés de la colectividad y sea aquello que menos deseamos que otro haga con su vida. Y lo mismo sucede ante la decisión de consumir drogas peligrosas (51).

Ante la objeción según la cual de tal manera se ignora el componente de solidaridad de la base constitucional, es fácil replicar que un solidarismo respetuoso de la primacía de la persona interviene garantizando su efectiva autodeterminación y ofreciendo ayuda tanto a quien desea curarse como a quien se niega a hacerlo y quiere ser ayudado de otra manera, o sea mediante el respeto de su elección.

Se objeta que no cuidar la salud, fumar, beber (pero también alimentarse demasiado o mal) no es sólo decidir acerca de sí mismo, sino que implica la posibilidad de generar costos económicos para la colectividad, y ello legitimaría, dejando de lado otras valoraciones, incluso una intervención penal (52). ¡Se trataría, por lo tanto, de conductas

eventualmente punibles en calidad de delitos contra la economía pública! La dignidad humana -ya sea en cuanto autodeterminación como por efecto del estigma penal- y la libertad personal (involucrada, aunque a través de la convertibilidad, aun en presencia de penas pecuniarias) sucumbirían en el balance frente al patrimonio colectivo, justificando la aplicación de una pena por un acto de autodeterminación sólo indirecta y remotamente peligroso para el patrimonio mismo. Se trata de un complejo vuelco de la primacía de la persona, la cual ya no sería libre de decidir acerca de su propia vida, primacía que podría ser cercenada penalmente mediante una gravísima intromisión en su vida privada cotidiana, para no generar costos a la colectividad (53).

Ello debería valer, aunque es menos obvio, también para la aplicación de sanciones administrativas. Si ellas restringen la libertad personal, más allá de su denominación, sustancialmente penales; vale, entonces, lo ya afirmado y, por lo tanto en Italia son ilegítimas aquellas sanciones previstas para la tenencia para consumo personal (54). En aquellos casos en los que se trata de una sanción administrativa primaria, por una elemental razón de proporción, el balance entre libertad de autodeterminación -cercenada por la sanción sólo en términos de leve costo económico- y el peligro de costos para la colectividad se plantea

(49) Cfr. para todos VINCENZI AMATO, Art. 32 co.2, en BRANCA (a cargo de), Commentario della Costituzione, Roma-Bologna, 1976, p. 170 ss.

(50) El derecho, extraído de la Constitución, de rechazar los tratamientos médicos aun a riesgo de morir, reconocido por la doctrina prevaleciente, ha sido repetidamente sostenido por la jurisprudencia, por último en dos discutidos casos de eutanasia (respectivamente conocidos como Welby y Englaro: Trib. Roma, 23 de julio de 2007, n. 2049, en Riv. it. dir. proc. pen. 2008, 437 ss.; Cass.civ., I, 4-16 de octubre de 2007, n. 21748, allí, 384 ss.).

(51) De opinión diferente FLICK [nota 18], p. 153 ss., según el cual de una interpretación sistemática de la Constitución resultaría la ilicitud de la elección individual, obrada por el consumidor de drogas, de una "fuga" de los condicionamientos y de los deberes sociales, mencionados en los arts. 2º y 4º, 2º párrafo de la Const., en materia de deber de trabajar. La misma libertad personal y el derecho a la salud deberían ser vistos como vinculantes a deberes de solidaridad. Si bien tendencialmente se excluye una coacción directa del consumidor, las premisas generales no evitan el peligro de legitimar, coherentemente, intervenciones coactivas sobre personas motivadas, posiblemente, por la obligación de trabajar.

(52) En Italia en tal sentido M. ROMANO, Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale, in Riv. it. dir. proc. pen. 2008, 995-997.

(53) Aletea el fantasma del utilitarismo colectivista, ver especialmente en materia de salud PLATÓN, Repubblica, III, Caps. 14-15. Por otra parte, aquello que se discute es, bien mirando, el costo de la solidaridad colectiva; se debería, entonces, coherentemente, dejar que la persona gestione autónomamente su propia salud, aun pagando personalmente los costos de su mala gestión. Este sería un modelo coherentemente liberal, con la consecuencia de que aquellos costos serían soportados sólo por las personas pudientes. En un ordenamiento en el que convivan liberalismo y solidarismo, por el contrario, antes que obligar a curar, deben ofrecerse ayuda e instrumentos de información y de sensibilización, de prevención social y también de tratamientos para todos; y ello también en virtud de la conciencia -a menudo removida- de la corresponsabilidad de la sociedad en la etiología cultural de los modelos "autónomos" de gestión peligrosa de la propia salud. Ello no excluye, en los casos en los cuales se pueda exigir, una participación individual a los costos en casos de patologías causadas por una mala autogestión.

(54) Especialmente aquellas previstas para la "tutela de la seguridad pública". Comparto las críticas de RUGA RIVA [nota 6], 246 ss.; GAMBERINI/INSOLERA, Uno sguardo d'insieme alla nuova normativa, en INSOLERA [nota 4], pp. 11-12.

en términos diferentes. Y la tenuidad de la intervención sancionatoria presenta, tal vez, bajo una óptica diferente también la relación entre libertad y solidaridad. Particularmente, una sanción administrativa pecuniaria aparece sostenible toda vez que sea consecuencia de una inmediata y grave exposición a peligro de la salud y de la vida, tanto -pero muy secundariamente- como tutela del patrimonio colectivo, como especialmente en clave de solidaridad, como instrumento de prevención entendida como orientación individual y colectiva (55). Pero no, por el contrario, cuando se trata de peligros remotos, reconducibles a efectos hipotéticos de una eventual continuidad de conductas autorresponsables privadas.

Se puede ahora intentar esbozar las implicancias de dicho orden de ideas en relación, por un lado, con una legítima disciplina del consumo personal de drogas y de las conductas que originan detención como consecuencia de dicho consumo, y por el otro de las conductas de cesión y similares. En lo referente al primer ámbito, en presencia de un consumo no habitual de sustancias inocuas o de peligrosidad sólo remota y necesariamente "serial" (alcohol, tabaco, *cannabis*) hay que excluir cualquier sanción penal o administrativa. Una sanción exclusivamente pecuniaria podría a lo sumo ser admitida -desde el limitado punto de vista en examen y exceptuando lo que se mencionará más adelante- para un consumo inmediata y concretamente peligroso para la salud y para la vida (abuso habitual de alcohol, *cannabis* o *ecstasy*, consumo de cocaína o heroína). En cuanto a la cesión, la de sustancias inocuas o de peligrosidad sólo remota y serial debería ser lícita, si se realiza con el válido consentimiento del consumidor, por lo tanto en el respeto de los límites de edad y capacidad (56), y ofreciendo la información referida a los riesgos, como elemento esencial de prevención

(55) Esto parece justificar sanciones administrativas pecuniarias para la inobservancia de la obligación del casco o del cinturón de seguridad, pero podría justificar la misma sanción para la tenencia de una dosis inmediatamente peligrosa de heroína o de cocaína; queda firme la diferente pero, como se verá, decisiva consideración de la absoluta ineficacia de una sanción semejante.

(56) En cuanto a la dependencia, se parte del supuesto según el cual el uso no crónico de *cannabis* no la determina; de todos modos, se considera que la dependencia por nicotina es fuerte, sin embargo nadie sostiene que, excepto tal vez para fumadores crónicos empedernidos, falte la capacidad de consenso.

social. La cesión de sustancias inmediatamente peligrosas para la salud, pero no inmediatamente para la vida (con exclusión, por lo tanto, de dosis potencialmente letales de bebidas alcohólicas de alta graduación, cocaína y heroína) debería ser lícita (57), pero siempre sólo si se realiza ante un consentimiento válido, problemático en caso de adicción. La cesión de sustancias inmediatamente peligrosas para la vida -obviamente ilícita ante la falta de un consentimiento válido (problemático en la adicción a la heroína)- originaría un intento de ayuda al suicidio; el equilibrio, aquí, entre la libertad de elegir morir y el deber de solidaridad, que podría traducirse, en presencia del valor fundamental de la vida, en falta de colaboración y en la necesaria certeza de una autodeterminación no condicionada por terceros, implica problemas enormes, discutidos en materia de eutanasia, y no puede ser encarado en esta sede.

A falta de ello, queda, por ahora, una legitimación diferenciada de la intervención penal; en particular, es legítima, desde los puntos de vista aquí considerados, la sola punibilidad de la cesión de drogas a sujetos incapaces de consentimiento y de la cesión consensual de drogas inmediatamente peligrosas para la vida.

Sin embargo, si el derecho penal deriva su propia legitimidad de su utilidad y necesidad para la tutela de daños a los bienes jurídicos, no es suficiente con establecer que, dentro de los límites indicados, existe un bien tutelable y dañado, como así tampoco la medida de la autonomía del titular del bien para admitir un merecimiento de pena. El próximo problema fundamental es definir si la intervención penal es útil y necesaria.

V. ¿Cuál es la efectividad del derecho penal en materia de estupefacientes?

La valoración de la efectividad y de la necesidad de la intervención penal -en particular, en materia de drogas- requiere conocimientos empíricos sólo en parte disponibles y un sistema de criterios orientado a las finalidades de la intervención, que sólo pueden ser aquellos,

(57) Una posición semejante hace prevalecer todavía, en el balance, la libertad y la autonomía de la persona del consumidor sobre las instancias opuestas de solidaridad; en nuestro ordenamiento, por otra parte, se halla prevista la disponibilidad, dentro de los límites mencionados en el art. 5º C.C. del bien salud.

constitucionalmente impuestos, de tutela de los bienes jurídicos mediante prevención positiva general y especial. Existen modelos teóricos complejos de valoración de impacto *ex ante* y *ex post*, lamentablemente casi ignorados por el legislador penal (58). En esta oportunidad es posible sólo una esquemática valoración *ex post*. Se pueden distinguir, en primer lugar, los efectos sobre las personas de los consumidores cuya salud el derecho penal pretende tutelar; en segundo lugar, los efectos sobre las otras personas y sobre las instituciones.

En relación con los consumidores, por ahora considerados de manera indiferenciada, si la intervención penal tiene el objetivo de disminuir su número, según las instituciones y los estudiosos ello no ha sucedido, ni en Italia ni en otras partes; se habla difusamente de fracaso del prohibicionismo (59). En contextos normativos de liberalización (60) o de legalización (61), el consumo tiende a disminuir (62); y también si, comparando diferentes países o diferentes regímenes legales en el mismo país, no se detecta unívocamente un mejor resultado de las políticas de legalización, seguramente el prohibicionismo no disminuye el consumo más que la legalización (63); en tal sentido, parecería demostrada la inutilidad de la intervención penal.

(58) En la doctrina penal italiana cfr. para todos PALIERO, Il principio di effettività del diritto penale, en Riv. it. dir. proc. pen. 1990, 430 ss.

(59) Elocuentes los datos indicados *supra*, par. III, texto correspondiente a la nota 24.

(60) Vale decir, en ausencia de vínculos legales. Dos famosos ejemplos: en Inglaterra, en el siglo XIX el comercio de heroína (para ingerir) fue libre hasta 1868, en cuanto principal analgésico en el mercado; o piénsese en el libre consumo de bebidas alcohólicas en EE.UU. hasta 1919.

(61) O sea de comercio reglamentado; es el conocido caso de la *cannabis* en Holanda.

(62) Interesante es el dato según el cual tanto en Inglaterra como en EE.UU. en relación con dos drogas diferentes, el consumo había disminuido, por la sensibilización social acerca de los riesgos, ya antes de la reglamentación (Inglaterra) (v. ARNAO [nota 32], pp. 58-59) o de la prohibición (USA). También quien, con una opinión contraria a la prevaleciente, considera que el prohibicionismo acerca de las bebidas alcohólicas ha disminuido su consumo, reconoce que dicha disminución constaba en 1919 y se hallaba vinculada a la mencionada sensibilización cfr. BARBAGLI/COLOMBO/SAVONA [nota 20], p. 97.

(63) BARBAGLI/COLOMBO/SAVONA [nota 20], pp. 96-97, con adicionales referencias bibliográficas.

Pero el objetivo no es, ni puede ser, simplemente el de la reducción de los consumidores, sino el de la tutela de su salud. Para verificar la efectividad de lo afirmado, es necesario diferenciar. Sustancias ilegales como la *cannabis* son inocuas, o peligrosas sólo en caso de uso crónico; en relación con el consumidor ocasional por lo tanto no hay nada para tutelar. Para el consumidor crónico, ante la constatación del fracaso del prohibicionismo se agrega otra, según la cual, mientras que el temido "efecto tránsito" de la *cannabis* hacia drogas pesadas no depende del consumo de *cannabis* (64), justamente dicho tránsito puede ser inducido por la cercanía de dichas sustancias en el mercado ilegal (65), juntamente con técnicas de *marketing* criminal (temporario retiro del mercado de sustancias livianas y contemporánea oferta de sustancias pesadas, cesión de una sustancia diferente de aquella solicitada). La intervención penal, por lo tanto, aumenta los riesgos para la salud, en vez de disminuirlos.

Para drogas sintéticas como las anfetaminas o el *ecstasy*-además de las consideraciones vinculadas con una incierta dañosidad, con la autodeterminación y el fracaso en el plano de la reducción de los consumos- vale especialmente la afirmación según la cual la criminalización y por lo tanto la ilegalidad del mercado aumenta los riesgos para la salud, a causa de la imprevisibilidad de la composición de la sustancia (66).

En relación con la cocaína y la heroína, la intervención penal aumenta, ante todo, el riesgo para la vida del simple consumidor ocasional o irregular, por la imprevisibilidad de la calidad (cortes) y por la cantidad de droga consumida, con una consiguiente posible sobredosis letal. Es un riesgo más difundido de lo que se piensa, siendo falsa la equiparación consumidor-adicto, que es

(64) Existen, por otra parte, quienes sugieren que la práctica del uso de la heroína endovenosa derive de aquella, difundida ya desde antes de los años '70 del siglo XX, de inyectar sicofármacos, cfr. al respecto por ej. PICCONE STELLA [nota 18], p. 24; otros (ARNAO [nota 32], p. 67) observan que la práctica peligrosísima de la inyección de heroína se favorece por el precio elevado de la sustancia ilegal, que induce a buscar una eficacia mayor con respecto de aquella que deriva de su ingestión, aun para optimizar los costos.

(65) Así por ej. FERRAJOLI, Proibizionismo e diritto, en MANCONI [nota 32], pp. 151, 155.

(66) Ello es reconocido por estudiosos e instituciones citadas *supra*, texto sucesivo a la nota 35.

parte de una construcción social criminalizadora del problema droga (67).

Para el adicto, y particularmente para el adicto a la heroína, a los continuos riesgos por sobredosis -que exasperan su condición de dependencia- que exasperan su condición de dependencia de *dealer*- la punibilidad de la cesión de estupefacientes agrega otros peligros para la salud. El adicto, especialmente el más pobre, se halla en una condición psicológica de “sacudimiento”, de ansiedad permanente, a la cual contribuye la necesidad de dinero para pagar el elevado precio de los estupefacientes en el mercado ilegal. Y especialmente el consumo de la sustancia en condiciones de ilegalidad, marginación y, por lo tanto, con carencia de información aumenta el riesgo de comportamientos como el intercambio de jeringas, una de las principales causas de difusión de SIDA y de contagio de hepatitis B y C.

Pero la vida de muchos adictos es aún más penosa por la necesidad de cometer delitos para conseguir su dosis; se toman en cuenta principalmente conductas de pequeño tráfico y delitos contra el patrimonio. Cada legislación que castiga la cesión aun de pequeñas cantidades de estupefacientes o las conductas vinculadas con la simple tenencia (68) contribuye significativamente a la carcelización de los adictos, y por lo tanto a un deterioro adicional de sus condiciones de vida. En Italia, cerca de un tercio de la población carcelizada se halla actualmente constituido por adictos.

Quienes defienden la legislación prohibicionista pueden objetar que al adicto se abre la alternativa de la adhesión a un programa de tratamiento de rehabilitación. Ahora bien, aparte del carácter de coacción relativa -bajo amenaza de sanciones administrativas (69) y penales- de tal “oferta”

(67) BARATTA, *Introduzione a una sociologia della droga*, en *Inchiesta*, 1988, 79 ss.; INSOLERA/STORTONI [nota 44], 102-103; PAVARINI, *La pena tossica. Carcere e misure limitative della libert  per il condannato e l'imputato tossicodipendente*, en BRICOLA/INSOLERA [nota 5], 116 ss.; ARNAO [nota 32], 60-61.

(68) En Italia es frecuente la crítica a la despenalización sólo aparente de la tenencia para consumo personal, ya sea porque conductas similares a ella son punibles, como porque la violación de las prescripciones administrativas impuestas al tenedor para uso personal es punible, cfr. para todos INSOLERA/STORTONI [nota 44], 115 ss.

(69) Se halla difundida la observación acerca de la ineficacia disuasoria de las sanciones administrativas previstas

(70), el problema más grave reside en la concreta, inexorable incompatibilidad entre una política de criminalización y el intento de una descarcerizaci n concreta (71). Sólo una minoría de los adictos detenidos, en particular, quiere y puede emprender un tratamiento de rehabilitación (72).

Los efectos negativos sobre la vida del adicto, causados por una intervención penal que afirma que lo quiere tutelar, justifican el apelativo de “inhumana” que le ha sido atribuido (73). A dichos efectos han hecho frente, con resultados positivos, los programas de reducción del daño y de suministro controlado de heroína en Suiza y en otros países (74).

En el plano de los efectos para la colectividad, existe principalmente el problema de los comportamientos criminales del consumidor y del adicto, diferenciables de aquellos finalizados a poder conseguir la sustancia y de aquellos debidos a los efectos de la sustancia (75). Dichos efectos criminógenos no pueden ser considerados como bienes jurídicos tutelados por la norma incriminadora en materia de cesión o de tenencia, dado que se trataría de una tutela exageradamente anticipada, a un momento prodrómico a la misma ideación del delito por parte del consumidor (76).

Y bien, en cuanto a la comisión de delitos inducida por los efectos de las sustancias, sólo algunos estupefacientes pueden inducirla, en particular no los opiáceos; el abuso de alcohol es mucho más criminógeno, especialmente en relación con comportamientos violentos (77). De todos modos,

para la tenencia para uso personal, v. por ej. PALAZZO [nota 4], pp. 92-93.

(70) Que constituye una pésima premisa para un recorrido reeducativo que presupone un consenso real y no cercenado o instrumental cfr. PAVARINI [nota 67], p. 115.

(71) Cfr. spec. PAVARINI [nota 67], p. 113 ss.

(72) No por último por la indisponibilidad de las estructuras reeducativas, cfr. una vez más PAVARINI [nota 67], p. 130 ss.

(73) HAFKKE, *Drogenstrafrecht*, en *ZStW* 1995, 786.

(74) Cfr. sobre este punto ARNAO [nota 32], p. 84 ss.; PICCONE STELLA [nota 18], p. 105 ss.

(75) PALAZZO [nota 4], p. 15.

(76) Así también HAFKKE [nota 73], 781.

(77) Ello se halla empíricamente confirmado y ampliamente compartido, v. sólo BARBAGLI/COLOMBO/SAVONA [nota 20], p. 103 ss.

la punibilidad de la comisión de dichos delitos bien puede ser considerada como suficiente. En relación con los delitos debidos a la necesidad de pagar las sustancias en el mercado ilegal, es sabido que es justamente el régimen prohibicionista el que hace aumentar considerablemente dicha criminalidad; y si parece demasiado optimista considerar que en un régimen de legalización el precio de las sustancias se derrumbaría y la criminalidad adquisidora desaparecería (78), comparto la difundida opinión según la cual ésta disminuiría significativamente.

Siempre en relación con los efectos para la colectividad, un segundo, tangible efecto del régimen prohibicionista es el prosperar -realmente tóxico, para toda la sociedad- de la criminalidad organizada, para la cual las ganancias vinculadas con la droga constituyen, en Italia, una de las primerísimas fuentes de rédito, y por lo tanto de potencia, también en términos de reinversiones en la economía real y financiera legal y de aptitud corruptiva. Con toda la carga de sangre de las confrontaciones para el control del consiguiente mercado ilegal.

A ello puede agregarse que la punibilidad de la cesión de cualquier tipo y cantidad de estupefacientes -aun no peligrosos- determina una amplia criminalización y tendencialmente la carcelización de muchos jóvenes, a menudo con escasas alternativas legales de rédito (aun inmigrantes) que constituyen la pequeña mano de obra de las organizaciones criminales.

(78) Así, aun partiendo de una opción prohibicionista, PALAZZO [nota 4], pp. 24-25.

El régimen prohibicionista contribuye significativamente a sobrecargar el sistema procesal penal y en particular el sistema penitenciario, contribuyendo a una sobrepoblación y a una degradación del ambiente penitenciario incompatibles con el art. 27 párrafo 3º Const., según el cual “las penas no pueden consistir en tratos contrarios al sentido de humanidad y deben tender a la reeducación”.

En conclusión, las consideraciones emitidas llevan a requerir un decidido, aunque agotador, compromiso para un cambio radical de las políticas nacionales e internacionales en materia de estupefacientes. Un ordenamiento laico, propio de un estado social de derecho, no puede cultivar perspectivas falsamente éticas, pero debería, según una perspectiva liberal, reconocer un amplio espacio de autodeterminación acerca de la propia salud y, según una perspectiva solidarista, reglamentar el consumo -para tutelar a terceros- y ofrecer instrumentos adecuados de prevención, ayuda y asistencia, allí donde sea necesario también en términos de suministro controlado de heroína (79). La intervención penal actual no es uno de los instrumentos adecuados para la tutela de la salud y de la vida de los consumidores de drogas, incluso resulta contraproducente para ellos y también para la colectividad (80). ◆

(79) Para este orden de ideas MANCONI, *Limitare la sofferenza. Per un programma di riduzione dei danni*, en ID. [nota 32], p. 36 ss.; FERRAJOLI [nota 65], 133 ss., con un significativo paralelismo con el tema del aborto. Para un orden de ideas diametralmente opuesto MANTOVANI, *Droga: male oscuro della vita e della libertà*, en Riv. it. dir. proc. pen. 2010, 57 ss.

(80) Así, ampliamente, FERRAJOLI [nota 65], p. 134, que define la legislación prohibicionista como “un caso límite y ejemplar de irracionalismo legislativo”.

.....

COMPETENCIA

Hurto de efectos personales. Competencia correccional.

Hechos: Una conductora que circulaba por una autopista sufrió la pinchadura de un neumático y detuvo su marcha. Un automovilista la ayudó a cambiar la rueda. Un ocupante de otro vehículo que se detuvo detrás de ellos, descendió y sustrajo su cartera. El magistrado correccional declinó la competencia por entender que los imputados se habrían aprovechado del infortunio para consumar el hurto, de modo que no se evidencia el estado de indefensión del art. 163, inciso 2° del C.P. La Cámara resolvió que el Juzgado correccional debía intervenir.

1. — La justicia correccional es competente para entender en una denuncia por sustracción de un objeto personal del interior de un automóvil —en el caso, se detuvo por un problema en un neumático y un ocupante de otro vehículo descendió y le hurtó la cartera— por cuanto

para que se configure la agravante del art. 163 inc 2 del CP es necesario que el padecimiento físico o moral sufrido sea de una magnitud tal que aminore la vigilancia que el tenedor posee sobre los bienes, circunstancia que no se verifica en este caso donde el autor simplemente actuó ante el descuido de quien padeció un desperfecto en el rodado que atrapó su atención.

CNCrim. y Correc., sala VI, 2012/04/27. - A., C. A. y otro s/ competencia.

[Cita on line: AR/JUR/41855/2012]

2ª Instancia. — Buenos Aires, 27 de abril de 2012.

Y Vistos Y Considerando:

I. Interviene el Tribunal en la contienda negativa de competencia suscitada entre el titular del Juzgado Correccional n° 9 y el del Instrucción n° 46.

II. M. M. O. denunció que el 29 de agosto de 2011, conducía su ..., dominio ... por la autopista ... y a la altura de la bajada de la calle ... notó la pinchadura de un neumático, deteniendo su marcha.

¿Cuándo no hay hurto calamitoso por infortunio particular del damnificado?

POR RUBÉN E. FIGARI

Sumario: 1. Hechos.— 2. El fallo.— 3. Referencias sobre el hurto calamitoso.— 4. Conclusión.

1. Hechos

Se produce un conflicto de competencias entre el titular del Juzgado Correccional n° 9 y el de Instrucción n° 46 en el marco de una causa por una investigación de un hurto, sosteniendo el primero que se trataba de un hurto calificado, mientras que el segundo calificaba el hecho como un hurto simple. La Cámara dirime la cuestión atribuyendo la competencia a la Justicia Correccional, pues el suceso que se relatará constituye un hurto simple y no el agravante de hurto calamitoso que prevé el art. 163 inc. 2° del C.P.

En efecto, Melina Marquessi Omeill denunció que el 29/08/11 conducía un Peugeot 206, dominio HHO-024 por la autopista 25 de Mayo y a la altura de la calle Solís advirtió la pinchadura de un neumático, por lo que detuvo su marcha. En ese mismo momento estacionó delante suyo el conductor de un Peugeot 307 por el mismo desperfecto y simultáneamente detrás lo hizo un Volkswagen Gol Trend del cual descendieron un hombre y una mujer para revisar debajo del capot de su vehículo. Mientras el ocupante del Peugeot 307 ayudó a la denunciante a cambiar la rueda, el otro automóvil continuó la marcha. Pero, Marquessi Omeill al retirarse nota que su cartera, con diversos objetos en su interior, había sido sustraída.

Analizadas las filmaciones de las cámaras de seguridad del lugar por la División Apoyo Tecnológico Judicial se pudo detectar que uno de los tres ocupantes del Volkswagen, descendió y abrió la puerta delantera izquierda del vehículo de la damnificada y sustrajo la cartera de la misma.

2. El fallo

Ante la declinatoria de la competencia por parte del magistrado correccional, por entender que el

En ese instante estacionó delante suyo el conductor de un ... por el mismo inconveniente y detrás un ... del que descendieron un hombre y una mujer para revisar debajo de su capot. Mientras el ocupante del primer vehículo la ayudó a cambiar la rueda, el otro continuó la marcha.

Al momento de retirarse notó que su cartera con diversos objetos en su interior había sido sustraída.

Del análisis efectuado por la División Apoyo Tecnológico Judicial sobre las filmaciones de las cámaras de seguridad del lugar, se desprende que uno de los tres ocupantes del descendió, abrió la puerta delantera izquierda del rodado de la damnificada y sustrajo el objeto antes descrito.

III. El magistrado correccional declinó la competencia por entender que el suceso encuadraría en la figura del artículo 163, inciso 2° del Código Penal de la Nación, pues los imputados se habrían aprovechado del infortunio particular de M. O. para consumir el hurto, la que fue rechazada por que no se evidencia el estado de indefensión al que alude la norma.

IV. Coincidiendo con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General, entendemos que debe intervenir la justicia correccional, por cuanto para que se configure la agravante es necesario que el padecimiento físico o moral sufrido sea de una magnitud tal que aminore

la vigilancia que el tenedor posee sobre los bienes, circunstancia que no se verifica en este caso donde el autor simplemente actuó ante el descuido de quien padeció un desperfecto en el rodado que atrapó su atención.

No puede ubicarse dentro de ese supuesto la simple pinchadura de un neumático pues M. en ningún momento debió abandonar su automóvil sino que, por el contrario, se quedó junto a él y con la ayuda de un tercero reparó el desperfecto.

Se ha sostenido que el suceso debe "Afectar directamente al sujeto pasivo del hurto, ya que el fundamento de la agravante pone énfasis en esta circunstancia, en cuanto se basa, principalmente, en el debilitamiento de la defensa que el propietario o tenedor ejerce sobre sus bienes." (Donna, Edgardo Alberto, Derecho Penal Parte Especial, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2001, Tomo II-B, página 65).

En consecuencia, el Tribunal resuelve:

Que debe intervenir el Juzgado Correccional N° 9.

Notifíquese al Sr. Fiscal General con carácter urgente a diligenciar en el día de su recepción en la oficina de notificaciones y sirva lo proveído de atenta nota de envío, debiéndose practicar el resto en primera instancia. — *Julio Marcelo Lucini*. — *Mario Filozof*. — *Ricardo Matías Pinto*.

hecho en cuestión, encuadraría en el art. 163 inc. 2° del C.P. basándose en que los imputados se habrían aprovechado del infortunio particular de la víctima para consumir el hurto, es rechazado por el otro juez debido a que interpreta que no advierte el estado de indefensión al que alude la norma.

El Tribunal que dirime la cuestión, coincidiendo con el dictamen del Fiscal General, entiende que debe intervenir la Justicia Correccional por considerar que para que se configure la agravante mencionada es necesario que el padecimiento físico o moral sufrido por el sujeto pasivo sea de una magnitud tal que aminore la vigilancia que el tenedor posee sobre los bienes, circunstancia que no se advierte en este caso en el cual el autor actuó ante el descuido de quien padeció un desperfecto que concitó su atención.

"No puede ubicarse dentro de este supuesto la simple pinchadura de un neumático pues Marquessi en ningún momento debió abandonar su automóvil sino que, por el contrario, se quedó

junto a él y con la ayuda de un tercero que reparó el desperfecto", argumentó el Tribunal. Añade para consolidar su posición una cita de Donna, que dice que el suceso debe "afectar directamente al sujeto pasivo del hurto, ya que el fundamento de la agravante pone énfasis en esta circunstancia, en cuanto se basa, principalmente, en el debilitamiento de la defensa que el propietario o tenedor ejerce sobre sus bienes".

Al margen de la cuestión de competencia, el comentario versará sobre si el hecho acontecido se enmarca en el hurto calamitoso previsto por el art. 163 inc. 2° del C.P. y las características específicas de esta figura.

3. Referencias sobre el hurto calamitoso

La norma vigente tiene su origen en el Proyecto de 1891 (art. 198 inc. 5°) con esta redacción: "...Cuando el hurto se cometiere con ocasión de un incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada o motín, o

aprovechando las facilidades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública, o de un infortunio particular del damnificado...” Sus fuentes son el Código italiano (art. 404 inc. 2º), húngaro (art. 336 inc. 5º), holandés (art. 311 inc. 2º) y uruguayo (art. 371 inc. 3º). En la Exposición de Motivos, escuetamente se argumentaba que “la circunstancia de cometerse el delito con ocasión de un desastre cualquiera, da un carácter particularmente odioso al hurto y justifica la agravante consignada en el inciso 5º de este artículo” (1).

El Proyecto Segovia de 1895 (art. 221 inc. 4º) repite el texto del anterior Proyecto, agregando solamente entre los desastres el “terremoto”.

La ley de reformas de 1903 (art. 22 inc. 6º) sigue igual tenor que el Proyecto de 1891. También lo hace el Proyecto de 1906 (art. 178 inc. 3º), pasa al Proyecto de 1917 (art. 163 inc. 2º) y se establece en el “Código de 1921”.

El Proyecto Coll-Gómez de 1937 elimina la figura de su catálogo. Lo propio hace el Proyecto Peco de 1941.

El Proyecto de 1951 (art. 233 inc. 3º) repone la figura pero con un texto más acotado: “se cometiere en ocasión de un incendio, explosión, inundación u otro desastre o conmoción públicos o de un infortunio particular del damnificado”. Asimismo, el Proyecto de 1953 (art. 209 inc. 1º) adopta una redacción reducida: “Aprovechando estrago, conmoción pública, o infortunio particular de la víctima”.

El Proyecto de 1960 (art. 208 inc. 2º) sigue los lineamientos del anterior Proyecto: “cuando el hurto fuere cometido aprovechando las facilidades provenientes de un estrago, de una conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado”.

La ley *de facto* 17.567 plasma en forma positiva dicho texto. En la Exposición de Motivos se aclara que “Con los mismos elementos que brinda la ley vigente, componemos una fórmula menos casuística. Además se aclara que, en todos los casos, es

preciso que el autor aproveche las facultades que estos infortunios brindan” (2).

La ley 20.509 del año 1973 deja sin efecto la 17.567, por lo que el texto retoma su forma original.

Posteriormente, la ley *de facto* 21.338 vuelve a la fórmula de la 17.567 —el Proyecto de 1979 (art. 214 inc. 3º) sigue estos lineamientos— y la ley 23.057 al derogar la 21.338 vuelve al texto del “Código de 1921”, vigente en la actualidad.

El Anteproyecto de reforma al Código Penal del M.J.D.H.N. (art. 168 inc. c]) establece un texto similar al actual: “c) cuando el hurto se cometiere en ocasión de un incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada, motín o desastre aéreo o aprovechando las facilidades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado”.

NUÑEZ interpreta que el agravamiento del hurto cometido en las ocasiones mencionadas en la norma tienen su razón de ser, en parte, en el debilitamiento de las posibilidades del tenedor de defender las cosas muebles y, por otra, en la mayor criminalidad subjetiva que demuestra quien se vale de esas circunstancias para apoderarse de lo ajeno. Asimismo, subraya que la norma supone dos hipótesis distintas; una está dada por el caso del hurto cometido con ocasión y aprovechando las facilidades provenientes de un desastre o conmoción pública; la otra es el caso del hurto cometido con ocasión y aprovechando las facilidades provenientes de un infortunio en particular. En el primer supuesto, aunque de un modo imperfecto, la ley sigue el sistema de la enunciación ejemplificativa completada por una fórmula general comprensiva de esos casos y de todos los otros no enumerados pero alcanzados conceptualmente (3).

En cambio, GOMEZ considera que se dan tres hipótesis distintas: a) el hurto cometido con ocasión de un incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada, o motín; b) el cometido aprovechando las facili-

(1) ZAFFARONI, Eugenio - ARNEDEO, Miguel, “Digesto de Codificación Penal argentina”, t. II, A-Z Editores, Madrid, 1996, p. 431.

(2) Idem (ob. cit. t. VII p. 75).

(3) NUÑEZ, Ricardo “Tratado de Derecho Penal”, t. IV, Marcos Lerner, Córdoba, 1989, pp. 196/198.

dades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública y c) el cometido aprovechando las facilidades provenientes de un infortunio particular del damnificado. La primera circunstancia se daría si el agente cometiera el delito en ocasión del desastre, aunque no aprovechara las facilidades provenientes de él. En tanto, que si el hurto se cometiere en las dos ocasiones contempladas en los otros supuestos, sería necesario que el agente se apoderase de la cosa ajena aprovechando las facilidades que le proporcionare otro desastre o conmoción pública o el infortunio particular del damnificado (4).

También RIVACOBÁ y RIVACOBÁ distingue en el precepto dos agravantes diversos: a) cuando el hurto se cometiere con ocasión de un incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada o motín, circunstancias en que la reprochabilidad de la conducta del agente se incrementa pues da la pauta de un modo de actuar con “una personalidad particularmente insolidaria”; b) cuando se cometiere aprovechando las facilidades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado, situación en la que el objeto material está menos protegido de lo normal, por lo que su ataque resulta un injusto mayor. La distinción la radica en que si bien se podría argumentar, en relación con la primera, que la agravante tiene su razón de ser en la falta o disminución de la protección que dichas calamidades colectivas provocan al bien jurídico, tal cosa no es así, ya que la propia ley la distingue, bastando con que se den y que con su ocasión se perpetre el delito, mientras que en la otra situación, se refiere al aprovechamiento de facilidades que los desastres o conmociones públicas o el infortunio particular proporcionen (5).

Doctrinariamente se ha considerado que este tipo de distinciones no tiene mayor trascendencia pues lo concreto y cierto es que en todos los ca-

sos que resume la norma se da una disminución significativa de la custodia de los bienes a lo que se le debe aunar el aprovechamiento de la circunstancia por parte del agente, que denota una mayor reprochabilidad, por lo que ese elemento subjetivo distinto del dolo debe ser exigido en todos los supuestos (6).

CREUS-BUOMPADRE reafirman lo antes dicho sobre la base de un razonamiento en el que explican que si bien el texto actual no asigna taxativamente la agravante al aprovechamiento de las facilidades brindadas por los estragos que enumera la primera parte de la norma, sino a la ocasión en que el hurto tiene lugar; dicho aprovechamiento se menciona con alusión a las facilidades proporcionadas por cualquier otro desastre o conmoción pública, las que provienen del infortunio particular del damnificado. Se preguntan si el aprovechamiento del que se habla resulta de un ingrediente necesario del tipo en cuanto a las tres últimas situaciones mencionadas, también lo es para las primeras —incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada, motín—, se responden que parecería que para estas situaciones sería suficiente con que el hurto se hubiese realizado en ocasión de ellas, aun cuando no mediare aprovechamiento; mas la doctrina le ha quitado relevancia a esa distinción *requiriendo el aprovechamiento de facilidades para la totalidad de las hipótesis incluidas* (7). “En realidad, la referencia de la fórmula al *aprovechamiento de las facilidades de cualquier otro desastre* permite, sin ningún agobio, extender la exigencia del aprovechamiento a cada uno de los desastres que enunciamos en forma taxativa” (8).

(6) MARUM, Elizabeth (ob. cit. p. 107).

(7) CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge, “Derecho Penal. Parte especial” t. II, 7ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 441; lo resaltado en cursiva me pertenece.

(8) Idem (ob. cit. p. 441); BUOMPADRE, Jorge, “Delitos contra la propiedad”, 2ª ed. actualizada y aumentada, Mave, Provincia de Buenos Aires, 2008, pp. 67/68; DONNA, Edgardo, “Derecho Penal. Parte especial”, t. II-B, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 61 y ss.; LAJE ANAYA, Justo – GAVIER, Enrique, “Notas al Código Penal Argentino. Parte especial”, t. II, Marcos Lerner, Córdoba, 1995, p. 300; ABOSSO, Gustavo, “Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia”, B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2012, p. 809.

(4) GOMEZ, Eusebio, “Tratado de Derecho Penal. Parte Especial”, t. V, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941, p. 106.

(5) RIVACOBÁ y RIVACOBÁ, Manuel, “La agravación del hurto por aprovechamiento de infortunio en el derecho argentino” en “Doctrina Penal” año 14, 1991-B-555, citado por MARUM, Elizabeth, “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, t. 6, BAIGUN, David – ZAFFARONI, Eugenio (dir.) – TERRAGNI, Marco (coord.), Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 107.

Se va a obviar la primera parte de la norma no sólo porque cada uno de los casos que se mencionan poseen la claridad de palabras necesarias como para ahondar en mayores detalles y precisiones de las situaciones a la que las mismas se refieren, sino que es preciso concentrarse en la cuestión referida al infortunio particular del damnificado, porque, en definitiva, sobre eso ronda el núcleo del caso en análisis.

La doctrina ha considerado que el damnificado se encuentra en un estado de infortunio particular por el hurto que ha sido cometido en su desmedro, cuando se encuentra en un estado desgraciado, física —enfermedad, lesión, etc.— o moralmente —desgracia afectiva—, o lo aflige un hecho o acaecimiento de la misma índole lo cual influye sobre la persona que tiene el objeto, con la consiguiente minoración de la vigilancia que ejerce sobre aquél.

Lo verdaderamente relevante en este cuadro es que la persona se encuentre ya o que en el momento del hecho sea víctima física o moral de una desgracia, cualquiera sea ella o su causa, incluso si le es imputable al que la sufre debido a que la circunstancia de la responsabilidad de éste respecto a la causa del infortunio no excluye ni la mentada minoración de sus posibilidades de defender la cosa ni el valor sintomático del delito. De allí que la imprevisibilidad del infortunio no es condición del agravamiento (9). Por ello, es indiferente que pueda tratarse tanto de una enfermedad de la cual el sujeto es totalmente inocente, como de un estado de inconsciencia por ebriedad voluntaria (10),

(9) NUÑEZ Ricardo (ob. cit. pp. 199/200).

(10) 1. “Prescindiendo de las circunstancias de carácter ético y de que la ebriedad que presentaba el damnificado era voluntaria y previsible, tal estado importa infortunio particular, en cuanto lo ha colocado en situación de no poder defender sus bienes que es precisamente el motivo tenido en vista para esta figura agravada del hurto” (ST Chubut, febrero 20-968 — Ramallo Daniel — Rep. LA LEY, XXIX, 1123, sum. 36).

2. “El estado de inconsciencia, por derivado de ebriedad voluntaria deja de ser infortunado, aminora en el sujeto pasivo —en el caso víctima de hurto— la posibilidad de defensa, y no excluye en el agente la odiosidad del aprovechamiento de esa circunstancia ventajosa” (CNCrim. y Correc. sala IV, junio 19-973 — Copolechio, Daniel J. — LA LEY, 152-538).

3. “Para juzgar el estado de ebriedad de la víctima como un infortunio que agrave el hurto debe revestir una entidad tal que lo coloque en una situación de indefensión total”

excluyéndose el hurto al que duerme, porque dicho estado no es un infortunio (11) (12).

MORENO (h.), sobre el particular, entiende que debe tratarse de una situación imprevista que se haya producido a una persona determinada y agrega que el hurto hecho a un sujeto defectuoso, a quien le falta un sentido o un órgano no es un hurto especial a causa del infortunio que significa el defecto, caso contrario se habrían creado por imperio de la ley situaciones de desigualdad y se tendrían criterios distintos con referencia a las diversas personas. En cambio, si el delito se ejecutase sobre una persona que estaba dominada por una enfermedad, de un individuo a quien le hubiese acometido un acceso o dado un ataque, el autor sería de hurto especialmente agravado (13).

Con respecto a la afirmación que hace MORENO en lo concerniente a que los males crónicos no son considerados como infortunios particulares, ergo como agravante del hurto, SOLER responde que no hay razón suficiente a esta forma de limitación, porque lo importante es que se trate de una situación de infortunio por efecto de la cual los bienes del perjudicado quedan expuestos a más eficaces agresiones, y que el ladrón se aproveche de esa situación. “Suele decirse, por ejemplo que en caso

(CNCrim. y Correc., sala IV, abril-7988 — Ojeda, Jorge L. — LA LEY, 1990A, 696, J.A., caso 6966 J.A., 1989-I-422).

4. “Debe descartarse la calificante por infortunio particular de la víctima (art. 163 inc. 2° del C.P.) si el estado de ebriedad en que ésta se encontraba no era total, impidiendo o disminuyendo sus defensas y su oposición fue vulnerada por la violencia, y además, los autores del desapoderamiento no aprovecharon esa circunstancia para lograr actividad en la sustracción” (Cám. Apel. Penal Córdoba 17/5/89 — Carrizo, José A. - S.A.I.J., fallo N° 89.163.501).

(11) 1. “El aprovechamiento del estado de sueño normal de la víctima no encuadra en el marco de infortunio particular del damnificado que requiere el art. 163 inc. 2° del C.P., que regula el hurto calamitoso” (C.N. Crim. y Correc., sala B de feria, enero 19-999 — Machado, Román A. — LA LEY 26/11/99 S.P. p. 56, fallo 99.611).

2. “La agravante comprendida en el art. 163 inc. 2°, última parte del C.P. no comprende los casos en que la víctima esté dormida, porque no es una situación de infortunio, y tampoco lo es la muerte de ésta porque, al producirse ha dejado de ser persona” (C. 9ª Crim. Córdoba, 1998/10/09 — Ramírez, Marco M. — LLC, 2000-224).

(12) FIGARI, Rubén, “Hurto”, 2ª ed. corregida y ampliada, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2005, pp. 198/200.

(13) MORENO, Rodolfo (h.), “El Código Penal y sus antecedentes”, t. V, H. A. Tommasi, Buenos Aires, 1923, pp. 117/118.

de enfermedades crónicas la víctima ha tenido tiempo de tomar precauciones. Pero ¿qué precauciones puede tomar un ciego de que alguien se le acerque y le saque el reloj? Lo importante es que se establezca la conexión entre la situación objetiva de infortunio y la facilidad derivada de ella para el ladrón” (14).

Asimismo, como ya se ha anticipado, la causa puede ser tanto física como moral, en el caso de una persona abrumada por una desgracia de carácter afectivo, como la muerte de un ser querido, en tanto y en cuanto, por tal circunstancias sus bienes aparezcan expuestos a la fe pública, concita la agravante, lo mismo que el caso del que roba o hurta en la casa donde alguien ha muerto, aprovechando la tribulación y la costumbre de permitir la entrada de gente en el domicilio (15).

Es controvertida la opinión sobre si se admite la posibilidad de que la persona que ha muerto pueda ser sujeto pasivo del delito cuando ha sido precisamente la muerte el infortunio sufrido (16) y

(14) SOLER, Sebastián, “Derecho Penal argentino”, t. IV, Tea, Buenos Aires, 1970, pp. 217/218.

(15) Idem (ob. cit. p. 218).

(16) 1. “El procesado que luego de comprobada la muerte se apoderó del arma de la víctima y horas después revisó los bolsillos de la misma repartiendo con el otro imputado el dinero que encontraron en ellos, no cometió el delito de hurto calamitoso, pues el occiso no se encontraba en situación de infortunio, ni podía ser damnificado en el delito de hurto” (C. Fed. Resistencia, Julio 14-964 — Meza, Pedro y/u otros — LA LEY XXVI 761, sum. 16).

2. “El hurto perpetrado aprovechando la facilidad que ofrecía el infortunio que padecía la víctima —herida, pero no tenida por muerta en ese momento; ya que la muerte elimina el concepto de infortunio— confirma la agravante del art. 163 inc. 1º del Cód. Penal” (C. Crim. y Correc., Concepción del Uruguay, agosto 5-966 —Saucedo Ignacio R.— Rep. LA LEY, XXIX, 1123, sum. 33).

3. “El hurto de cosas que pertenecían a un muerto por homicidio, aunque inmediato al suceso no es calamitoso (del dictamen del fiscal de Cámara)” (C.N. Crim. y Correc., sala de Cámara, mayo 14-971 — Ferreyra Hugo A. — LA LEY, 144-221).

4. “La enfermera que se apodera en un hospital de las cosas pertenecientes a una persona muerta a la que había asistido profesionalmente... porque el damnificado no es el muerto y porque los efectos de quienes pasaron a ser titulares tras el deceso están bajo el control y la responsabilidad del nosocomio” (C.N. Crim. y Correc., Sala I, — Escobar H., 1976/08/24 LA LEY, 34.270 -S).

5. “Es admisible que una persona fallecida aparezca como sujeto pasivo del delito de hurto calificado en los términos del art. 163, inc. 2º del Cód. Penal, ya que el

un tercero no lo haya sustituido aún en la tenencia de las cosas que sustrae el agente, porque se ha dicho que el muerto no es ya persona y amén de que el damnificado no puede ser aquél, los efectos pasaron a ser de propiedad o tenencia de los herederos. Comparto la solución afirmativa que da NUÑEZ, pues se respalda en la normativa del art. 185 inc. 2º del C.P. que eximen de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causen: “inc. 2º el consorte viudo, respecto de las cosas de pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro” (17).

CHIAPPINI se explaya sobre el tema invocando dos tesis: la denominada *benigna* que entiende que el hurto a un muerto, cualquiera haya sido la causa del deceso, salvo concurso aparente con supuestos más graves, es simple (art. 162 C.P.). Interpretando el art. 163 inc. 2º del C.P. se señala que “es claro que un muerto no puede hallarse nunca en situación de *infortunio*, ni puede considerársele jamás damnificado por el delito de hurto. Si por *infortunio* debe entenderse un *hecho o suceso desgraciado* y por *desgracia* un *acontecimiento funesto o un motivo de aflicción* es innegable que el vocablo que utiliza la norma penal debe poder endilgársele a la víctima. En otras palabras, es obvio que —para que se dé la

infortunio particular al que hace alusión dicha norma puede ser imprevisible o inesperado -verbigracia, un accidente- o previsible, tal como el deceso de un familiar enfermo, bastando con que se produzca la afectación del titular de la tenencia atacada por el agente, en tanto es el tenedor quien debe reducir las defensas sobre la cosa para que tenga lugar la mayor punibilidad” (C. N. Crim. y Correc., sala IV - 05/02/2004 — Marfany, Juan M. — LA LEY, 03/05/2005, 8).

6. “El hurto cometido aprovechando la muerte del cuidador de la finca perteneciente a los damnificados queda comprendido en la figura prevista por el art. 163 inc. 2º del Cód. Penal” (S.C. Buenos Aires, 19/02/980 — Benítez Eliseo y otro — LL Online).

7. “Habiendo procedido el imputado a la sustracción del vehículo *a posteriori* de la muerte de la víctima que había secuestrado, y ya sin ejercer violencia alguna, pero sí aprovechando las facilidades que le brindaba el suceso desgraciado, el infortunio particular del damnificado, dicho ilícito debe calificársele de hurto calamitoso en los términos del art. 163 inc. 2 del Cód. Penal”. (C. Penal, Bahía Blanca, 15/08/980 — Posse, Daniel — LA LEY, 1981-C-197).

(17) NUÑEZ, Ricardo, (ob. cit. p. 200) y TOZZINI, Carlos, “Los delitos de hurto y robo en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia” 2ª ed. actualizada, LexisNexis, Buenos Aires, 2002, p. 208.

previsión de la ley— el perjudicado por la desgracia debe estar padeciendo el infortunio en el mismo momento en que se está cometiendo la sustracción y mal podría decirse tal cosa de un occiso. Consecuentemente el hurto subsume en la figura del hurto simple (art. 162 del C.P.)”. En la denominada tesis *agravante* se enfatiza que el hurto a un muerto es calificado en los términos del art. 163 inc. 2º del C.P. dándose los supuestos circunstanciales del caso —que la víctima no haya sido muerta para la comisión del delito contra la propiedad, que los bienes del muerto no se hayan custodiado de una manera, etc.—. Porque ¿qué infortunio más particular y grande el damnificado que la muerte? Ello es así considerado por las concepciones occidentales sobre la existencia. No obstante, reflexiona que un argumento común en contrario reside en que el muerto no puede ser “damnificado” porque no es más propietario, ya que con su deceso se abrió su sucesión —art. 3282 del C. C.—. Mas este óbice cede rápidamente ya que la ley nada distingue al respecto y bien se sabe que el hurto puede operar incluso respecto de las cosas de propiedad de quien ya es difunto —art. 185 inc. 2º del C.P.—. Agrega el ejemplo del caso de que si una persona tiene un accidente de tránsito y fallece en el mismo, quien hurtó un elemento del vehículo siniestrado, de propiedad del occiso, evidentemente comete la figura agravada, sin tener aquí el Derecho Civil gravitación alguna. Luego de realizar estas consideraciones, que por su extensión no resulta prudente exponerlas, concluye en inclinarse a favor de la tesis *agravante* (18).

Otra cuestión que se discute es la referida a si el infortunio particular de la víctima sólo debe afectar a ésta o también a los bienes. Sobre esta temática la jurisprudencia no ha sido muy pacífica desde antaño, pues, por un lado, hubo fallos que entendían que la agravante debía aplicarse también en circunstancias relacionadas con las cosas en particular y no solamente cuando los hechos afectaren a las personas, ya que existen ciertos sucesos o eventos que pueden afectar directamente a los bienes, y de los cuales el actor puede valerse de todos modos al ver disminuidas las defensas sobre las cosas del damnificado, como es el caso de agravar el hurto cuando está rota la

vidriera del negocio de la víctima (19). En tanto, que por otra parte hubo fallos que interpretaron que el suceso desgraciado, o infortunio, debía afectar directamente al sujeto pasivo del hurto, ya que el fundamento de la agravante pone acento en tal circunstancia, debido a que se basa, esencialmente, en el debilitamiento de la defensa que el propietario tenedor ejerce sobre sus bienes, vale decir, que si la defensa es llevada a cabo por el propietario del bien, la única forma de que ésta se vea debilitada es que el infortunio particular haya sido sufrido por la víctima y no por los bienes (20) (21).

(19) “La acción del procesado que al pasar por un comercio que tenía la vidriera rota por haber sufrido un asalto instantes antes, se incautó de computadoras que se hallaban a pocos centímetros del lugar, configura el delito de hurto calamitoso, atento a las circunstancias en que se cometió el desapoderamiento, es decir aprovechándose de la indefensión de los objetos por rotura de la vidriera protectora por un autor anterior (Del voto del Dr. Loumagne, al que se adhirió el Dr. Ocampo)”. (CNCrim. y Correc., Sala III, 31/7/89 — Ferraro C.). ELDial.com - AIB5.

(20) DONNA, Edgardo, “Delitos contra la propiedad”, 2ª ed. actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 116.

(21) 1. “La rotura de la vidriera de un comercio por un tercero no constituye un infortunio particular que califique al hurto imputado a quien aprovechando esa desprotección se apodera de elementos allí expuestos” (C.N. Crim. y Correc., Sala V, 21/03/991 — Segovia José — LL Online).

2. “La conducta de los imputados que, en su calidad de policía, arribaron al lugar como consecuencia de un llamado telefónico dado por una vecina de la víctima y, una vez allí, se apoderaron de un televisor que había sido dejado en la vía pública por los que anteriormente intentaron su desapoderamiento ilegal no configura el delito de hurto calamitoso —en el caso se calificó como hurto en concurso real con abuso de autoridad—, si se encuentra acreditado que la víctima era totalmente ajena a lo ocurrido y que concurrió al lugar al día siguiente de haber sido informado por sus vecinos de lo ocurrido, anoticiándose recién al llegar a la repartición policial que el televisor que iba a recuperar no había ingresado a la misma, pues la desprotección del televisor arrojado a la vía pública configura una situación de indefensión objetiva pero si en el correlato subjetivo concomitante de la condición desdichada de su propietario, por lo que los acusados no se aprovecharon del desamparo de la víctima para lograr sus fines furtivos” (T.S. Córdoba, Sala Penal, 31/08/2010 —Dávila, Marcelo Nicolás y otro— D.J 23/02/2011, 51).

3. “Incurrió en el delito de hurto el procesado que se apoderó de prendas de vestir que se encontraban en la vía pública junto a la vidriera rota del comercio que las exhibía, ya que el vínculo fáctico de tenencia penalmente protegida por el tipo de hurto está indemne, en tanto se trata de una relación de hecho entre el tenedor y la cosa que puede denominarse esfera de custodia, pero que en

(18) CHIAPPINI, Julio, “El hurto a un difunto ¿es calamitoso?”, JA 1982-2-728.

El fallo “Vera”, en pleno, circunscribe la expresión “infortunio particular del damnificado” a situaciones relacionadas con las personas y no con las cosas (22), sin embargo es atendible la objeción que realiza uno de los sufragantes disidentes —Dr. Ocampo— cuando resalta su desacuerdo con el temario propuesto, condicionando la respuesta y no atendiendo correctamente a establecer una doctrina uniforme aplicable a dos casos idénticos, es decir, que a su criterio, se partió de la doctrina y no del caso. Por lo tanto se debía contestar “si constituye hurto agravado en los términos del art. 163 inc. 2º del Cód. Penal, considerándose infortunio en particular del damnificado, el aprovechamiento en la sustracción, de la vidriera rota de un comercio por un hecho anterior y al que el autor fue ajeno”. Sólo en ese caso se estaba en condiciones de dar una respuesta afirmativa o negativa a la pregunta, contemplando casos idénticos que justifican una resolución uniforme.

Pero más allá de las razones que se mencionan como características de la expresión “infortunio particular del damnificado”, se requiere el “aprovechamiento” de la circunstancia que se concretiza en la anterior fórmula, o sea que el tipo debe contener, además del conocimiento del desastre o infortunio, la voluntad de aprovecharse de las facilidades que se derivan de la disminución de la vigilancia, es decir, un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, de tendencia, cuyo efecto es limitar el poder punitivo estatal, al restringir el alcance del tipo, en palabras de ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR (23).

todo caso alcanza a situaciones en que los objetos tenidos quedan expuestos a la fe pública” (C. N. Crim. y Correcc., sala III, 15/04/1992 —Montero, Sergio— LA LEY, 1992-D, 79, DJ 1993-1, 6).

4. “Si el damnificado fue víctima previamente de un hecho que le provocó aflicción, como puede ser el caso de un comerciante al que le rompen la vidriera, lo cual es aprovechado por el acriminado para cometer el delito, el hecho debe encuadrarse como hurto calificado por infortunio particular del damnificado” (C. N. Crim. y Correcc., Sala III, 28/04/88, J.A. t. 1988-III).

(22) “La expresión ‘infortunio particular del damnificado’ del art. 163 inc. 2º del Cód. Penal, sólo comprende las situaciones relacionadas con las personas y no tiene cabida en las situaciones relacionadas con las cosas” (C.N. Crim. y Correcc., en pleno, 23/09/1991 — Vera, Luis M. — LA LEY, 1991-E, 272, DJ 1991-2-898).

(23) 1. “El aprovechamiento de la pérdida o disminución notoria de los medios de defensa de la propiedad, es circunstancia común a todos los supuestos de los incs. 1º y

A tenor de todo lo expuesto anteriormente se puede llegar a la conclusión de que el infortunio particular del damnificado debe estar regido por una causa realmente de trascendencia que supera en todo momento la de una mera contrariedad, de modo que ese infortunio no se puede identificar con cualquier pesar o acontecimiento negativo en la vida de una persona. Ya se han dado muestras claras en los casos analizados de lo que realmente constituye dicho infortunio —situación que afecta grave, directa e inmediatamente a una persona—. Por otra parte, se requiere el aprovechamiento de dicha situación por parte del agente, es decir, que éste se prevalezca del evento sufrido por el sujeto pasivo, lo cual revela en aquél un grosero sentimiento de perversidad al aprovechar la circunstancia desventajosa que padece este último en el contexto del evento.

Bien señalan BREGLIA ARIAS - GAUNA que el motivo del infortunio del damnificado no alcanza sus cosas, sino que se refiere a su persona y, además debe tener un *grado intenso*; “no es cualquier pesar o acontecimiento negativo”, sino aquel que provoca *un sentimiento de compasión* y, por lo tanto, no es una mera contrariedad (24).

2º del art. 163 del Cód. Penal, sin que importe la causa de tal indefensión” (S.T. Chubut, febrero 20-968 — Ramallo, Daniel — Rep. LA LEY, XXIX, 1123, sum. 37).

2. “La figura del hurto calamitoso exige que el agente, además de conocer los elementos constitutivos de la figura básica del hurto simple sepa que aprovecha un infortunio particular de la víctima al perpetrar el apoderamiento. En caso contrario, por tratarse de un error esencial, se excluye el dolo, desplazándose por tal motivo dicha conducta a la figura del art. 162 del Cód. Penal” (C. Penal San Isidro, julio 23/970 — Galván, Luis — LA LEY, 140-366).

3. “El elemento subjetivo insito en la descripción que formula el art. 163 inc. 2º del Cód. Penal —o sea, que el delito se consume “aprovechando las facilidades provenientes... de un infortunio particular del damnificado”— supone que el conocimiento, por parte del autor, de la circunstancia infortunada al que la norma se refiere” (C.S. Buenos Aires, Marzo 20-972 — Decundo, José — LA LEY, 150-671).

4. “Encuadra en el delito de hurto calamitoso previsto en el art. 163 inc. 2º del Código Penal la conducta consistente en apoderarse ilegítimamente de un bien, aprovechándose de la incapacidad psicofísica del propietario, en el caso en virtud de la ingesta de un medicamento” (C. Crim. y Correcc. Río Tercero, 27/07/2007 — Durán, María Vanesa y otro — LL Online).

(24) BREGLIA ARIAS, Omar - GAUNA, Omar, “Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y

4. Conclusión

Así las cosas, el incidente protagonizado por la víctima en el fallo que se comenta no

concordado”, 6ª ed. actualizada y ampliada, t. II, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 102.

1. “El simple desperfecto mecánico que obliga a un abandono transitorio del vehículo no configura infortunio en los términos del art. 163 inc. 2º del Cód. Penal, si es que debemos entender por tal a un “hecho o suceso desgraciado” y por “desgracia” a un “acontecimiento funesto motivo de aflicción”. El evento —desagradable desde luego— no puede ser equiparado a una desgracia física o moral, a la que sin duda se refiere el precepto” (S.C. Buenos Aires, marzo 20-973 — Decundo, José E. — LA LEY, 150-671).

encuadra en las previsiones del art. 163 inc. 2º del Código Penal porque aquella no padecía un “infortunio particular”, tal como se ha caracterizado en párrafos expuestos más arriba, sino que el hurto de su cartera en momentos en que su vehículo sufría un desperfecto —pinchadura de un neumático— debe encasillarse en la figura básica del hurto del art. 162, no tanto por el fundamento dado de que el infortunio particular del damnificado recae sobre la persona y no sobre los bienes, sino por el hecho de que lo prevalente en la agravante se sitúa en el padecimiento físico o moral de magnitud y no, como en el caso, donde el autor se aprovecha de un descuido de la víctima. ♦

.....

PENA

Imputado por los delitos de comercio de estupefacientes y tenencia con fines de comercialización. Determinación de la pena. Flexibilización del mínimo legal. Escasa afectación del bien jurídico tutelado. Principios de proporcionalidad y humanidad. Disidencia.

***Hechos:** La Cámara hizo lugar parcialmente a un recurso de casación deducido por el defensor público contra la sentencia que condenó al imputado a la pena de prisión de efectivo cumplimiento por los delitos de comercio de estupefacientes y tenencia con fines de comercialización. El Tribunal sostuvo que correspondía aplicar una pena inferior a la mínima prevista para esos delitos, por resultar una decisión contraria violatoria de los principios acusatorio, de proporcionalidad y de humanidad.*

1. — Al imputado por los delitos de comercio de estupefacientes y tenencia con fines de comercialización debe imponerse una pena menor a la prevista como mínimo para dichos delitos en el art. 5 de la Ley 23.737, pues, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, especialmente la escasa afectación al bien jurídico tutelado, la imposición de una penalidad mayor excede la medida de la culpabilidad, en franca violación a los principios de la proporcionalidad y de humanidad (del voto de la Dra. Ledesma).
2. — Por imperio del principio acusatorio, corresponde ceñirse al monto de la pena solicitada por el Ministerio Público Fiscal respecto del imputado por los delitos de comercio de estupefacientes y tenencia con fines de comercialización, sin que obste a ello el hecho de que sea un quantum inferior al mínimo legal (del voto del Dr. Slokar).
3. — Debe rechazarse el pedido de la defensa y del fiscal tendiente a flexibilizar el mínimo pre-

Sobre la eliminación de los topes mínimos en la Ley Penal (*)

POR **FACUNDO MAGGIO**

Hechos. En el presente caso se investigó la conducta de una persona (M.D.R.) en relación con dos hechos específicos, calificados como tenencia de estupefacientes para fines de comercialización (1).

En el primero de los hechos incriminados, se investigó la conducta relacionada con la venta de estupefacientes consistente en cero coma setenta y

(*) Cámara Nacional de Casación Penal. Causa n° 16.261, sala II, “Ríos, Mauricio David s/recurso de casación”, reg. 299/13, rta. 16/04/2013.

(1) Ley 23.737. Art. 5° — Será reprimido con reclusión o prisión de cuatro a quince años y multa de seis mil a quinientos mil australes el que sin autorización o con destino ilegítimo: ... c) Comercie con estupefacientes o materias primas para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte.

cinco gramos (0,75 g) de *cannabis sativa*, acondicionados en un cigarrillo de armado artesanal.

En el segundo de los hechos, se secuestró en poder del imputado, con fines de comercialización, aproximadamente siete coma veinticinco gramos (7,25 g) de marihuana distribuida, por un lado, en un cigarrillo de armado artesanal y por otro, en tres envoltorios dispersados en distintos lugares de su vivienda, bajo determinadas circunstancias que calificaban la conducta como tenencia para fines de comercialización.

La condena. Por los hechos mencionados, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 2 condenó a M.D.R. a la pena de cuatro años de prisión por considerarlo penalmente responsable de los delitos de comercialización de estupefacientes y tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, en concurso real.

El recurso de Casación. La defensa interpone recurso de casación contra dicha condena, introduciendo los siguientes agravios que en forma breve se detallan a continuación.

a.- Afirma que la sentencia cuestionada carece de adecuada fundamentación y contiene una errónea aplicación de la Ley sustantiva funda-

visto para el tipo penal de comercialización de estupefacientes previsto en el art. 5, inc. c, de la Ley 23737, pues dicho quantum no es desproporcionado en relación al injusto atribuido, no viola el principio de culpabilidad por el hecho, ni implica una inequidad manifiesta (del voto en disidencia del Dr. David).

CFCasación Penal, sala II, 2013/04/16. - Ríos, Mauricio David s/recurso de casacion.

[Cita on line: AR/JUR/8732/2013]



CONTEXTO NORMATIVO DEL FALLO

Leyes nacionales 23.737 (Adla, XLIX-D, 3692) 24.946 (Adla, LVIII-A, 101)

mentando que no se ha demostrado la existencia de una actividad de comercio.

b.- En segundo lugar, plantea la inconstitucionalidad del tope mínimo aplicable a las figuras legales de comercio y tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, teniendo presente que la sanción a imponer a su defendido en definitiva atenta contra los principios de dignidad de la persona, culpabilidad y proporcionalidad.

c.- En último término, considera que en la resolución puesta en crisis impera un marco de duda, en la que debe prevalecer el principio *in dubio pro reo*.

Dictamen del Ministerio Público. El Fiscal General, Dr. Javier Augusto de Luca, considera adecuada la calificación atribuida a la conducta investigada.

Sin perjuicio de ello, pone de relieve que existen circunstancias particulares que dan lugar a analizar la pena impuesta al imputado (4 años), ya que, según su opinión, podría encontrarse vulnerado el principio de culpabilidad y proporcionalidad, entre otros.

Desde el análisis objetivo de la conducta, el Fiscal General sostiene que existen situaciones

Buenos Aires, 16 de abril de 2013.

La señora juez *Angela Ester Ledesma* dijo:

I

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de Córdoba, resolvió "I.- Condenar a Mauricio David Ríos... como autor penalmente responsable de los delitos de Comercialización de estupefacientes y tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, en concurso real, ambos previstos y penados por el art. 5° inc. "c" de la ley 23.737, art. 45 y 55 del Código Penal, e imponerle en tal carácter para su tratamiento penitenciario la pena de cuatro años de prisión, multa de pesos doscientos (\$200) la que se deberá verificar dentro de los diez días hábiles de quedar firme la presente, accesorias legales y costas." (fs. 586/595 vta.).

Contra este decisorio, el imputado Ríos presenta in pauperis el escrito de fs. 619/626, titulado recurso de revisión, el que es debidamente fundado por el Sr. Defensor Público, Dr. Marcelo Eduardo Arrieta, a fs. 656/669, aclarando que debe entenderse que se trata

que determinan que el imputado realiza el acto de comercialización en un ámbito que no pertenece a una red específica de narcotráfico, sino que más bien es un acto aislado, que implica solamente la venta de marihuana en bajas cantidades y con escasa concentración de THC (2) (3%).

Desde el marco subjetivo, sostiene el Sr. Fiscal General que el imputado carece de antecedentes penales, que tiene una situación económica "estrecha" y que posee a su cargo el mantenimiento de 5 hijos menores de edad, por lo que considera que una pena de efectivo cumplimiento como la analizada resultaría "contraproducente".

Efectuado dicho análisis, considera que la pena adecuada, analizada bajo los principios de culpabilidad y proporcionalidad, será la de tres años cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso, conforme arts. 26 y 27 CP.

Por lo brevemente reseñado, el Fiscal General entiende que debe hacerse lugar al recurso in-

(2) El tetrahidrocarbocannabinol (THC) es el principal constituyente psicoactivo en las plantas del género *cannabis*.

de un recurso de casación; impugnación ésta que fue concedida a fs. 671/671 vta., y mantenida a fs. 684.

II

La defensa, introduce los agravios que se detallan a continuación.

a) En primer lugar, afirma que la sentencia en crisis carece de adecuada fundamentación y contiene una errónea aplicación de la ley sustantiva. Argumenta que “Producida la investigación y luego de un mes de la misma, el Oficial Décimo concluye con un magro resultado, ya que sólo puede enrostrar a... Mauricio Ríos, un solo hecho de comercio de estupefacientes y la tenencia de sólo 7,25 gramos de marihuana.”

Añade que de acuerdo al relato efectuado por el aludido Décimo, éste “se encontraba apostado a 50 metros, en diagonal, por lo que...resulta imposible que...haya podido observar con claridad y de manera directa, la venta del estupefaciente en cuestión, por lo que no podemos afirmar que efectivamente Santillán hubiera recibido estupefacientes de manos de [Mauricio David Ríos], y que el estupefaciente que luego le secuestran no fuera una sustancia que él ya tenía en su poder.”

Agrega que resultó extraño que el procedimiento en cuyo contexto fue interceptado el nombrado Santillán, se haya trasladado a unas cuarenta cuadras del lugar, bajo el pretexto de las inclemencias del tiempo, y que en definitiva “nos encontramos frente a una escasa y desprolija investigación...”

Adiciona que las típicas “transas” o “pasamanos” a los que aluden los funcionarios policiales, constituyen prueba de carácter indiciaria y presuncional, y que por sí solas, no bastan para tener por acreditada una actividad vinculada al comercio de estupefacientes.

Cierra el punto, aseverando que no se ha demostrado la existencia de una actividad de comercio, y que en definitiva a su asistido “sólo le secuestran “7,25 gramos de marihuana”, lo que daría cuenta más bien de una simple tenencia...”, dado que no se han incautado “elementos de corte, balanzas, utensilios utilizados normalmente para el fraccionamiento y fabricación de estupefacientes, que nos permitan inferir el ánimo de lucro...”

b) En segundo lugar, y en forma subsidiaria, plantea la inconstitucionalidad del tope mínimo aplicable a

terpuesto por la defensa, sólo en lo atinente a la sanción impuesta al imputado.

Admisibilidad del Recurso.

1.- *La validez de la calificación.* Al momento de analizar el recurso, la vocal preopinante (Dra. Angela Ester Ledesma) entiende que resulta correcta la calificación atribuida a la conducta del imputado, que la misma resulta ser derivación lógica y razonada de las pruebas valoradas por el Tribunal, sin que se acrediten los vicios invocados por la defensa en este punto, realizando el tribunal un preciso análisis de las pruebas colectadas con la aplicación del derecho vigente al caso concreto.

2.- *Cuestión Preliminar.* Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, el voto señalado considera, de modo preliminar, que la sentencia en crisis contiene un supuesto de arbitrariedad.

Este supuesto de arbitrariedad estaría dado en que el tribunal sostiene como agravante la circunstancia de la denuncia que da origen a la presente causa, la cual sindicaba al imputado como la persona que cometía el ilícito, como así también la circunstancia de haber pretendido eliminar la prueba al momento de producirse su detención,

dado que esos aspectos ya fueron tenidos en cuenta por el Tribunal, al momento de develar la actividad de comercio ilícito endilgada, ello implicaría una doble valoración de los mismos ítems, en contravención directa al principio *non bis in idem*, lo que conduce a la invalidación parcial de lo decidido como acto jurisdiccional válido (Arts. 123, 404 inc. 2° y 471 del CPPN).

3.- *La validez del tope mínimo de la norma legal en circunstancias particulares.* Habiendo aclarado esa situación preliminar, y que resulta fundamental en este análisis, sostiene el voto mayoritario que, sin desconocer la existencia del tope mínimo legal de 4 años de prisión que sería aplicable al caso, existe una situación particular que impide que los magistrados fijen tal monto de pena, como ser que el acusador público ha sostenido que, en respeto de los principios de culpabilidad y proporcionalidad, la pena a imponer al imputado en este caso no debe ser superior a los tres años de prisión, cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso (conforme dictamen de Procurador General).

Es decir que, en respeto del sistema acusatorio imperante en nuestro país, “el arquetipo de enjuiciamiento penal diagramado por la Constitu-

las figuras legales de comercio y tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, alegando que si se piensa que eventualmente podría corresponder la imposición de una sanción a su defendido, el quantum de cuatro años de prisión previsto en el inc. "c" del art. 5 de la ley 23.737, excede y no guarda congruencia con "las consecuencias jurídicas derivadas de su actuar"; viéndose, en tal caso, seriamente comprometidos los principios de dignidad de las personas, culpabilidad y proporcionalidad.

c) En tercer lugar, y también en forma subsidiaria, considera que en la resolución cuestionada impera un marco de duda, en el que debe prevalecer el principio in dubio pro reo; por ende, solicita que se disponga la absolución del sindicado Ríos.

Formula expresa reserva del caso federal.

III

a) En el término de oficina, se presenta el Fiscal General Dr. Javier Augusto De Luca, a los fines dispuestos en el art. 466 del código adjetivo, quien manifiesta en esencia, que el tribunal valoró adecuadamente la denuncia efectuada ante la fiscalía, las tareas de

inteligencia efectuadas por el preventor Décimo, el secuestro de un cigarrillo de marihuana a una persona que anteriormente había efectuado un intercambio con el encartado Ríos, la correspondencia de dicha sustancia estupefaciente con la incautada en el domicilio del nombrado, la forma en que estaba acondicionada la droga en la finca en cuestión, y el secuestro de dinero de baja denominación; todo lo cual, desde su óptica, acreditan suficientemente las acciones de comercio y tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, atribuidas al aludido Ríos.

Por otro lado, señala que "en el presente caso se verifican circunstancias excepcionales por las cuales, la pena de cuatro años de prisión impuesta a Mauricio David Ríos vulnera el principio de culpabilidad, argumentando que "el imputado no pertenece a una organización dedicada al tráfico de narcóticos con amplia capacidad operativa, técnica y/o económica. Por el contrario, se trata de un individuo que operaba en forma solitaria que vendía droga al menudeo, en su domicilio y en pequeñas cantidades; además ese estupefaciente era marihuana y no otros de mayor poder adictivo y lesivo para la salud; la cantidad de droga secuestrada no sólo es extremadamente escasa

ción, se corresponde con el denominado sistema acusatorio, tal como se desprende del análisis sistemático de su articulado (artículos 18 y 75 inciso 22 C.N.; 26 de la D.A.D.D.H.; 10 y 11.1 de la D.U.D.H., 8.1 de la C.A.D.H. y 14.1 del P.I.D.C. y P.) y de las bases filosóficas, jurídicas y políticas que lo inspiraron, cobrando vigencia el adagio latino *nullum iudicium sine accusatione*; de modo que, los jueces no pueden expedirse más allá del límite fijado por el acusador".

Luego de efectuar una extensa reseña de los fallos que sustentan este criterio, opina el voto mayoritario que las particularidades de esta causa, en especial, la escasa afectación al bien jurídico con relación al tope mínimo indicado precedentemente, excede la medida de la culpabilidad (reproche), en violación a los principios de proporcionalidad y de humanidad que proscriben la imposición de penas inhumanas, crueles o infamantes.

Concretamente, citando al Dr. Zaffaroni, menciona la dificultad que tiene el Juez al momento de determinar el quántum de la pena, cuando se ve involucrado en "un conjunto de presiones de distinto tipo. Quizás la más importante, y que afecta gravemente la función limitante de la respuesta

punitiva sea la pulsión que ejercen las agencias políticas al elevar los mínimos penales a niveles que dificultan grandemente la tarea de cuantificación... de este modo se establecen aumentos irracionales y escalas penales de igual naturaleza"; bajo el pretexto de tranquilizar a la opinión pública, se presenta la pena como un pretendido bien social que configura "uno de los grandes mitos de un ámbito del saber en el que predomina el prejuicio y la ignorancia" (Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, "Manual de Derecho Penal, Parte General", Ediar, Buenos Aires, 2005, págs. 37, 120, 708 y 737).

Rescata, en este sentido, especialmente la opinión del Fiscal General en cuanto describe que el imputado no pertenece a una organización dedicada al tráfico de narcóticos, sino que la comercialización se realiza en forma solitaria y en pequeñas cantidades, sumado a la existencia de marihuana y no otra sustancia de mayor poder adictivo, y que la droga secuestrada no sólo es escasa, sino de baja calidad en razón de la poca concentración de THC.

Atento a los argumentos transcritos, se determina que el monto punitivo aplicado resulta desmesurado.

(7,5 gramos de marihuana) sino que, su concentración de THC no superaba el 3%." Por ello, entiende que "la magnitud del ilícito no afectó de manera considerable el bien jurídico tutelado que, vale recordar, es la salud pública en general (delitos de peligro) y no la integridad corporal individual."

Suma a lo dicho, que desde "los aspectos subjetivos, debe resaltarse que Ríos no tiene antecedentes penales, tiene una situación económica estrecha y además, tiene cinco hijos menores de edad a su cargo." En consecuencia, considera que "una pena de efectivo cumplimiento, en el caso, resultaría contraproducente.", por lo que a su ver "una pena adecuada será la de tres años de prisión, cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso (artículos 26 y 27 del Código Penal)."

En síntesis, estima que debe hacerse lugar parcialmente al recurso de casación incoado por la defensa, sólo en lo que atañe a la sanción impuesta al encausado Ríos -fs. 686/688 vta.-.

b) En la misma ocasión procesal, la defensa adhiere y hace suyas las críticas y peticiones efectuadas por el Dr. Arrieta.

Resulta importante destacar la línea de pensamiento a la que adhiere el voto preopinante cuando transcribe que "los límites mínimos de las escalas legislativas penales...", "tienen valor de regla general... no significa que los tribunales deban respetarlos cuando fuentes de superior jerarquía... señalen que el mínimo es irracional en el caso concreto. Por ello, lo correcto es asignarles valor indicativo, que opera cuando el mínimo de la escala legal no se topa en el caso concreto con los otros parámetros legales de mayor jerarquía, en cuyo supuesto corresponde reducirlos hasta compatibilizar la pena con éstos" (Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, "Manual de Derecho Penal, Parte General", Ediar, Buenos Aires, 2002, págs. 995/996).

En cuanto a la culpabilidad de la conducta, hace suyas las opiniones vertidas por Juliano cuando sostiene que la culpabilidad es el límite de la sanción imponible, que el individuo no puede ser sometido a necesarias severidades y que los topes establecidos por el legislador en modo alguno pueden contradecir principios rectores de una justicia democrática y republicana, como lo son los de lesividad, proporcionalidad, humanidad, de buena fe y *pro homine*.

Asimismo, asegura que "un dictamen favorable del titular de la vindicta pública, impone hacer lugar al recurso de casación interpuesto, por aplicación del principio acusatorio que consagra la Constitución Nacional (artículos 18, 75 inciso 22 y 120). Máxime, cuando existe coincidencia entre las partes en cuanto a la necesidad de adecuar la pena impuesta en el caso concreto a la subjetividad de [Mauricio D. Ríos]."

Añade que "si bien los mínimos de las escalas penales, en principio, señalan un límite al poder cuantificador de los jueces, ello es así en tanto las otras fuentes de mayor jerarquía del derecho de cuantificación penal no obliguen a otra solución.", y en el caso concreto, el tope de cuatro años de prisión, excede el reproche que cabe formular, por lo que debe apartarse del margen establecido "e imponer una sanción proporcionada a la culpabilidad."

En virtud de lo expuesto, solicita a este Tribunal que, sin reenvío, adecue el quantum de pena, conforme los parámetros requeridos por el Dr. De Luca, y que se tengan por renunciados "los plazos procesales pendientes..." Mantiene la reserva del caso federal -fs. 690/692-.

Como conclusión, se establece que debido a las particularidades del caso, y teniendo en cuenta lo manifestado por el acusador público, corresponde determinar una nueva sanción, que nunca puede superar el límite trazado por aquél, separando en consecuencia al tribunal de origen y habilitar uno que, previa audiencia de partes, determine la nueva sanción.

Voto del Dr. Slokar. En términos generales comparte los argumentos vertidos por la Dra. Ledesma y adhiere a lo resuelto en cuanto a la valoración de la prueba.

Sin embargo, al momento de referirse al cuestionamiento de la aplicación del monto mínimo de la pena, y que es punto central de este fallo, se limita a circunscribirse, en respeto del principio acusatorio, a lo solicitado por el Ministerio Público Fiscal sin mayores fundamentos relacionados a la supuesta violación a los principios de culpabilidad y proporcionalidad considerados por el voto precedente.

Voto de la minoría. Disidencia. Esencialmente, el Dr. Pedro David plantea su disidencia respecto de la vulneración del tope mínimo de pena a imponer.

c) A fs. 694 el citado Fiscal General, Dr. De Luca, manifiesta que “no opone reparo alguno a la renuncia de los trámites y plazos procesales pendientes...”

En tal contexto, la causa queda en condiciones de ser resuelta.

IV

Adelanto que el recurso en examen, debería tener favorable acogida parcial, con los alcances y por los motivos que seguidamente se expondrán.

a) En principio, y para una más adecuada comprensión del caso traído a estudio del tribunal, es oportuno recordar que en la sentencia objetada, se tuvieron por acreditados “los siguientes hechos: “Hecho nominado primero: Con fecha 12 de agosto de 2010, momentos antes de las 15:40 horas, en su domicilio de calle Manzana 33 lote 12 del Barrio Sol Naciente de [la] ciudad de Córdoba, David Mauricio RÍOS, alias “El Sapo”, vendió estupefacientes a E. L. C. S., específicamente cero coma setenta y cinco gramos aproximadamente (0,75 grs.) de cannabis sativa (marihuana), acondicionada en un cigarrillo de armado artesanal. Dichas circunstancias fueron constatadas por el Oficial Inspector Cristian

Hernán Décimo, adscripto al personal de la Dirección Drogas Peligrosas de la Policía de la Provincia de Córdoba, quien se encontraba avocado a una investigación en el domicilio de Manzana 33, Lote 12, del barrio Sol Naciente, tendiente a determinar la posible venta de estupefacientes por parte de una persona conocida como “El Sapo” quien viviría en dicha vivienda. Por tal motivo, monta una vigilancia en el domicilio de referencia cuando observa a un joven arribar a la misma, quien luego de golpear la puerta de ingreso, es atendido por Mauricio David Ríos...con quien realiza un intercambio de pequeños elementos y seguidamente se retira del lugar. Motivo por el cual el Oficial Inspector Décimo da aviso a sus compañeros para que se detenga la marcha del comprador, haciéndolo el Agente Ángel Lobo en la vía pública, más precisamente en calle Antonio Mizebiche a la altura del n° 3000 de Barrio granja de Funes II, procediéndose al control de C. S. y al secuestro de la sustancia ya descrita...Hecho nominado segundo: Con fecha 12 de agosto de 2010, siendo las 17:20 horas aproximadamente, en su domicilio de Manzana 33, Lote 12 de Barrio Sol Naciente de la ciudad de Córdoba, David Mauricio RÍOS...tenía en su poder con fines de comercialización, aproximadamente 7,25 gramos de marihuana distribuida de la siguiente forma: a) en un

Sostiene que la existencia de una pena mayor que la solicitada por el Ministerio Público Fiscal en modo alguno implica una violación de las garantías constitucionales de defensa en juicio y del debido proceso legal.

Sostiene que, a pesar de verificar que el Ministerio Público es el titular de la acción penal y ser quien tiene el deber de provocar y requerir la actuación de la ley, aquello no obsta a que el tribunal declare cuál es la voluntad de aquella ley a aplicar.

En ese sentido, continúa, no encuentra atendibles los planteos del Fiscal y la defensa para flexibilizar en el caso concreto el mínimo previsto para el tipo penal de comercialización de estupefacientes.

Especialmente, hace notar que la opinión del Ministerio Público no puede suplir la imposición de la escala penal impuesta por el legislador. La inteligencia del tipo penal prevé justamente que la pertenencia a una organización delictiva resulta suficiente para ser agravante de la conducta prevista en el Art. 5º, inc. c) de la ley de estupefacientes, se advierte que la construcción legislativa se encuentra prevista la conducta de la venta en

forma solitaria, por lo que no resulta posible apartarse de lo previsto por el legislador.

En cuanto a los demás motivos referidos a la escasa cantidad de estupefaciente y la situación social del imputado, ya fue debidamente analizada por el Tribunal, sin advertir que el quantum resuelto resulte violatorio y desproporcionado en relación con el injusto atribuido.

Consideraciones finales. El precedente citado y la valoración llevada a cabo por la mayoría en este caso puede resultar de una repercusión incalculable en nuestros tribunales, y de ahí su importancia.

En efecto, la comparación de la existencia de topes mínimos, con una sanción que no respeta la dignidad humana, pone en seria duda, no solo el riesgo de la vulneración de los topes mínimos de todas las normas penales conforme a libre criterio del juzgador, sino también la consecuen-te puesta en duda de los topes máximos en ellas establecidos.

Asimismo, la incidencia de dicho precedente resulta relevante, entre otros casos, en el análisis de la procedencia de la suspensión de juicio a prueba en

cigarrillo de armado artesanal, el que fue incautado del interior del inodoro del baño de la vivienda allanada; b) en un envoltorio de nylon color negro, atado en uno de sus extremos, oculto dentro de un cesto de residuos, el que se encontraba al costado del mencionado inodoro; c) en 3 envoltorios de nylon color negro, los que se encontraban ocultos debajo de una almohada de una cama de dos plazas, ubicada en una de las habitaciones de la vivienda allanada; d) en un cigarrillo de armado artesanal, el que fue secuestrado desde la cámara séptica del domicilio de referencia... Del mueble aparador del comedor de la vivienda se secuestró la suma de \$ 22 en billetes de \$ 2. Asimismo, cabe destacar que mientras el personal policial estaba ingresando a la vivienda de Mauricio David Ríos... el nombrado se dirigió rápidamente hacia el baño de la misma para luego tirar la cadena del inodoro, oportunidad en la que fue reducido...” -ver fs. 587/588 y 593-.

b) En segundo lugar, e ingresando al tratamiento de los agravios incorporados por la defensa, debo decir que en mi opinión, la sentencia examinada, en lo que atañe a la determinación de las actividades

distintos supuestos en donde antes no se aplicaban (o se discutían), o incluso, la revisión de imposición de prisión preventiva cuando se refieren a la posibilidad de establecimiento de condenas de ejecución condicional de acuerdo a los diferentes códigos procesales existentes en el país.

Pero lo que resulta aún más relevante, y objeto de este comentario, es el específico análisis que debe realizarse en relación con la puesta en crisis, por parte del poder judicial, de la potestad legislativa de seguir imponiendo topes mínimos en los tipos legales, o directamente, establecer la supresión de los mismos.

Entiendo que el sistema penal argentino, organizado por la voluntad de los legisladores conforme mandato constitucional, ha optado por ser claro al momento de establecer los montos mínimos de la pena a imponer a supuestos hechos criminales, es decir, de no haberlos analizado, nunca los hubiera impuesto.

Por lo demás, creemos que las situaciones particulares a los que hace referencia el fallo comentado son innumerables como para ser una excusa válida para eliminar dichos límites.

Es cierto que no es la primera vez que se encuentra en discusión la constitucionalidad de los topes

de comercio y tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, endilgadas al encartado Ríos, cuenta con el grado de certeza necesario exigido a todo veredicto de condena, y resulta ser la derivación lógica y razonada de las pruebas valoradas al efecto y la aplicación del derecho vigente al caso concreto, sin que se advierta la existencia de los vicios que le atribuye la defensa; veamos.

Sobre el particular, los Sres. magistrados señalaron que las actuaciones tuvieron origen a raíz de una noticia criminis, receptada a través de un testimonio brindado en la Fiscalía Federal n° 2 de la ciudad de Córdoba, en los términos del art. 34 bis de la ley 23.737, que daba cuenta de “supuestos hechos de comercialización de estupefacientes en distintos domicilios de Barrio Sol Naciente de... Córdoba (f. 2)”, y que tales circunstancias “fueron corroboradas por las tareas de inteligencia efectuadas por el Oficial Inspector Cristian Hernán Décimo, adscripto a la Dirección Drogas Peligrosas de la Policía de la provincia de Córdoba, quien en el marco de la investigación de los hechos, pudo constatar la concurrencia asidua de personas, a los

mínimos, ya la Cámara Nacional de Casación Penal había resuelto en un caso donde se cuestionaba la irracionalidad de la pena impuesta a un individuo en relación con lo insignificante de un desapoderamiento, que “todas las sustracciones cometidas con armas, deben circunscribirse a las penas máximas y mínimas que establece dicho artículo, sin tener en cuenta lo ínfimo o cuantioso del apoderamiento, lo que sí puede tenerse en cuenta para graduar la pena en concreto” y que “no se advierte que la escala penal establecida por el Código Penal resulte desproporcionada e irrazonable, ni que la pena impuesta sea cruel e inhumana. No se observa, en definitiva, la lesión a los principios de lesividad y culpabilidad denunciada” (3).

En lo sustancial entendemos que no resulta accidental que no exista previsión legislativa alguna que habilite a graduar la sanción penal más allá de los límites impuestos por el propio legislador en los topes respectivos, sin perjuicio de que se han impuesto parámetros precisos a los fines de que los Tribunales puedan graduar libremente

(3) CNCP, Sala III, voto de los Dres. Tragant y Righi, causa nro. 6501, caratulada “Tinganelli, Martín Daniel s/recurso de casación”, rta. en abril de 2006.

fines de efectuar numerosas transas de estupefacientes con el investigado, quien resultó ser Mauricio David Ríos [y que] el día 12 de agosto de 2010, alrededor de las 15:25 hs, en oportunidad de encontrarse apostado frente al domicilio investigado -Lote 12 Manzana 33 del Barrio Sol Naciente-, pudo observar el arribo de un joven quien luego de golpear la puerta de la vivienda indicada, fue atendido por el imputado Ríos, con quien mantuvo un breve diálogo para luego efectuar un intercambio de pequeños elementos -los típicos movimientos de transas-, retirándose inmediatamente del lugar." -fs. 591-.

Añadieron los jueces que, conforme lo explicó el aludido Décimo "y ante la posibilidad de que se tratase de un comprador de estupefacientes, comunicó vía radial a su compañero, el Agente Ángel Lobo quien se encontraba en las inmediaciones del lugar colaborando con la investigación, a fin que detenga al mismo y proceda a su control.", y que "Efectivamente, el testigo Lobo relató en la audiencia, que luego de recibir la comunicación de Décimo, pudo advertir la presencia de un sujeto, con las mismas características físicas y de vestimenta

aportadas, quien se conducía solo y a pie, razón por la cual en calle Antonio Mizeviche al 300 del Barrio Granja de Funes II, procedió a detenerlo para su control. Manifestó también que, debido a las inclemencias del tiempo, decidió trasladar el procedimiento hacia una estación de servicio... ubicada en calle Donato Alvarez y Ricardo Rojas del Barrio Argüello, donde previo ubicar los testigos civiles correspondientes...le secuestró desde el interior del bolsillo del pantalón que vestía, un cigarrillo de confección artesanal conteniendo una sustancia compatible con la marihuana." -fs. 591-.

Aquí, el tribunal precisó que este procedimiento quedó plasmado en el acta respectiva, aclarando que fue confeccionada de acuerdo a las formalidades exigidas por los arts. 138 y 139 del código adjetivo, y que los testimonios de quienes oficiaron de testigos, resultan coincidentes en lo que hace a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrollaron las acciones -fs. 591 vta.-. En estas condiciones, la actuación de los funcionarios policiales, que culminó con la incautación de dicho cigarrillo de armado artesanal, contó con el aval de los dichos de los testigos

su determinación, pero siempre dentro de las previsiones legislativas (4).

No estamos aquí cuestionando la oportunidad o criterio de los legisladores al momento de establecer las escalas punitivas, sino analizando si, estando ellas impuestas, el Juez puede ir más allá de la misma, en pos del pretendido principio de culpabilidad o proporcionalidad que debe regir en el sistema penal.

(4) Código Penal. Art. 40.- En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

Art. 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta: 1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado; 2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y *de visu* del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

En este sentido, debemos destacar, y no resulta un dato menor, que el Sr. Defensor solicitó que se declare la inconstitucionalidad (para el caso concreto) del límite impuesto como pena menor en la norma penal atribuida a la conducta investigada, declaración que no ha sido realizada formalmente por parte del Tribunal.

En ese sentido, existen opiniones que entienden que los topes mínimos resultan inconstitucionales en tanto de esa manera lo que "se encuentra vulnerado, de algún modo, es la división de poderes característica del sistema republicano de gobierno. Ello toda vez, que los legisladores al establecer de antemano una respuesta punitiva limitada por un mínimo penal han soslayado el principio de culpabilidad, como se ha expresado, al delimitar la evaluación de diversas pautas que sólo deben ser consideradas por los jueces en el marco de un caso concreto (5).

Atento a los criterios expuestos por el fallo, podríamos imaginar la declaración de inconstitucionalidad de una pena mínima de 8 años aplicada a una persona de 80 años, en pos de resguardar

(5) DEVOTO, Eleonora, "De los mínimos de las escalas penales y la irracionalidad de las respuestas punitivas.- Un camino con un retorno posible", p. 8.

convocados al efecto, por lo que las críticas que hace oír la defensa al respecto, no tienen andamiaje en las constancias de la causa.

Seguidamente, se indicó en el fallo que “La calidad y cantidad de estupefaciente, ha quedado acreditada con la pericia química efectuada (fs. 217/222) en la cual se determinó que se trata de plantas de la especie vegetal cannabis sativa -marihuana- en el que se comprobó la presencia de tetrahidrocannabinoles, principios activos responsables de la capacidad psicotóxica y alucinógena de dicho material, con una intensidad del 3% de THC, en un peso total de 0,75 gramos el cual contienen 6 dosis umbral. Es así que habiendo arrojado resultado positivo el control previo, el Oficial Ayudante Darío Valdez, con fecha 12 de agosto de 2012 a las 17.20 hs, se dispuso a diligenciar la orden de allanamiento librada por el Juzgado Federal N° 2 de [Córdoba], en la vivienda investigada, procedimiento que tal como lo declaró se desarrolló con total normalidad...” -fs. 591 vta.-.

Agregaron los sentenciantes que “Cabe resaltar lo manifestado por el Oficial Valdez, que al ingresar pudo observar que el imputado Ríos al percatarse de la presencia policial, se dirigió rápidamente al baño

de la vivienda, evacuando el sanitario, logrando en esa instancia reducir al mismo, circunstancia ésta que efectivamente demuestra el conocimiento que tenía el imputado del ilícito que estaba cometiendo. Efectivamente, una vez asegurado el lugar, ingresan los testigos hábiles y se procede a dar inicio a la requisa de los presentes y al registro de la vivienda, donde se procedió al secuestro desde el interior del inodoro, de un cigarrillo de armado artesanal conteniendo marihuana, de un envoltorio de nylon color negro, atado en sus extremos, con la misma sustancia, el cual se halló en el interior de un cesto de basura al lado del inodoro. También se logró secuestrar tres envoltorios conteniendo marihuana, los cuales estaban debajo de la almohada existente en la cama de dos plazas habida en la habitación donde pernoctaba el imputado Ríos. Y finalmente, desde el interior de una cámara séptica, se secuestró un cigarrillo de armado artesanal, con idéntica sustancia que los anteriores. Asimismo, desde el interior de un ropero se secuestró un DNI a nombre de Mauricio David Ríos y del mueble aparador del comedor de la vivienda, la suma de pesos veintidós (\$22) en billetes de dos pesos.” -fs. 591 vta./592-.

Además, se marcó en el pronunciamiento examinado, que la pericia química efectuada al material

la dignidad de la persona y la humanidad de la pena?

¿Sería atendible la disminución de la pena por un robo agravado con armas, en poblado y en banda de una persona de 18 años en virtud de que la efectiva aplicación de la pena que le correspondería le coarte la posibilidad, objetiva, seria y efectiva de reinsertarse a la sociedad luego del cumplimiento de la misma?

¿Puede acaso influir en la imposición de una pena la realidad de que las cárceles no cumplen actualmente con las condiciones por las que fueron creadas conforme a nuestra Constitución Nacional, siempre bajo el argumento de vulnerar el principio de humanidad de la pena y proporcionalidad?

¿Podremos en un caso similar al presente, sostener que la pena de 4 años es inconstitucional, ello sin perjuicio de lo que opine el acusador público?

En este sentido, ¿ha tomado en cuenta el Tribunal de Casación la opinión vertida por el Ministerio Público en el Debate Oral y Público? ¿Tendría aquella opinión alguna incidencia en lo resuelto?

En su caso, ¿queda superado dicho requerimiento por la opinión posterior vertida por el Procurador General? ¿No atenta dicha situación contra la seguridad jurídica que debe regir en nuestro sistema?

¿Se encuentran formalmente preparados los Tribunales de Casación Penal para revisar la graduación de la pena más allá de los límites impuestos por el legislador?

Concretamente, y tal como lo sostiene el Dr. David en el voto en disidencia, ¿puede a partir de circunstancias particulares el Poder Judicial apartarse de lo previsto por la Ley sin siquiera declarar la inconstitucionalidad de la norma?

Finalmente, ¿estamos en presencia de un precedente que altera sustancialmente el sistema previsto por el Código Penal, eliminando los topes mínimos (y máximos) previstos taxativamente por el legislador?

Creemos que no se discute aquí el acierto o el error del legislador al momento de elaborar la norma, sino la posibilidad jurisdiccional de ir más allá de la misma y de su espíritu.

incautado en esta oportunidad, “determinó que se trata de plantas de la especie vegetal cannabis sativa -marihuana- en el que se comprobó la presencia de tetrahidrocannabinoles, principios activos responsables de la capacidad psicotóxica y alucinógena de dicho material, con una intensidad del 3% de THC, en un peso total de 7,55 gramos el cual contienen 61 dosis umbral.” -fs. 592-.

Finalmente, aseguraron los magistrados que el testimonio brindado por el aludido Décimo en el debate público, fue contundente y preciso para develar la conducta de comercio de estupefacientes endilgada al encartado Ríos, puntualizando que “desde el lugar donde se encontraba apostado, a una distancia aproximada de 50 metros, en diagonal a la casa, pudo observar con total claridad el domicilio, los movimientos de pasamanos producidos en el mismo, e identificar al investigado como la persona que efectuaba las transas, uno de los cuales luego, fue controlado e identificado, resultando ser E. L. C. S. a quien se le secuestró el material estupefaciente que, conforme le pericia química realizada, arrojó resultado positivo, en cuanto a la calidad del mismo, con características iguales a las del material secuestrado posteriormente en el domicilio de Ríos, constituyendo dicha testimonial prueba directa

de la actividad ilícita desplegada por el imputado.” -fs. 592 y vta.-.

Ante tal cuadro de situación, los jueces concluyeron en aseverar que el susodicho Ríos “comercializaba estupefacientes, en su domicilio sito en Lote 12 Manzana 33 del Barrio Sol Naciente...y que la sustancia ilícita secuestrada en su domicilio, era tenida con la finalidad ulterior de ser introducida en la cadena del tráfico de estupefacientes. Así los elementos hallados y secuestrados en el allanamiento...tales como: el dinero de baja denominación, los envoltorios y cigarrillos de armado artesanal, idénticos al secuestrado en poder del sujeto controlado previamente al allanamiento, completan el cuadro probatorio que...permiten concluir que la sustancia estupefaciente, era tenida por el imputado Ríos con fines de comercialización.” -fs. 592 vta./593-.

En síntesis, considero que los magistrados han confrontando y armonizando adecuadamente los plurales elementos de convicción producidos en el debate público, consistentes -entre otras cosas que no amerita enumerar- en los testimonios de los funcionarios policiales que llevaron a cabo las diligencias respectivas, los dichos de los testigos de actuación, el secuestro de

En efecto, dicha consideración no resulta contradictoria, por ello, adherimos a la postura de Juliano cuando afirma que *“la existencia de los mínimos no representa valor jurídico alguno y, por el contrario, su eliminación no comportaría perjuicio alguno, ni para la sociedad ni para el individuo sometido a proceso, ya que si uno y otro confían en que el único modo de dirimir los conflictos es sometiéndolos al juicio previsto por la Constitución, debe derivarse de él la sanción adecuada a la culpabilidad, que solamente puede encontrar como límite el máximo a imponer, pero nunca un mínimo discrecional, que no necesariamente representa el límite inferior de la culpabilidad”* (6).

Sin embargo, creemos que aquel análisis debe ser resuelto por el cuerpo legislativo al momento de evaluar una reforma al Código Penal sustancial, y no por los jueces, en cuanto no estamos

frente a una cuestión de inconstitucionalidad de las previsiones legales, sino de una circunstancia relacionada a la política legislativa, que excede en principio el marco de la interpretación judicial.

Como observamos, las preguntas que surgen a partir de seguir el criterio esbozado por la mayoría en este fallo son incalculables, por lo que resulta claro el grado de incertidumbre jurídica que esto generaría al sistema judicial en caso de receptor dicha corriente jurisprudencial.

Atento a lo reciente de este fallo, el impacto del mismo, en definitiva, estará dado por la concreta recepción de esta jurisprudencia en nuestros tribunales en cada caso determinado.

Es decir que, sin perjuicio de lo valorable del razonamiento esbozado por los considerandos del fallo, estimo que los Tribunales no están habilitados a fallar más allá de las previsiones efectuadas por el legislador al momento de tipificar las conductas previstas en el Código Penal, al menos, por supuesto, hasta tanto estos últimos decidan la reforma pertinente. ♦

(6) JULIANO, A. Mario; “La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales” en Pensamiento Penal del Sur, I, Zaffaroni, Niño, Martínez y Vitale (coordinadores), Editor Fabián J. Di Plácido, p. 493.

la substancia en poder del aludido Ceballos Santillán, la incautación de la droga hallada en el domicilio de referencia, la forma en que estaba distribuida, en cigarrillos de armado artesanal y envoltorios, y del dinero de baja denominación, como así también la pericia química, que estableció la similitud del cigarrillo y su contenido, que llevaba consigo el nombrado, con los encontrados en la finca en cuestión; todo lo cual conformó un plexo probatorio sólido y homogéneo, que corroboró la ocurrencia de las actividades ilícitas denunciadas, y la responsabilidad que en ellas le cupo al imputado Ríos, con el grado de certeza necesario exigido a todo veredicto de condena (conf. causas n° 6892, “Toledo, Marcos s/rec. de casación”, reg. n° 1128/06, de fecha 9 de octubre de 2006, n° 6907, “Calda, Cintia Laura s/rec. de casación”, reg. n° 1583, rta. el 27 de diciembre de 2006, n° 5605, “Ledesma Sánchez, Sergio Bernardo y otro s/rec. de casación”, reg. n° 876/07, de fecha 27 de junio de 2007 -de la Sala III de este Tribunal-, y n° 15197, “Taboada, Mathías Ezequiel s/rec. de casación”, reg. n° 20559 de la Sala II, de fecha 10 de octubre de 2012).

Como colofón de lo expuesto, se concluye tal como se anticipó, que el decisorio cuestionado, en lo que atañe a los tópicos señalados, aparece como la derivación lógica y razonada de las pruebas allí evaluadas, y la aplicación del derecho vigente al caso concreto, sin que las críticas esbozadas por el impugnante, logren conmovir lo resuelto como acto jurisdiccional válido (arts. 123, 398, 404 inc. 2°, 470 y 471 a contrario sensu del C.P.P.N.).

c) En tercer lugar, se debe observar que en la causa se verifica una situación muy particular, en lo que hace al quantum de la pena infligida al sindicado Ríos, que amerita un detenido y especial análisis, en atención a los principios de orden superior involucrados.

1- En forma preliminar, y abierta como ha sido la jurisdicción de esta Cámara, no puede dejar de señalarse que la sentencia en crisis, en lo que respecta a la determinación de la sanción impuesta, contiene un supuesto de arbitrariedad, al evaluarse como pauta agravante de la pena “la denuncia que da origen a la presente causa, la cual sindicaba al imputado como la persona que cometa el ilícito, como así también la circunstancia de haber pretendido eliminar la prueba al momento de producirse su detención.” - ver fs. 595-, dado que estos aspectos ya fueron tenidos en consideración por el tribunal, al momento de develar la actividad de comercio ilícito endilgada y catalogar la conducta en el citado precepto de la ley de estupefacientes. Ello, implica una doble valoración de los mismos ítems, en contravención directa al principio *ne bis in idem* (arts. 75 inc. 22 de la C.N.; 8: 4 de la C.A.D.H.; 14: 7 del P.I.D.C. y P.; y 1° del C.P.P.N.); yerro éste que de por sí, conduce a la invalidación parcial de lo decidido como acto jurisdiccional válido (arts. 123, 404 inc. 2° y 471 del C.P.P.N.).

2- Aclarado cuanto precede, y comenzando con el análisis de la temática abordada por las partes, empearé diciendo que sin desconocer la existencia del tope mínimo legal de cuatro años de prisión, que sería aplicable al caso (conf. art. 5°, inc. “c”, de la ley 23.737), encontramos aquí en primer lugar un escollo insuperable para que la judicatura fije tal monto de pena, toda vez que el acusador público, ha entendido que una sanción ajustada a las exclusivas circunstancias que toca decidir, teniendo en mira los principios rectores de proporcionalidad y culpabilidad, no debe superar los “tres años de prisión, cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso...” (fs. 687 vta./688 vta.); criterio éste, que es compartido por la defensa (fs. 690 vta./692).

No está demás recordar, que el arquetipo de enjuiciamiento penal diagramado por la Constitución, se corresponde con el denominado sistema acusatorio, tal como se desprende del análisis sistemático de su articulado (artículos 18 y 75 inciso 22 C.N.; 26 de la D.A.D.H., 10 y 11.1 de la D.U.D.H., 8.1 de la C.A.D.H. y 14.1 del P.I.D.C. y P.) y de las bases filosóficas, jurídicas y políticas que lo inspiraron, cobrando vigencia el adagio latino *nullum iudicium sine accusatione*; de modo que, los jueces no pueden expedirse más allá del límite fijado por el acusador.

En torno a los principios generales que ordenan esta materia, me remito para acotar, a los conceptos vertidos en las causas n° 4839, “Guzmán, José Marcelo s/ rec. de casación”, registro 101/2004, rta. el 11 de marzo de 2004, n° 4722, “Torres, Emilio Héctor s/rec. de casación”, registro 100/2004, rta. el 11 de marzo de 2004, n° 5617, “Pignato, Martín Mariano s/rec. de casación”, reg. n° 478/05, de fecha 13 de abril de 2005, n° 5624, “Alegre, Julio Domingo s/rec. de casación”, reg. n° 718/05, del 12 de septiembre de 2005, n° 5761, “Branca, Diego; Girini, Juan Carlos y Muñoz, Juan Manuel s/rec. de casación”, reg. n° 1078/05, rta. el 1° de diciembre de 2005, y n° 6068, “Balzola, Carlos Alberto s/rec. de casación”, reg. n° 1089/05, de fecha 2 de diciembre de 2005, todas de la Sala III, entre muchas otras).

Los criterios allí plasmados, resultan concordantes con los lineamientos sentados por los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y E. Raúl Zaffaroni in re “Amodio, Héctor Luis s/causa 5530” -Fallos: 330:2658-, “Fagundez, Héctor Oscar y otro s/causa n° 7035”, F.452.XLIII (voto compartido en este precedente con el Dr. Carlos S. Fayt), “Frías, Roque Francisco s/causa n° 6815”, F.127. XLIII, “Trinidad Noguera, Carlos Alberto s/causa n° 7313”, T.502.XLIII -los tres últimos de fecha 12 de agosto de 2008-, y “Fernández Alegría, Jorge s/ley 23.771 y 24.769 -causa 1977/04-”, F.1435.XLII, de fecha 2 de junio de 2009.

Ahora bien, además de lo señalado precedentemente, debo decir que coincido con las apreciaciones que formula el Dr. De Luca -reseñadas en el punto a)

del considerando III, y que no amerita aquí reiterar, puesto que teniendo en cuenta las particularísimas circunstancias verificadas en el caso, especialmente la escasa afectación al bien jurídico tutelado por la norma, el tope mínimo indicado, excede la medida de culpabilidad, en franca violación a los principios de proporcionalidad y de humanidad que proscriben la imposición de penas inhumanas, crueles e inhumanas.

Es oportuno recordar, algunas reflexiones que tuve ocasión de formular, al emitir mi voto en la causa n° 6501, "Tinganeli, Martín Daniel s/rec. de casación", reg. n° 297/06 de la Sala III, rta. el 17 de abril de 2006, donde sostuve, con cita de Zaffaroni que "El principio de culpabilidad es la expresión más acabada de exigencia de respeto a la persona. Puede subdividirse en dos principios: (a) exclusión de la imputación de un resultado por la mera causación de éste; y (b) prohibición de ejercicio del poder punitivo cuando no es exigible otra conducta adecuada al derecho.", que "El principio de irracionalidad mínima de la respuesta punitiva requiere que la pena guarde proporción con la magnitud del delito, lo que demanda cierta flexibilidad que posibilite su adecuación a cada caso concreto en el juicio de determinación.", y que el juez en su tarea de determinar el quantum de pena se ve involucrado en "un conjunto de presiones de distinto tipo. Quizás la más importante, y que afecta gravemente la función limitante de la respuesta punitiva sea la pulsión que ejercen las agencias políticas al elevar los mínimos penales a niveles que dificultan grandemente la tarea de cuantificación...de este modo se establecen aumentos irracionales y escalas penales de igual naturaleza...", bajo el pretexto de tranquilizar a la opinión pública, se presenta a la pena como un pretendido bien social que configura "uno de los grandes mitos de un ámbito del saber en el que predomina el prejuicio y la ignorancia." (Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, "Manual de Derecho Penal", Parte General, editorial Ediar, Buenos Aires, 2005, págs. 37, 120, 708 y 737).

También se marcó en el antecedente evocado, que la proporcionalidad en sentido estricto reclama "la limitación de la gravedad de la sanción en la medida del mal causado, sobre la base de la necesidad de adecuación de la pena al fin que ésta deba cumplir.", y que "El principio de proporcionalidad se asienta sobre dos presupuestos, uno formal, constituido por el principio de legalidad, y otro material, el principio de justificación teleológica. El primero exige que toda medida limitativa de derechos fundamentales se encuentre prevista por la ley...postulado básico para su legitimidad democrática y garantía de previsibilidad de la actuación de los poderes públicos. El segundo presupuesto...introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad de las intromisiones del Estado en la esfera de derechos de los ciudadanos los valores que trata de

salvaguardar la actuación de los poderes públicos y que precisan gozar de la fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores representados por los derechos fundamentales restringidos. El principio de proporcionalidad requiere que toda limitación de estos derechos tienda a la consecución de fines legítimos." (Nicolás González-Cuellar Serrano, "Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal", editorial Colex, Madrid, 1990, págs. 29 y 69).

Asimismo, se puntualizó allí que Bacigalupo, al estudiar el tema que nos ocupa, menciona que el Tribunal Constitucional Federal alemán señaló que "El valor justicia determina que la pena deba ser proporcionada a la gravedad del hecho y que ésta a su vez dependa de la reprochabilidad del autor...", y que de acuerdo a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional español, "se deduce que el principio de culpabilidad tiene una doble dimensión: actúa determinando los presupuestos de la pena y, además, en el marco de la individualización de la pena, es decir, tanto significa que no hay pena sin culpabilidad, como que la pena no puede superar la gravedad de la culpabilidad..." (Enrique Bacigalupo, "Principios constitucionales de derecho penal", editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 157/158).

Nuestra Carta Magna recepta estas directrices y consagra el principio de humanidad en su art. 18 al proscribir la imposición de todo tipo de tormentos y azotes, y también es receptado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con la prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles o inhumanos o degradantes (art. 5° de la D.U.D.H., 7° del P.I.D.C. y P. y 5° de la C.A.D.H.).

Si de proporción se trata entre la conducta que se reprocha y la respuesta penal correspondiente, se debe tener especialmente en consideración al momento de decidir, insisto en esto, que el Sr. Fiscal General, Dr. De Luca, destacó que el encartado Ríos no pertenece a una organización dedicada al tráfico de narcóticos con gran capacidad operativa, sino que comercializaba estupefacientes en forma solitaria y en pequeñas cantidades, que se trataba de marihuana y no de otra sustancia de mayor poder adictivo y lesivo para la salud, y que la cantidad de droga secuestrada no sólo es extremadamente escasa, sino que su concentración de THC no superaba el 3%; por tales razones, consideró que la sanción a imponer, no debe superar los tres años de prisión.

Cabe señalar que "los mínimos no sólo pueden resultar problemáticos por razones estrictas de la culpabilidad, sino que también pueden resultar excesivos en atención a lo que constituye el soporte de la culpabilidad, es decir, al injusto, por cuanto éste -sin que sea insignificante- puede resultar inferior a la entidad que demanda una pena conforme al mínimo de la escala." (Raúl Eugenio Zaffaroni, ob. cit., pág. 741).

En tales condiciones, queda claramente evidenciado el desmesurado monto punitivo de cuatro años de prisión aquí controvertido, de acuerdo a los baremos consignados por el acusador público para fijar el límite de pena, en atención a la escasa lesión al bien jurídico tutelado por el referido precepto de la ley 23.737.

En la línea de pensamiento que se viene trazando, debemos decir que si bien “los límites mínimos de las escalas legislativas penales...”, “tienen valor de regla general...no significa que los tribunales deban respetarlos cuando fuentes de superior jerarquía...señalen que el mínimo es irracional en el caso concreto. Por ello, lo correcto es asignarles valor indicativo, que opera cuando el mínimo de la escala legal no se topa en el caso concreto con los otros parámetros legales de mayor jerarquía, en cuyo supuesto corresponde reducirlos hasta compatibilizar la pena con éstos.” (conf. Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, “Derecho Penal, Parte General”, editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, segunda edición, fs. 995/996).

En este tren de ideas, Juliano sostiene que “la culpabilidad por el acto constituye el límite de la sanción imponible, el individuo no puede ser sometido a innecesarias severidades...”, y que “los topes establecidos por el legislador en modo alguno pueden contradecir principios rectores de una justicia democrática y republicana, como lo son los de lesividad, proporcionalidad, humanidad, de buena fe y pro homine;”, de modo que “el proceso de criminalización se torna irracional cuando la afectación de derechos que supone la imposición de la pena no se corresponde con la lesión infringida al bien jurídico, por lo que la sanción en modo alguno puede superar dicho valladar.” (conf. Mario A. Juliano, “La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales”, publicado en “Pensamiento Penal del Sur”, tomo 1, directores académicos, Eugenio Raúl Zaffaroni, Stella Maris Martínez, Luis Fernando Niño y Gustavo Luis Vitale, editor, Fabián L. Di Plácido, Buenos Aires, 2004, págs. 485/503).

Este concepto de cualidad indicativa de los mínimos legales que venimos observando, también es compartido por Devoto y García Fagés, al afirmar que “la inexorabilidad de los mínimos de las escalas penales es incompatible con el estado de derecho vigente.”, en tanto que, los límites rígidos, entre otras cosas, “impiden cumplir mínimamente con el fin asignado a la pena de prisión...porque una pena fijada de antemano, aun sobre la base de la culpabilidad y el daño causado, no alcanza a conciliarse con los objetivos de reinserción social.”; y que, en definitiva, “el mínimo rígido, en numerosos casos, conduce a lesionar los principios superiores de culpabilidad, proporcionalidad y humanidad de las penas. Y el corsé impuesto a los jueces...conlleva la neutralización de su función esencial: la adecuación de la ley al caso concreto y el aseguramiento de la vigencia de los derechos constitucionales.” (conf. Eleonora

Devoto y Mercedes García Fagés, “De los mínimos de las escalas penales y la irracionalidad de las respuestas punitivas”, publicado en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, tomo 11/2007, directores, Andrés J. D’Alessio y Pedro J. Bertolino, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, págs. 2172/2179).

En síntesis, considero que en las especialísimas condiciones verificadas en el caso, y teniendo puntualmente en cuenta que el órgano encargado de la acusación, delimitó los parámetros en virtud de los cuales entendió que un grado de reproche respetuoso de los principios de orden superior observados, no debe exceder de una pena de tres años de prisión, cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso, corresponde determinar una nueva sanción, que no podrá bajo ningún concepto, superar el límite trazado por el representante de la vindicta pública, so riesgo de violentar notablemente el sistema de garantías que nos rige.

Para tal cometido, a fin de preservar el derecho al recurso, y a efectos de evitar cualquier mácula de imparcialidad en el juzgador, entiendo que se deberá apartar al tribunal de origen y desinsacular uno habilitado el que, previa audiencia de partes, determine la nueva sanción, en condiciones de ser correctamente individualizada, atendiendo a todo lo dicho y conforme las pautas de dosimetría consignadas en los arts. 40 y 41 del código sustantivo.

Amerita aquí recordar, aunque pueda resultar sobreadundante marcarlo, que en razón de la posición adoptada por el Sr. Fiscal General, Dr. De Luca, se deberá tener especialmente en cuenta, en ocasión de celebrarse dicha audiencia, la unidad de acción que rige la actuación del Ministerio Público Fiscal, de conformidad con lo establecido en el art. 1 de la ley 24.946, a fin de evitar la existencia de dictámenes disímiles, sobre el mismo tema que posteriormente se deberá decidir.

Por todo ello, propongo al acuerdo: I) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación incoado por la defensa, sin costas; II) Anular parcialmente la sentencia examinada, solamente en lo que atañe a la determinación de la sanción impuesta al encartado Ríos; III) Apartar al tribunal de origen; y IV) Remitir la causa al Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº 2 de Córdoba, para que tome razón de lo decidido, y para que por ante quien corresponda, se desinsacule un tribunal habilitado, a los fines supra precisados (arts. 18 y 75 inciso 22 C.N.; 26 de la D.A.D.D.H.; 5, 10 y 11.1 de la D.U.D.H.; 5, 8.1 y 4 de la C.A.D.H.; 7 y 14.1 y 7 del P.I.D.C. y P.; 1º, 123, 173, 404 inc. 2º, 470, 471, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

El señor juez doctor *Pedro R. David* dijo:

Que adhiero a lo expuesto por la doctora Ledesma en el punto IV b de su voto.

Por otra parte, manifestaré brevemente mi disidencia con lo que expusiera la colega en el ítem IV c, postulando el rechazo del recurso interpuesto.

Desde un inicio vale aclarar que entiendo que no me encuentro atado a lo dictaminado por el representante del Ministerio Público Fiscal en esta instancia.

En efecto, llevo dicho que la potestad jurisdiccional de individualizar la pena a imponer a un condenado no debe interpretarse como limitada por aquella sanción solicitada por el acusador público y que el hecho de que el sentenciante haya aplicado una sanción más gravosa que la solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal no implica una violación a las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso, consagradas por el artículo 18 de la Constitución Nacional. Sin duda alguna, el Ministerio Público es el titular de la acción penal y es quien tiene el deber de provocar y requerir la actuación de la ley, pero le compete al tribunal declarar cuál es la voluntad de esa ley en el caso concreto sometido a juicio (confr.: esta Sala in re: "Ramírez, Norma Susana s/ recurso de casación", causa n° 6533, reg. n° 9040, rta. el 21 de septiembre de 2006, entre otras).

Por lo demás, no encuentro atendibles los planteos del fiscal y la defensa relativos a flexibilizar, en el caso concreto de Mauricio David Ríos, el mínimo previsto para el tipo penal de comercialización de estupefacientes (art. 5°, inc. "c" de la ley 23.737).

Ello así, puesto que las pautas que brinda el representante de la vindicta pública no resultan pertinentes para dejar de lado la cuantificación del injusto que, con la imposición de la escala penal, ha realizado el legislador.

En efecto, el hecho de que Ríos no pertenezca "a una organización dedicada al tráfico de narcóticos con capacidad operativa, técnica y/o económica", en verdad no resulta conducente para la disminución del mínimo previsto por el art. 5, inc. c de la ley 23.737.

Ello es así, por cuanto el tipo penal que se le ha endilgado al condenado, resulta ser el básico en la cadena de comercialización, y en la estructura normativa se ha previsto precisamente la pertenencia a una organización como agravante de éste -art. 11, inc. c de la ley 23.737-.

En esa inteligencia, habiendo dispuesto el legislador que la pertenencia a una organización delictiva resulta un elemento agravante de la conducta prevista en el art. 5°, inc. c de la ley de estupefacientes, se advierte que en este último tipo penal precisamente la construcción del injusto parte del supuesto de no pertenencia a una organización. Con lo que en definitiva, la venta "en forma solitaria" y al menudeo, resulta ser parte de las circunstancias que ya ha tomado en cuenta el legislador al momento de establecer la escala penal específica

correspondiente al delito de comercialización de estupefacientes.

Por lo demás, el resto de las pautas -escasa cantidad de estupefaciente y situación social, cultural y familiar del imputado, etc.- ya fueron meritadas por el tribunal al momento de imponer como pena el mínimo que posibilitaba la escala penal; sin que se advierta tal quantum punitivo como desproporcionado en relación al injusto atribuido; ni violatorio del principio de culpabilidad por el hecho; ni una inequidad manifiesta.

Tal es mi voto.

El señor juez doctor *Alejandro W. Slokar* dijo:

Que adhiere en lo sustancial y comparte la solución propuesta por la jueza Ledesma, respecto de los agravios formulados por la defensa en relación a la valoración de la prueba -punto IV.b-.

Luego, sobre el cuestionamiento de la aplicación del monto mínimo de pena esbozado por la defensa, abordado en el voto que antecede en el punto IV.c, por imperio del principio acusatorio corresponde ceñirse al pedido articulado por el representante del Ministerio Público Fiscal en esta instancia (fs. 686/688) (vid. mi voto en la causa 12.945, "Saavedra, Juan Carlos y otro s/recurso de casación", rta: 09/02/2012, reg: 19.656).

En consecuencia, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso y anular parcialmente la sentencia, apartar al tribunal de origen y remitir la causa para que un nuevo tribunal, previa audiencia, resuelva conforme la doctrina sentada.

Así vota.

En virtud del resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal por mayoría resuelve:

Hacer lugar parcialmente al recurso de casación incoado por la defensa, solamente en lo que atañe a la determinación de la sanción impuesta a Mauricio David Ríos, sin costas, y anular parcialmente el punto dispositivo I de la sentencia recurrida respecto de la pena allí consignada.

En consecuencia, apartar al Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de Córdoba y devolver las actuaciones para que tome razón de lo resuelto, y disponga lo necesario para que por quien corresponda se desinsacule el nuevo tribunal que, previa audiencia de partes, deberá determinar la pena a imponer al imputado Ríos, de conformidad con la doctrina aquí sentada (arts. 173, 471, 530 y 531 CPPN).

Regístrese, hágase saber y cúmplase con la remisión ordenada, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Alejandro W. Slokar*. — *Angela E. Ledesma*. — *Pedro R. David*.

Tentativa inidónea

POR JORGE ALBERTO DIEGUES

I. Principios generales

1. Para que se verifique la concurrencia de una tentativa inidónea los medios de ejecución empleados por el autor deben resultar absolutamente inidóneos para realizar la conducta típica y deben representar un comportamiento del cual puede valorarse, *ex ante*, su absoluta incapacidad para la obtención del fin perseguido.

CNCrim.Corr., sala IV, Cannavo, Martín, 31/07/2012.

2. La tentativa inidónea designa un comportamiento del cual se puede valorar, *ex ante*, su absoluta incapacidad para realizar la conducta típica y, eventualmente, lograr el resultado.

CNCrim.Corr., sala IV, Hermida, Gustavo A, 5/11/2009.

3. En la tentativa inidónea hay afectación de bien jurídico tutelado al igual que en la tentativa idónea; la diferencia que media entre ambas es que en la tentativa inidónea es menor la afectación por la notoria inidoneidad del medio, por ello la perturbación se puede sufrir y nadie está obligado a soportar conductas que tiendan a lesionar sus bienes jurídicos.

CNCrim.Corr., sala I, Orieta, Diego O., 13/05/2008.

II. Casuística

i) Estafa y administración fraudulenta

4. Debe confirmarse el procesamiento en orden al delito de estafa en grado de tentativa a quien intentó retirar una gran cantidad de mercaderías solicitada telefónica y electrónicamente pagando con un cheque cuya numeración coincidía con la del cartular entregado un mes antes, cuyo cobro fue rechazado toda vez que la conducta endilgada no resulta una tentativa inidónea en tanto la falta de consumación del suceso no se debió a la inep-

titud del medio escogido por los imputados para lograr el fin propuesto sino a un factor totalmente externo, como lo fue el aviso dado por un colega de la empresa que había resultado víctima de un hecho ilícito con idéntico *modus operandi*.

CNCrim.Corr., sala IV, Apolito, Alfredo A. y otro, 27/04/2012.

5. En una causa en la cual se investiga la presunta comisión del delito de administración fraudulenta por parte de un *croupier* que habría intentado sustraer una ficha de casino, debe revocarse el auto que sobreseyó al imputado por considerar que su conducta había constituido una tentativa inidónea en virtud de las exhaustivas medidas de seguridad existentes en el lugar del hecho, ya que la existencia de cámaras de vigilancia y personal de seguridad no torna imposible el accionar típico que intentó llevar a cabo el encartado, sino que tal sistema de control tiene por fin detectar la comisión de delitos y evitar su impunidad.

CNCrim.Corr., sala IV, Castro, Cristián David s/sobreseimiento, 10/06/2009, Sup. Penal 2009 (setiembre), 73, LA LEY, 2009-E, 523.

6. Resulta improcedente subsumir dentro de las previsiones de la tentativa inidónea —artículo 44 *in fine*, Código Penal— la conducta de quien intentó desapoderar el patrimonio de una firma concursada mediante la presentación ante una entidad financiera de un documento de identidad falso, pues los medios elegidos por el imputado son aptos para realizar el delito de estafa, sin que obste a ello el hecho de que un experimentado empleado del banco haya advertido la maniobra.

CNCas., sala III, García, Hugo Amadeo s/rec. de casación, 04/10/2007, LA LEY, 2008-B, 103, Sup. Penal 2008 (febrero), 42.

7. Debe confirmarse el auto de procesamiento dictado respecto del delito de tentativa inidónea de hurto —en el caso, en concurso real con el delito de estafas reiteradas— si se encuentra acre-

ditado que el acusado intentó extraer dinero en distintos cajeros automáticos y que no pudo concretar las maniobras debido al desconocimiento de las claves respectivas.

CNCrim.Corr., sala I, Galloso, Raúl V., 14/09/2006, La Ley Online.

8. Debe confirmarse el procesamiento con prisión preventiva del imputado como partícipe necesario del delito de falsificación en concurso real con tentativa de estafa conforme a los arts. 292 párr. 2° y 172 del Cód. Penal, en tanto mediante la utilización de un documento de identidad falso —para cuya confección él mismo habría entregado una fotografía de su persona— intentó realizar una compra con una tarjeta de crédito que tenía pedido de retención, toda vez que la conducta endilgada no resulta una tentativa inidónea en tanto ni el medio utilizado, ni el autor o el objeto pudo haber frustrado el ardid.

CFedCrimCorr., sala I, Valenti, Guillermo, 15/04/2004, LA LEY 02/08/2004, 7.

ii) Estupeficientes

9. El transporte de la droga realizado por el agente que desconocía totalmente que accionaba controlado desde el inicio por la prevención policial y que su intento conduciría inevitablemente a la frustración, no constituye un supuesto de tentativa inidónea, pues tanto el accionar desplegado por los imputados como los medios utilizados fueron lo suficientemente idóneos como para lograr el transporte ilegal que se habían propuesto de antemano, resultando finalmente desbaratados los actos de tráfico ilegal por la eficaz intervención policial en legítimo ejercicio de sus tareas específicas.

CNCas., sala I, Villaroel Tapia, Francisco y otros s/recurso de casación, 30/11/2009.

10. La forma en que se habría acondicionado la sustancia estupefaciente, en las bases de juegos de rompecabezas y en un banderín, resultaba en principio idónea para ocultarla de las autoridades aduaneras, y el peso, sin perjuicio de que habría llamado la atención de la guarda de aduana, no resultaba tan significativo como para afirmar que el medio elegido *ex ante* carece en absoluto de idoneidad para consumir el hecho —en el caso, se confirmó el procesamiento del acusado por

el delito de contrabando agravado, en grado de tentativa—, o que se trate de una grosera inadecuación de los pretendidos medios a los fines, observable por cualquier tercero, que se requiere para calificar el caso como atípico por falta de un medio idóneo.

CNPe., sala B, Ayos, Marcelo Gastón, 11/04/2008, La Ley Online.

11. Cabe procesar como autor del delito de contrabando de exportación de estupeficientes en grado de tentativa a quien despachó equipaje que contenía oculto en su interior material estupefaciente y no pudo abordar a tiempo su vuelo, pues siendo que el art. 60 inc. 2 del reglamento 1001/82 permite que el equipaje pueda ser transportado sin el pasajero, no se trata de un supuesto de tentativa inidónea.

CNPe., sala B, González Pinto, Miguel A., 01/11/2006, La Ley Online.

iii) Extorsión

12. Debe confirmarse el procesamiento del imputado en orden al delito de extorsión a quien con la exigencia de dinero simulando tener a un pariente secuestrado, pues si bien el rescate fue pagado, fue la intervención de personal policial junto con la aparición del secuestrado, luego de cuarenta y cinco minutos de negociación y con posterioridad a la exigencia formulada, lo que impidió la consumación del delito, lo que se presenta como una circunstancia extraña a la voluntad de sus autores que obstó a que el hecho pudiera alcanzar consumación.

CNCrim.Corr., sala IV, Sarabia Quispe, Ketty M., 18/05/2011.

iv) Homicidio

13. Es procedente subsumir la conducta del imputado dentro de las previsiones de la tentativa inidónea —art. 44 *in fine*, Cód. Penal— pues considerando *ex ante* el instrumento filoso que empleó para efectuar un corte en el cuello de la víctima éste era idóneo y por tanto apto para poner en peligro la vida, pero analizado *ex post*, dada la forma notoriamente defectuosa con la que lo usó —escasa profundidad del corte y posición corporal del damnificado— se infiere la “imposibilidad” de

consumación entendida como el bajo grado de probabilidad de lesión del bien jurídico vida.

TOC Nro. 7 de la Capital Federal, Martínez, Ambrosio L., 04/07/2001, LA LEY, 2001-F, 206, DJ 2002-1, 74.

v) Robos y hurtos

14. Toda vez que la falta de consumación del delito de robo de automotor se debió a la oportuna intervención de un agente policial, y que del informe técnico correspondiente no surge que la llave secuestrada al imputado fuera inapta para lograr la apertura de la puerta del rodado, debe concluirse que no se está ante un supuesto de tentativa inidónea.

CNCrim.Corr., sala IV, Murguía, Gonzalo Mauricio, 19/05/2010, La Ley Online.

15. Es improcedente considerar la existencia de tentativa inidónea por parte de quien se halla imputado por el robo de un automóvil, pues si bien el vehículo sustraído contaba con un sistema de seguimiento satelital que se había activado —el cual le permitió al empleado de la empresa de rastreo localizar el automóvil— ese sistema lo que permite es la ubicación del automóvil, pero

en modo alguno impide o torna imposible la consumación del ilícito.

CNCas., sala I, Aguilar, Ramón Maximiliano s/ recurso de casación, 19/03/2010.

16. La inexistencia de bienes en el interior del inmueble cuya puerta habría intentado violentar el imputado pone de manifiesto la existencia de un supuesto de tentativa inidónea de robo, pues el apoderamiento de algún objeto era utópico.

CNCrim.Corr., sala V, Saavedra, Héctor A., 23/10/2003, LA LEY 12/11/2004, 6.

17. Si la motocicleta de la cual se trató de apoderar el imputado se encontraba asegurada con una cadena que sujetaba la rueda al asiento, resultaba materialmente imposible llevar a cabo con éxito el delito de robo y careció de aptitud para poner en peligro el bien jurídico tutelado por la ley penal, constituyéndose en una tentativa de delito imposible.

TOC Nro. 14 de la Capital Federal, Blanco, Sebastián R., 08/03/2000, LA LEY, 2000-D, 299, DJ, 2002-2, 1064, Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Penal y Procesal Penal - Director: Andrés José D'Alessio - Editorial LA LEY, 2005, 154 con nota de Elizabeth A. Marum. ♦

.....

CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

Desaparición forzada de personas. Imprescriptibilidad. Principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa. Vinculatoriedad de los precedentes de los órganos interamericanos. Disidencia.

1. — Corresponde hacer lugar parcialmente a la excepción de inconstitucionalidad opuesta y declarar inconstitucionales e inaplicables a los excepcionantes los arts. 2 y 3 de la Ley N° 18.831, desestimando por unanimidad, la pretensión declarativa movilizada respecto del art. 1 de dicha Ley, sin especial condenación procesal en cuanto, los arts. 2 y 3 al establecer el primero que no se computarán plazos de prescripción ya transcurridos y el segundo al disponer, en forma retroactiva, que a la naturaleza original del tipo penal se adicionará el carácter de “crímenes de lesa humanidad”,

provocando como consecuencia su imposibilidad de extinción, vulneran ostensiblemente el principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa y con ello los principios y reglas constitucionales recogidos en los artículos 10 y 72 de la Constitución Nacional.

2. — Procede rechazar la excepción de inconstitucionalidad respecto de los artículos 2 y 3 de la Ley No. 18.831 en primer lugar, porque no se aplican en el caso de autos, segundo porque no resultan inconstitucionales al no constituir innovación en el ordenamiento jurídico internacional, en la medida que, como lo ha sostenido la Corporación en anteriores oportunidades, los Tratados de Derecho Internacional aplicables consagran determinados principios que hacen a la protección de los Derechos Humanos en su integralidad, situación jurídica con raigambre constitucional para el Uruguay en virtud de lo establecido en el art. 239 Nral. 1 de la Constitución de la República. Además el

La Suprema Corte de Uruguay decreta la inconstitucionalidad de la ley de imprescriptibilidad y niega la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

POR MARCELO FERREIRA

Sumario: a) Los hechos relevantes.— b) Los fundamentos.— c) Conclusión.

a) Los hechos relevantes

La Suprema Corte de Uruguay, en autos “M.L.J.F.F.O. - Denuncia - Excepción de inconstitucionalidad arts. 1º, 2º y 3º de la ley 18.831” de 22 de febrero de 2013, decretó la inconstitucionalidad de los arts. 2º y 3 de la Ley nro. 18.831, que establecían la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura. Se trató

de un recurso de inconstitucionalidad presentado por los coroneles Ruyard Sciosia y Mario Cola (que en la sentencia son referidos por sus iniciales), imputados por torturas y desapariciones forzadas.

Los hechos relevantes en relación al caso son los siguientes:

El 17 de diciembre de 1985 Uruguay aprobó por Ley 15.798 la “Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes”.

El 22 de diciembre de 1986 el Congreso Uruguayo dictó la ley 15.848 de Caducidad de Pretensión Punitiva del Estado, que clausuró toda posibilidad de investigar los delitos cometidos por la dictadura hasta el 1 de marzo de 1985. El art. 1º de la ley estableció: “Reconócese que, como consecuencia lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado...”

El 19 de octubre de 1989 se interpuso un recurso de referéndum contra la Ley de Caducidad, que no fue aprobado por la ciudadanía uruguaya, en tanto el 42,4% de los votantes se pronunció a favor y el resto en contra.

artículo 3 admite interpretación conforme a la Constitución, los delitos del art. 1 son crímenes de lesa humanidad “de conformidad con los tratados internacionales en que la República es parte” y corresponde al intérprete y no al tribunal de constitucionalidad, determinar si los hechos investigados integran el elenco del art. 3, de los delitos de lesa humanidad por encontrarse en los tratados firmados por la República (del voto disorde del Dr. Pérez Manrique).

3. — Teniendo en cuenta que como lo expresara la Corte en Sentencia No. 365/2009 “... las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del Art. 72, por tratarse de derechos inherentes

a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos...”, corresponde señalar que nuestro ordenamiento constitucional y legal no instituyen un deber de las autoridades judiciales de la República Oriental del Uruguay de considerar como precedentes vinculantes los fallos de los órganos interamericanos.

4. — El delito de Desaparición Forzada, fue creado por el artículo 21 de la Ley No. 18.026, de fecha 25 de setiembre de 2006, es decir que al no existir la norma al momento de ejecutarse los hechos a juzgar, no corresponde su aplicación en forma retroactiva, pues ello resultaría en franca vulneración a lo dispuesto en el art. 15 inc. 1 del Código Penal y a los pilares básicos

El 13 de noviembre de 1995 Uruguay aprobó por ley 16.724 la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”, cuyo art. 7º establece que “La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetos a prescripción”.

El 13 de junio de 2001 Uruguay aprobó por Ley 17.347 la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”, adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968.

El 27 de junio de 2002, mediante la Ley N° 17.510, se aprobó el Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998 y suscrito el 19 de diciembre de 2000.

El 25 de setiembre de 2006 se dictó la ley 18.026, que en su Título II estableció una serie de crímenes considerados de lesa humanidad -entre ellos el de Desaparición Forzada en su art. 21-, y consagró la imprescriptibilidad en el art. 7º.

El 19 de octubre de 2009 la Suprema Corte de Justicia de Uruguay decretó la inconstitucionalidad de la Ley de Caducidad en el caso *Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela*, en el que estableció que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la

ley”. Esta jurisprudencia fue ratificada en el caso *Organización de los Derechos Humanos*, de 29 de octubre de 2010.

El 25 de octubre de 2009 se sometió a consideración de la ciudadanía un proyecto de reforma constitucional mediante el mecanismo de “iniciativa popular”, por el cual se introduciría en la Constitución una disposición especial que declararían nula la Ley de Caducidad, propuesta que alcanzó el 47,7% de los votos y por tanto fue rechazada (1).

(1) Creo que no es correcto afirmar simplemente que el pueblo uruguayo ratificó la Ley de Caducidad en dos oportunidades, ni que su anulación implique el desconocimiento de la voluntad popular, porque la expresión del pueblo estuvo condicionada por el miedo. En este sentido, Alberto Pérez Pérez afirmó que “Yo fui miembro de la comisión pro referéndum en 1989. No logramos convencer a la mayoría porque existía un temor de que los militares volvieran o reaccionaran, fue muy próximo a la vuelta a la democracia... En 2009 no hubo ratificación de la ley. No se pidió que se votara a favor o en contra, sino que se preguntaba si el pueblo quería anular la norma vía una reforma constitucional. No se alcanzó para el 50 más uno de los votos” (“Página 12”, 28 de octubre de 2011). Además, creo que la protección de los derechos humanos no es una cuestión plebiscitable, y así lo entendió la Corte Interamericana en el Caso *Gelman*: “La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia -recurso de referéndum (párrafo 2 del art. 79 de la Constitución de Uruguay) en 1989, y plebiscito (literal A del artículo 331 de la Constitución del Uruguay), sobre un proyecto de reforma constitucional por el que se habrían declarado nulos los artículos 1º a 4º de la Ley, el 25 de octubre del año 2009, se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la

en que se fundan los principios que rigen el Derecho Penal.

5. — A partir de la reforma del art. 113 del C.P.P., el indagado tiene un interés con las características exigidas por la Carta para movilizar el recurso, el cual según la norma constitucional puede, por vía de excepción, oponerse en “cualquier procedimiento judicial” (art. 258.2 Constitución) (del voto disorde del Dr. Pérez Manrique).

SC Uruguay, 2013/02/22. - M. L., J. F. F., O. - Denuncia - Excepción de inconstitucionalidad arts. 1, 2 y 3 de la ley 18.831.

[Cita on line: UY/JUR/3/2013]



CONTEXTO NORMATIVO DEL FALLO

Arts. 7, 10 inc. 2, 23, 72, 82, 256 a 259 de la Constitución de la República. Art. 509 del Código General del Proceso. Art. 15 inc. I del Código Penal. Arts. 1, 2 y 3 de la ley N° 18.831. Ley 15.848. Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada en San José, Costa Rica. Arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados Pactos de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos, y su Protocolo Facultativo Estatuto de Roma (Corte Penal Internacional). Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

El 24 de febrero de 2011 la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció en el Caso *Gelman* que “la Ley de Caducidad carece de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas,

responsabilidad internacional de aquél”. En términos del fallo “El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede legitimidad ante el Derecho Internacional... La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos... en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías”. Sin embargo, la opinión que postula la legitimidad democrática de los mentados plebiscito y referéndum es corriente en vastos sectores políticos uruguayos, al punto que los expresidentes Julio Sanguinetti, Luis Lacalle y Jorge Batlle denunciaron en forma conjunta que las críticas del oficialismo a la Suprema Corte por el fallo que analizamos implica el “retorno de actitudes antidemocráticas”. Y ese pensamiento también encuentra eco en juristas argentinos. Así, por ejemplo, Roberto Gargarella sostuvo en relación al Caso *Gelman* que “Superficialmente y -de modo literal- en diez renglones, la Corte despacha los dos plebiscitos que, en Uruguay, dieron respaldo popular a la Ley de Caducidad”, y que la decisión de la Corte en el sentido de que “la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aun ratificada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede automáticamente ni por sí sola legitimidad ante el Derecho Internacional”, es un juicio “gravemente equivocado”, e implica “banalizar la idea de democracia” (“5 Comentarios sobre la decisión de la Corte Interamericana en *Gelman*”, en Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política -seminariogargarella.blogspot.com).

en cuanto puede impedir la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos...”; y que “el Estado deberá asegurar que aquélla no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay”.

El 20 de mayo de 2011 el Congreso Uruguayo decidió no anular la Ley de Caducidad. El Frente Amplio no logró los cincuenta votos necesarios para aprobar la iniciativa y la votación se saldó con un empate 49 a 49.

El 27 de octubre de 2011 el Congreso dictó la ley 18.831 -llamada Ley Interpretativa de la Ley de Caducidad-, que establece:

“Artículo 1º. Se restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1º de la Ley N° 15.848, de 22 de diciembre de 1986.

Artículo 2º. No se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley, para los delitos a que refiere el artículo 1º de esta ley.

Artículo 3º. Declárase que, los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de



JURISPRUDENCIA VINCULADA

Juzgado Letrado en lo Penal de 2° Turno, sentencia 2278/2011 de fecha 27/10/2011 (Salazar), Revista La Ley Uruguay, Tomo 2012-1, 90, cita online UY/JUR/651/2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 24/02/2011 (García-Sayán, Franco, Ventura, Mamulay, Blondet, Vio Grossi), Revista La Ley Uruguay, Tomo 2011-7, 940, cita online UY/JUR/31/2011.

Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 7° Turno, sentencia de fecha 01/12/2010 (Mota), Revista La Ley Uruguay, Tomo 2011-6, 867, cita online UY/JUR/758/2010.

Juzgado Letrado en lo Penal de 19° Turno, sentencia n° 1013/2006 de fecha 11/09/2006 (Charles), LJU CASO 15323, Revista La Justicia Uruguaya, Tomo 134, página J-205, cita online UY/JUR/243/2006.

Tribunal de Apelaciones en lo Penal del 1° Turno, sentencia 250/2011 de fecha 28/07/2011 (Reyes, Damasco, Torres), Revista La Ley Uruguay, Tomo 2011-10, 1437, cita online UY/JUR/315/2011.

Sentencia No. 20

Montevideo, 22 de febrero de 2013.

Vistos: Para sentencia estos autos caratulados: "M. L., J. F. F., O. - denuncia - excepción de inconstitucionalidad arts. 1, 2 y 3 de la ley N° 18.831", IUE 2-109971/2011.

lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte".

Finalmente, con fecha 22 de febrero de 2013 la Suprema Corte dictó el fallo bajo análisis.

b) Los fundamentos

La Suprema Corte Uruguaya sentó la conclusión del Fallo en su primer considerando: "(I) La Suprema Corte de Justicia, por mayoría, hará lugar, parcialmente, a la excepción opuesta y en su mérito declarará inconstitucionales, y por ende inaplicables a los excepcionantes, los artículos 2° y 3° de la Ley No. 18.831".

La sustancia jurídica del decisorio se cimentó en citas de documentos antiguos y de doctrina y jurisprudencia argentina. Pero no la vastísima jurisprudencia que en nuestro país sentó la nulidad de las leyes de impunidad, la inconstitucionalidad de los indultos, y la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad (2), ni los autores

(2) La respuesta jurídica institucional que permitió derribar el vallado jurídico de impunidad en la Argentina se operó mediante tres fallos judiciales, que abrieron el cauce para los otros juicios: "Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc." (14/6/2005), "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros" (24/8/2004), y "Mazzeo, Julio Lilio y otros, s/rec. de casación e inconstitucionalidad" (13/7/2007). En "Simón, Julio Héctor y otros, s/privación ilegítima de la libertad, etc.", la Corte decretó la nulidad de las llamadas leyes de obediencia debida y punto final, caracterizándolas como "leyes de impunidad". En "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro

que en memorables páginas comentaron esos pronunciamientos, sino que abreva en un autor que en minoría propugna la inaplicabilidad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a los tribunales nacionales, y en una cita de Fayt en el caso *Arancibia Clavel*, también en situación minoritaria.

Sentado ello, las líneas argumentales del Fallo son dos: 1. No obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno, 2. Irretroactividad de la ley penal, particularmente de las normas sobre prescripción y el delito de desaparición forzada de personas. A continuación analizaremos dichos argumentos.

b.1. No obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno:

El Tribunal comienza el desarrollo en el considerando III.a con una declaración de principio. Afirma textualmente que "No cabe duda que las sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son actos jurisdiccionales producidos por dicho órgano internacional, cuya jurisdicción y competencia ha sido reconocida expresamente por Uruguay, en el momento del

s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros", se consagró la imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad, lo que permitió el juzgamiento de delitos que de otro modo estarían prescriptos. Finalmente, en el fallo "Mazzeo, Julio Lilio y otros, s/rec. de casación e inconstitucionalidad", la Corte decretó la inconstitucionalidad de los indultos de Menem.

Resultando:

1) En autos sustanciados ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 2do. Turno, comparecieron los Coroneles R. R. S. S. y M. C., promoviendo por vía de excepción la declaración de inconstitucionalidad de lo dispuesto en la Ley No. 18.831, y en especial sus artículos 1, 2 y 3 (fs. 464/470 vto.).

En apoyo de su pretensión declarativa desarrollan argumentos que pueden resumirse en lo siguiente:

- En cuanto a la legitimación activa, sostienen que han solicitado la clausura y archivo de estas actuaciones en mérito a que ha operado la prescripción del supuesto delito que se investiga. Por Decreto No. 1110/2012, de fecha 31 de mayo de 2012, se denegó la solicitud, basándose entre otros fundamentos, en lo

dispuesto por la Ley No. 18.831. Por ello, es de toda evidencia que la entrada en vigor de la Ley No. 18.831 ha habilitado la iniciación (o la reanudación o prosecución, según sea el caso) de estos procedimientos presumariales, en los que han sido citados en calidad de indagados. Ello conlleva la posibilidad de ser eventualmente procesados y condenados por el delito que en estos obrados se investiga.

En consecuencia, afirman que es innegable que ostentan la titularidad de un interés directo, personal y legítimo, que les habilita para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de las normas cuestionadas.

- Con relación al artículo 1 de la Ley No. 18.831, surge evidente que, dados sus efectos retroactivos, el mismo va más allá de una derogación tácita de la Ley No.

depósito del instrumento de ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se deriva de ello que -en observancia de su obligación internacional- nuestro país, como Estado condenado, debe proceder de buena fe a dar cumplimiento a lo dictaminado por dicha Corte. Todo el desarrollo posterior consiste en la negociación de ese principio.

En efecto, la Corte afirma que:

- “Es preciso señalar, ante todo, que ninguna disposición de la CADH establece que la jurisprudencia sentada en las sentencias u opiniones consultivas de la Corte IDH o en los informes de la Com.IDH sea obligatoria para las autoridades nacionales. El art. 68.1 CADH, que establece que ‘los Estados partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes’, no se refiere a la jurisprudencia sino a la parte resolutoria de la sentencia o resolución de la Corte IDH. Por ello, en la CADH no puede encontrarse el fundamento de un deber de derecho internacional de seguir la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano (Ezequiel Malarino, ‘Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de Derechos Humanos para los Tribunales Nacionales’, publicado en ‘Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional’, Tomo II, 2011, Konrad Adenauer Stiftung, págs. 427/428)”.

- “Como señala Sagüés ‘... el talón de Aquiles de la doctrina del control de convencionalidad es que

un Estado (esto es, en particular sus jueces) o, en términos generales, todos los Estados adscriptos al sistema interamericano de derechos humanos, pueden verse vinculados por una jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vertida en un procedimiento en que no fueron parte, y por tanto, donde tampoco fueron oídos’ (‘Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano’, en ‘El Estado de Derecho hoy en América Latina’, KAS, págs. 21-29)”.

- “Corresponde señalar que nuestro ordenamiento constitucional y legal no instituye un deber de las autoridades judiciales de la República Oriental del Uruguay de considerar como precedentes vinculantes los fallos de los órganos interamericanos”.

- “Lo sustentado en el fallo internacional referido [*Gelman*] no consigue alterar los parámetros preceptivos sobre los cuales corresponde resolver la cuestión de inconstitucionalidad de autos (arts. 256 a 259 de la Carta)”.

- “En el caso en estudio la cuestión a resolver dice relación -exclusivamente- con la comprobación o no de la adecuación de la norma legal a los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional. Y sólo el órgano jerarca del poder judicial es a quien corresponde efectuar ese juicio de comprobación”.

- “En la situación de autos... correspondería establecer si la primacía de un fallo internacional alcanza a la propia Constitución, al punto de impe-

15.848, que sólo operaría hacia el futuro, determinando la anulación de la Ley de Caducidad.

- El artículo 2 de la Ley impugnada, dispuso -en el año 2011- que se borren los efectos producidos durante más de veinticinco años por los plazos procesales y de prescripción o caducidad en los procesos sustanciados respecto de los delitos comprendidos en la Ley No. 15.848. "Traducido ello a un lenguaje fácil, se dispone que los plazos vencidos no vencieron" (fs. 465).

- Por el artículo 3 de la Ley atacada se le da efecto también retroactivo a la imprescriptibilidad de los delitos referidos.

Los ilícitos comprendidos en la Ley de Caducidad no son, en su gran mayoría, delitos de lesa humanidad.

- La Ley No. 18.831, por disponer sobre materia penal con carácter retroactivo, colide con el segundo inciso del artículo 10 de la Carta, el cual al consagrar el principio de libertad veda implícitamente la retroactividad de la ley penal, por ser ésta frontalmente contraria al accionar libre de los seres humanos.

- La irretroactividad de la ley penal, en tanto garantiza que no se sancionen como ilícitas y delictivas conductas que al tiempo de su comisión eran lícitas, constituye un derecho inherente a la personalidad humana, amparado por el artículo 72 de la Constitución, que también resulta vulnerado por la Ley No. 18.831.

- Las normas legales cuestionadas son inconciliables con el derecho constitucional a la seguridad jurídica, reconocido por el artículo 7 de la Carta.

dir la puesta en funcionamiento -en este caso- del derecho de todos los ciudadanos de solicitar a la Corporación que se pronuncie sobre la regularidad constitucional de una determinada norma que les afecta. Si la respuesta fuera afirmativa, el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos adquiriría rango superior a la Carta (derivando en su desconocimiento), lo que es a todas luces inadmisibles".

- "Como se puede apreciar, en el caso en estudio no se trata de la aplicación de la Sentencia de la Corte Interamericana ni de su desconocimiento, sino de efectuar por la Suprema Corte de Justicia el control de constitucionalidad impetrado, conforme a las reglas establecidas en la Carta, cuestión irrenunciable conforme lo establece nuestra Carta Magna".

- "No obstante de la comunicación del fallo prevista en el art. 63 de la CADH, no se deduce fuerza obligatoria para los demás Estados no partes del proceso, ni que el Pacto hubiera concebido un sistema jurisprudencial fuente de derecho".

De todo ello no puede colegirse más que la negación de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana en el Uruguay. En efecto, luego de la declamación inicial de buena fe y sometimiento al sistema interamericano el Tribunal se refiere a distintas situaciones no relacionadas con el caso en cuestión, y en algunos puntos razona como si el país fuera un tercero ajeno al proceso, y no existiera un fallo concreto de la Corte Interamericana

de Derechos Humanos que comprometiera su responsabilidad.

En efecto, el Tribunal niega la autoridad de las sentencias, opiniones consultivas e informes de la Corte porque el art. 68.1 CADH sólo se refiere a la parte resolutive de la sentencia, sin advertir que en este caso sí existe una sentencia que en su parte resolutive condena al Estado uruguayo, por lo que la solitaria cita del Dr. Malarino queda huérfana de sustento fáctico y deviene inaplicable. Ello porque en *Gelman* la Corte Interamericana estableció que "el Estado debe disponer que *ninguna otra norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ne bis in idem o cualquier excluyente similar de responsabilidad*, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo" (254). Y consecuentemente dispuso en el pto. 6 de la parte dispositiva del fallo que "El Estado ha incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, contenida en su artículo 2º, en relación con los artículos 8.1, 25 y 1.1 de la misma y con los artículos I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, como consecuencia de la interpretación y aplicación que le ha dado a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado respecto de graves violaciones de derechos humanos" (resaltado nuestro).

Dicho en otros términos, la obligación de adecuar el derecho interno a la Convención Ameri-

Desconocen el derecho a la seguridad jurídica las leyes retroactivas en materia penal porque lesionan un derecho adquirido de rango constitucional. Conforme al artículo 10 de la Lex Magna las conductas que eran lícitas al tiempo de su comisión u omisión no podrán transformarse en ilícitas y punibles por aplicación de leyes que proyectan sus efectos hacia el pasado.

Es lo que ocurre, evidentemente, con el artículo 3 de la Ley No. 18.831. Este al declarar que los delitos comprendidos en la Ley de Caducidad, cometidos todos ellos antes del 1° de marzo de 1985, son crímenes de lesa humanidad, trae como consecuencia su imprescriptibilidad, proyecta hacia el pasado, retroactivamente, los efectos de los artículos 7 y 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado por la Ley

No. 17.510, de fecha 27 de junio de 2002, así como los de los artículos 7 y 19 a 25 de nuestra Ley No. 18.026, de fecha 25 de setiembre de 2006.

- La Ley cuestionada, sobre todo en su artículo 1, colide frontalmente con lo establecido en el segundo inciso del artículo 82 de la Constitución e indirectamente con los artículos 4 y 79 (inciso segundo), así como con el principio de que el ejercicio directo de la soberanía en los casos establecidos por el artículo 82 sólo compete al Cuerpo Electoral.

Cuando una ley es sometida a referéndum -como lo fue la Ley No. 15.848 el 16 de abril de 1989- la competencia para mantenerla o no en vigencia se traslada al Cuerpo Electoral, el cual, en ejercicio directo de la soberanía, decide si la confirma o la revoca.

cana sentada en *Gelman* se vio frustrada por una interpretación constitucional que constituye sin ambages una negación de ese fallo, en tanto avala normas de prescripción e irretroactividad de la ley penal cuya aplicación está expresamente vedada por ese precedente.

Tampoco resulta coherente la cita del Dr. Néstor Sagüés sobre el control de convencionalidad, porque este autor se refiere a las dificultades de su aplicación cuando se trata de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vertidas en un procedimiento en que los Estados no fueron parte y no fueron oídos, lo que no es el caso de Uruguay que sí fue parte y fue oído en el caso *Gelman*.

También señala la Suprema Corte que el ordenamiento constitucional y legal de la República Oriental del Uruguay no establece un deber de considerar como precedentes vinculantes los fallos de la Corte, como si ese país no hubiese ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, y dice que la fuerza obligatoria que emana de la comunicación prevista en el art. 63 de la CADH no se refiere a los demás Estados no partes del proceso, como si Uruguay no fuera precisamente un Estado parte del proceso, y no se encontrara obligado por el fallo *Gelman*.

Asimismo, el Tribunal advierte que la primacía de un fallo internacional no puede impedir el derecho de todos los ciudadanos a reclamar justicia, cuando se trata en el caso de un recurso

presentado por dos coroneles cuya identidad preserva. Y concluye finalmente que en el caso en estudio la cuestión a resolver es exclusivamente la adecuación de la norma legal a la Constitución Nacional, excluyendo la aplicación del llamado "control de convencionalidad", como si la Convención Interamericana de Derechos Humanos no existiera, o fuera un instrumento ajeno al orden jurídico uruguayo.

Si se trataba de citar fuentes argentinas la Suprema Corte pudo acudir a *Giroldi* (3), donde nuestra Corte consideró que no sólo los fallos sino también las opiniones consultivas tienen fuerza obligatoria en nuestro país y, al considerar la responsabilidad en que incurriría la Nación en caso de ignorar lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, integró en el concepto de *jurisprudencia* a los mentados fallos y opiniones consultivas (4). La obligatoriedad de los fallos dictados por la Corte Interamericana tiene fundamento normativo en la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al actuar este Tribunal como órgano de control del Pacto tiene competencia para conocer en cualquier caso relativo a la aplicación e interpretación del mismo (art. 62) siendo sus sentencias definitivas e

(3) CSJN, *Giroldi, Horacio David y otros s/recurso de casación*, LA LEY, 1995-D, 463.

(4) LOIANNI, Adelina; La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno, en *Derechos Humanos*, GORDILLO Agustín, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2005, p. III-22.

- En la especie, quienes por su condición de militares o policías en actividad antes del 1º de marzo de 1985 podían ser imputados de los delitos comprendidos en el artículo 1 de la Ley No. 15.848, tenían un derecho adquirido a no ser juzgados por su supuesta autoría, en virtud de haber caducado, por imperio legal, la pretensión punitiva del Estado respecto de los mismos.

Y además, eran titulares de otros dos derechos adquiridos: el de que los plazos procesales y de prescripción de dichos delitos se computaran de conformidad con las leyes vigentes al tiempo de la comisión de los hechos y el que esos mismos delitos no fueran considerados crímenes imprescriptibles de lesa humanidad, por la elemental razón de que al tiempo de su comisión –es decir, antes del 1º de marzo de 1985– en nuestro Derecho positivo no existían delitos imprescriptibles ni crímenes de lesa humanidad.

En definitiva, solicitaron se declare la inconstitucionalidad de lo dispuesto por los artículos 1, 2 y 3 de la Ley No. 18.831 y su inaplicabilidad a los comparecientes.

2) Por Providencia No. 1236/2012, del 18/VI/2012, el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 2do. Turno dispuso la elevación de los autos para ante la Suprema Corte de Justicia (fs. 471).

3) Por Auto No. 1603, del 23 de julio de 2012, la Corporación resolvió conferir traslado al Sr. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal que interviene en la causa. Fecho, otorgar vista al Sr. Fiscal de Corte (fs. 475).

4) El Sr. Fiscal Letrado Nacional en lo Penal de 6to. Turno (en calidad de subrogante de la Fiscalía Letrada de 2do. Turno), evacuando el traslado conferido y por los fundamentos que expresó en fs. 481/507 vto.

inapelables y encontrándose los Estados obligados a cumplirlas (arts. 67 y 68 CADH) (5). Asimismo, en la causa *Bramajo* (6) la Corte Suprema argentina otorgó un valor significativo al criterio de la Comisión expuesto en el informe anual 1988/9 en relación con el concepto de “plazo razonable de detención sin juzgamiento”. Dijo al respecto que “la opinión de la Comisión... debe servir de guía o jurisprudencia para nuestros tribunales en lo que hace a la interpretación de los preceptos del Pacto de San José de Costa Rica” (cons. 15). Por lo que cabe concluir que si para nuestra Corte Federal el parecer de la Comisión contenido en un informe se constituye en “jurisprudencia” o “guía de interpretación” no cabe duda respecto de la obligatoriedad de las recomendaciones contenidas en ese informe (7).

Además, la Corte Interamericana decidió el 16 de julio de 1993 en la opinión consultiva nro. 13 que la Comisión es competente para calificar *cualquier* norma de derecho interno de un Estado parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificar o adherirse a la Convención, con lo cual ni siquiera una interpre-

tación constitucional local podría oponerse a la jurisprudencia supranacional (8).

En el mismo caso *Giroldi Horacio David y otro s/recurso de casación*, la Corte Suprema resolvió el 7 de abril de 1995 que cuando la Constitución da “jerarquía constitucional” a los tratados y concordatos “en las condiciones de su vigencia”, ello significa que es “tal como la Convención citada rige efectivamente en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación” (conf. 11, primer párrafo).

Y en la causa *Simón* el Juez Boggiano sostuvo que “los tratados internacionales sobre derechos humanos deben ser interpretados conforme al derecho internacional, pues es éste su ordenamiento jurídico propio. Aquéllos están más estrechamente conexos con el derecho internacional y, por esa vía con la interpretación y aplicación que pueda hacer de ellos la jurisprudencia internacional. De nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional. Por ejemplo, si el principio de imprescriptibilidad (art. I de la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad) se viera supeditado y, por ende, enervado, por el

(5) LOIANNO, Adelina; ob. cit., p. III-20.

(6) CSJN, *Bramajo*, 12/9/96, cons. 8 y 9, LA LEY, 1996-E, 411.

(7) LOIANNO, Adelina; ob. cit., p. III-24 y su cita de SAGÜES, Néstor P., El valor de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, JA, 15/4/97, p. 2.

(8) GORDILLO, Agustín; Derechos Humanos, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2005, p. II-27.

requirió se rechace el planteamiento de la Defensa en cuanto solicitó se declare inconstitucional la Ley No. 18.831, por falta de legitimación de los recurrentes, sin perjuicio de entender que la referida norma resulta inaplicable al caso de autos.

5) El Sr. Fiscal de Corte se pronunció en Dictamen No. 3028/12, entendiendo que "... no corresponde pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de las disposiciones legales cuestionadas por ser inaplicables al caso, salvo mejor opinión de la Corporación" (fs. 511 a 535).

6) Por Interlocutoria No. 1859, del 17 de agosto de 2012, se dispuso el pasaje a estudio y autos para sentencia, citadas las partes (fs. 537).

CONSIDERANDO: I) La Suprema Corte de Justicia, por mayoría, hará lugar, parcialmente, a la excepción

opuesta y en su mérito declarará inconstitucionales, y por ende inaplicables a los excepcionantes, los artículos 2 y 3 de la Ley No. 18.831, desestimando por unanimidad la pretensión declarativa movilizada respecto del artículo 1 de dicha Ley, sin especial condenación procesal.

II) La legitimación activa de los promotores será el primer punto a analizar.

Tal como expresó la Corporación en Sentencia No. 229/2003, "... antes del ingreso al mérito de la cuestión que se somete a consideración de un órgano jurisdiccional, es preciso determinar la idoneidad de quienes actúan, en cuanto a poder pretender aquello que solicitan.

Por cierto, no se trata de la mera 'legitimatío ad causam', que consiste en la terminología de ilustrado

principio de legalidad del art. 18 de la Constitución Nacional" (cons.14).

Es que no tiene sentido resolver el sometimiento a un orden jurídico supranacional, y a un tribunal con competencia formal para aplicar y sancionar al incumplidor, para luego pretender la supuesta supremacía del orden local por sobre el orden internacional. Por ello dice Lord Denning que "sin duda" las cortes nacionales "deben seguir los mismos principios" que las cortes internacionales, en la aplicación de los tratados que contienen normas de derecho interno (9).

b.2. Irretroactividad de la ley penal, particularmente de las normas sobre prescripción y el delito de desaparición forzada de personas:

Las definiciones de la Suprema Corte al respecto son las siguientes:

- "Puede discutirse si los fallos y opiniones de la CIDH son aptos para crear situaciones de excepción directamente aplicables por los tribunales uruguayos: la garantía derivada del principio de legalidad y la interdicción de la retroactividad de la norma sancionatoria no favorable, al igual que la protección de la confianza o seguridad jurídica contemplados en el estado Constitucional de Derecho, en el propio texto y espíritu de la Carta, se opone a interpretaciones extensivas"

- "El art. 15 inc. 1 del CP expresa que 'Cuando las leyes penales configuran nuevos delitos, o establecen una pena más severa, no se aplican a los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia'".

- "La aprobación e incorporación a nuestro derecho interno de los denominados 'Crímenes de Lesa Humanidad' se produjo con posterioridad a la comisión de los hechos de la presente causa, por lo que las reglas que establecen su imprescriptibilidad no pueden ser aplicadas al *sub lite* pues ello significa, lisa y llanamente, conferir a dichas normas penales carácter retroactivo..."

- "Sentencia nro. 1501/2011 de la Suprema Corte de Justicia, sobre el delito de Desaparición Forzada: "La Corte, coincidiendo con el Tribunal entiende que la figura no resulta aplicable, en virtud que el delito de Desaparición Forzada fue creado por el art. 21 de la Ley nro. 18.026, de fecha 25 de setiembre de 2006, es decir que al no existir la norma al momento de efectuarse los hechos a juzgar, no corresponde su aplicación en forma retroactiva".

- "Una ley que prevea un aumento del término de prescripción o, lisa y llanamente, la declaración de imprescriptibilidad de cualquier delito no puede regir para situaciones ocurridas con anterioridad a su entrada en vigencia, so riesgo de vulnerar ostensiblemente un principio tan caro para cualquier Estado de Derecho que se digne de ser tal".

(9) LOIANNI, Adelina; ob. cit., p. III-10, y su cita de Lord Denning, *The Discipline of Law*, Butterworths, Londres, 1979, p. 18.

procesalista, '... en la probable titularidad de los intereses específicos del proceso, sino, la que él mismo llama 'legitimación sustancial', o sea, su '... efectiva titularidad...' (Dante Barrios De Angelis, 'Introducción al Proceso', Ed. 1980; además en 'El Proceso Civil', T. 1, pág. 70). Dicho de otro modo: si realmente, luego de sustanciado el proceso, quienes invocaron tal calidad, están en situación -concreta- de peticionar la actuación reclamada.

Ya que esta legitimación así entendida -ya se le llame 'legitimación sustancial', 'legitimación en la causa' o aun mismo, 'legitimatío ad causam'-, es un presupuesto de la pretensión contenida en la demanda, necesario e imprescindible para que haya un proceso, no ya válido pero sí eficaz. Según lo enseña la mejor doctrina 'Resulta evidente de lo expuesto, que la legitimación en la

causa (como el llamado por algunos interés sustancial para obrar) no es un presupuesto procesal, porque lejos de referirse al procedimiento o al válido ejercicio de la acción, contempla la relación sustancial que debe existir entre el sujeto demandante o demandado y el interés sustancial discutido en el proceso. Se trata de presupuestos materiales o sustanciales para la sentencia de fondo (Hernando Devis Echandía, Teoría general del proceso, T. 1, pág. 291; Cf. Enrique Vescovi, Derecho Procesal Civil, T. II, pág. 316)' (Sent. No. 335/97)'.
(...)

"De acuerdo con la regla contenida en el art. 258 de la Constitución -y reiterada en el art. 509 C.G.P.-, están legitimados para promover la declaración de inconstitucionalidad de una Ley, todos aquéllos que se

- "En definitiva, los artículos 2º y 3º de la ley nro. 18.831, al establecer el primero que no se computarán plazos de prescripción ya transcurridos y el segundo al disponer, en forma retroactiva, que a la naturaleza original del tipo penal se adicionará el carácter de "crímenes de lesa humanidad", provocando como consecuencia su imposibilidad de extinción, vulneran ostensiblemente el principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa y con ellos los principios y reglas constitucionales recogidos en los arts. 10 y 72 de la Constitución Nacional, todo lo cual determina el amparo de la pretensión declarativa movilizada respecto de dichas normas".

La regla de imprescriptibilidad surge históricamente como intento de evitar la impunidad de los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, como consecuencia de un vasto movimiento de opinión mundial que, a partir de la década del 60, comenzó a bregar para que no se aplicaran los plazos de prescripción común en tales supuestos (10). Nace entonces como norma de Derecho Consuetudinario Internacional, que posteriormente cristaliza en la Convención sobre

la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968. La secuencia histórica es la siguiente: en primer término, la norma consuetudinaria, en segundo término, la norma convencional. Lo expuesto es importante, porque implica que la regla se aplica con anterioridad a la ratificación de la Convención, e incluso a países que no la ratificaron.

En efecto, la Convención no legisla *ex novo*, sino que *afirma* una regla que ya estaba vigente en el Derecho de Gentes. Esto surge de su Preámbulo, en tanto reconoce "que es necesario y oportuno *afirmar* el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal": se introdujo el verbo "afirmar" en reemplazo del verbo "enunciar" que contenía el proyecto original (11).

(11) Al respecto, Vinuesa afirma: "Se ha sostenido que la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra hace a la naturaleza misma de esos crímenes que de esta forma se diferencian de los delitos comunes. En nuestro criterio, el reconocimiento de esa imprescriptibilidad por parte de la Convención del 26 de Noviembre de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (Resolución de la Asamblea General de la ONU No. 2391 (XXIII) no hace más que reiterar el contenido de una norma consuetudinaria que recoge la esencia básica de normas aceptadas y reconocidas ya desde 1907, como leyes y costumbres de la guerra terrestre" (Cfr. VINUESA, Raúl Emilio, "La formación de

(10) Desarrollamos este tema *in extenso* en: GORDILLO, Agustín; LOIANNI, Adelina; FLAX, Gregorio; GORDO, Guillermo A.; LOPEZ ALFONSÍN; Marcelo; FERREIRA, Marcelo; TAMBUSI, Carlos E.; RONDANINI, Alejandro; GONZALEZ CAMPAÑA, Germán; Derechos Humanos, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2005, Cap. XV: Crímenes de Lesa Humanidad: Fundamentos y Ambitos de Validez.

consideren lesionados ‘... en su interés directo, personal y legítimo’. La titularidad efectiva de dicho interés por los promotores de la declaración de inconstitucionalidad, y su real afectación por la disposición legislativa impugnada, resulta, pues, presupuesto de la obtención de una sentencia eficaz sobre el mérito de lo pretendido (Cf. Vescovi, Enrique, en Cuadernos de Derecho Procesal, T. 1, 1973, pág. 123)”

Ingresando al estudio del subexamine, en primer lugar, corresponde reparar en la situación de que la excepción de inconstitucionalidad fue propuesta en un proceso penal en etapa presumarial.

Como lo señala el Sr. Fiscal de Corte “... la excepción de inconstitucionalidad fue promovida en sede de presumario y los impugnantes poseen la calidad de

indagados, tal como lo sostienen en sus respectivos escritos como sustento de la legitimación activa invocada” (fs. 513 vto.).

En la situación de autos, resulta enteramente trasladable lo expresado por la Corporación en Sentencia No. 365/2009:

“La declaración de inconstitucionalidad por vía de excepción en la etapa del presumario.

La Corte ha entendido que la inconstitucionalidad de una norma no puede discutirse en la etapa del presumario, debido a que, evidentemente, aún no se ha formulado juicio alguno acerca de la probable participación del indagado en los hechos con apariencia delictiva denunciados.

El Artículo I de la Convención expresa que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad “... son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido... aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos,” y el Artículo IV establece la obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena no se aplique a los crímenes mencionados, y en caso de que exista, sea abolida.

En forma coincidente, el art. 29 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, establece que “Los crímenes de competencia de esta Corte no prescribirán”, principio reiterado en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (art. VII). Asimismo, los *Principios de Cooperación Internacional en la identificación,*

detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad (Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, del 3 de diciembre de 1973), establecen que: “Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, *dondequiera y cualquiera sea la fecha en que hayan sido cometidos*, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de su culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas”.

En la jurisprudencia argentina (12), la regla de imprescriptibilidad se aplicó como norma de Derecho de Gentes, aun antes de la ratificación por nuestro país de la Convención respectiva. El primer precedente es el voto del Dr. Leopoldo Schiffrin como miembro de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata al resolver el pedido de extradición de Franz Josef Leo Schwammberger formulado por la República Federal de Alemania (fallo del 30 de agosto de 1989, E.D. 135-326). El principio fue reiterado en el caso *Priebke* (Fallos 318:2148), y sostenido por ambas Salas de la Cámara Federal, en los pronunciamientos de

la costumbre en el Derecho Internacional Humanitario”, Revista Internacional de la Cruz Roja del 30 de julio de 1998. Ver: <http://www.icrc.org/icrcspa>). Asimismo, el Tribunal que condenó a Priebke (luego de que fuera extraditado por nuestro país), expresó en su sentencia del 10 de julio de 1997 que “la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad es un principio general del ordenamiento internacional... la imprescriptibilidad no proviene del convenio de 1968 aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, porque éste no es sino una ‘consagración formal del principio de imprescriptibilidad de los crímenes en cuestión’. Es decir, la convención no hizo otra cosa que expresar un principio ya afirmado por el derecho internacional consuetudinario”.

(12) ver SCHIFFRIN, Leopoldo, De Eichmann a Schwammberger, de Priebke a Videla. La Evolución de la Imprescriptibilidad de los Delitos de Lesa Humanidad en el Derecho Argentino, en Balaban Odeb y Megged Amos, Impunidad y Derechos Humanos en América Latina, Perspectivas Teóricas, Ediciones Al Margen, La Plata, 2003, pp. 131/152.

Así, pues, la Corporación señaló: 'En función de ello, y teniendo en cuenta que el enjuiciamiento penal resulta una eventualidad, las disposiciones cuya declaración de inaplicabilidad se peticiona no resultan de ineludible aplicación al caso de autos, lo que conlleva a su declaración de inadmisibilidad, en tanto el planteamiento se hace valer para la eventualidad de que se entienda aplicable al caso la norma legal impugnada' (cf. Sentencias Nos. 842/2006, 1085/2006 y 2856/2007, entre otras).

A diferencia de lo resuelto por la Corte en dichas ocasiones, la aplicación de la norma impugnada es absolutamente cierta, puesto que buena parte de la operativa de la Ley ya se cumplió...'

Corresponde recordar que "... la prescripción del delito...se caracteriza por extinguir el mismo, o mejor aún, por extinguir la responsabilidad en abstracto. Es

un instituto de orden público, que puede declararse de oficio aun cuando el reo no lo hubiere opuesto expresamente (art. 124); por ende es irrenunciable y puede oponerse en cualquier momento de la causa" (Bayardo Bengoa, Derecho Penal Uruguayo, Tomo III, 1963, pág. 267).

En el caso, los excepcionantes reclamaron la clausura y archivo de las actuaciones en virtud de entender que respecto de los hechos de autos operó la prescripción el día 28 de octubre de 2011 (fs. 391/392).

Ante ello, el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 2do. Turno, por Resolución No. 1110, del 31 de mayo de 2012, dispuso: "Denegar la solicitud de fs 392..." (fs. 414).

Siendo como viene de referirse, cabe concluir que la aplicación a la situación de los excepcionantes de

fecha 9 de septiembre de 1999 *in re* "Massera s/ excepciones" (Sala I, expte. 30514), 4 de mayo de 2000 *in re* "Astiz, Alfredo s/nulidad" (Sala II, expte. 16.071), y 4 de octubre de 2000 *in re* "Contreras Sepúlveda s/prescripción de la acción penal" (Sala II, expte. 18.020).

En el caso "Arancibia Clavel" (13), dejó sin efecto una sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal en cuanto había declarado extinta la acción penal por prescripción en la causa seguida por el delito de asociación ilícita con fines de persecución y exterminio de opositores políticos. La Corte sentó que la aplicación retroactiva de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad no lesiona el principio "*nulla poena sine lege*", pues tales delitos usualmente son practicados por agencias estatales operando fuera del control del derecho penal, por lo que no es razonable la pretensión de legitimar el poder genocida en virtud del paso del tiempo, máxime si se considera que aun antes de que comenzara a regir dicho tratado existía una costumbre internacional respecto de su imprescriptibilidad (14).

(13) La Ley, 2004/09/09, p. 7; ver Suplemento de Derecho Constitucional La Ley del 13 de octubre de 2004.

(14) Al respecto: ZAFFARONI, Raúl; Notas sobre el Fundamento de la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad, en Nueva Doctrina Penal, 2000/B, pp. 437/446.

Y en el caso *Simón* la Corte sentó las siguientes reglas:

"Los delitos de lesa humanidad nunca han sido prescriptibles en el derecho internacional ni en el derecho argentino" (Boggiano, cons. 42). "No se presenta en el caso una cuestión de conflicto de leyes en el tiempo pues el crimen de lesa humanidad lesionó antes y ahora el derecho internacional, antes el consuetudinario ahora también el convencional, codificador del consuetudinario" (Boggiano, cons. 29).

"La Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad, según entendió la Corte Suprema en la causa 'Arancibia Clavel', no hace imprescriptibles crímenes que antes eran prescriptibles, sino que se limita a codificar como tratado lo que antes era *ius cogens* en función del derecho internacional público consuetudinario... En consecuencia, la prescripción establecida en la ley interna no extinguía la acción penal con anterioridad a esa ley y, por tanto, su ejercicio en función de la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal" (Zaffaroni, cons. 27).

"La modificación de las reglas sobre prescripción de manera retroactiva, que supone la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad de 1968, no altera el principio de legalidad bajo ninguna de estas lecturas. No se viola el principio de culpabilidad, en la medida que las normas

la norma impugnada es absolutamente cierta, puesto que en mérito a ella se les denegó la clausura de los procedimientos, afectándose así su interés directo, personal y legítimo, lo que les habilita a la promoción de la pretensión declarativa en estudio.

Por lo que viene de desarrollarse, cabe concluir que los excepcionantes ostentan en la causa la legitimación activa imprescindible para el ingreso al estudio del mérito de la cuestión.

III) El Sr. Fiscal de Corte sostiene que "... en el proceso de autos no son aplicables las normas cuya inaplicabilidad se pretende por parte de los impugnantes..., sino que lo que corresponde es cumplir la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24 de febrero de 2011, dictada en el caso 'Gelman versus Uruguay...' (fs. 516).

III.a.-En concepto de los Sres. Ministros Dres. Ruibal Pino, Larrioux y Chediak, corresponde recordar que, en el año 1985, la República Oriental del Uruguay ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada en San José, Costa Rica, entre los días 7 y 22 de noviembre de 1969. El instrumento de ratificación, de fecha 26 de marzo de 1985, fue depositado el 19 de abril de 1985 en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. El gobierno de la República Oriental del Uruguay declaró que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, bajo condición de reciprocidad, de acuerdo a lo establecido en sus artículos 45 párrafo 3, y 62, párrafo 2.

legales sobre prescripción no forman parte de la regla de derecho en que se apoya el reproche penal, es decir, su modificación no implica cambio alguno en el marco de ilicitud que el autor pudo tener en cuenta al momento de realizar las conductas que se investigan. En otros términos, no se condena por acciones lícitas al momento de la comisión, ni se aplican penas más graves" (Highton, cons. 32).

"Tampoco puede omitirse la aplicación de la Convención sobre Imprescriptibilidad cuando ella es retroactiva, si se tiene en cuenta que fue dictada con la manifiesta intención de tener dicho efecto retroactivo" (Argibay, cons. 7). "Esto surge expresamente de los trabajos preparatorios que precedieron a la aprobación de la Convención, donde ante la objeción del representante de Noruega, que propuso una enmienda argumentando que el artículo I del proyecto original que establece la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad *cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido* violaba el principio de irretroactividad de la ley penal, se concluyó que 'la enmienda de Noruega... es contraria al objetivo mismo de la convención, que no tendría sentido si se aprobara esta propuesta, y se puso de manifiesto que la imprescriptibilidad acordada era aplicable 'a los crímenes pasados, presentes y futuros'" (Argibay, *id.*).

Asimismo, el argumento de la aplicación de la ley *ex post facto* fue rechazado por todos los tribu-

nales que intervinieron en casos de crímenes de derecho internacional a partir de 1946. Israel juzgó a Adolf Eichmann en 1960, Francia a Klaus Barbie en 1987 y Canadá procesó a Imre Finta en 1989, y en todos estos casos el planteo de irretroactividad fue rechazado. En el caso del pedido de extradición de Demjanjuk formulado por Israel a los Estados Unidos, una Cámara de Apelaciones resolvió que la Carta de Nüremberg era declarativa del derecho internacional y por tanto no constituía una ley posterior al hecho del proceso. El tribunal entendió que el hecho de que las normas por las que se lo acusaba habían sido dictadas con posterioridad al delito no era obstáculo para otorgar la extradición, porque se trataba de crímenes sobre los que se podía ejercer la jurisdicción universal (*Demjanjuk v. Petrovsky*, 776 F 2d 571 - 6th.Cir. 1985). Y en el Caso *Guardianes del Muro -Mauerschützen-*, del 24 de octubre de 1996, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania rechazó la excusa que invocaron los guardianes del muro de Berlín para asesinar en cumplimiento de la ley, con fundamento en que existían principios básicos de derechos humanos claramente reconocidos y reconocibles en el origen mismo de la acción, por lo que no puede invocarse la aplicación retroactiva de la ley ni violación alguna al principio de legalidad. Esta decisión fue ratificada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso *Streletz, Kessler y Krenz v. Alemania*, de 22 de marzo de 2001.

En relación con Nüremberg, Zuppi señala que "las sentencias del primer gran juicio -doce de las

Por lo que viene de expresarse, no cabe duda que las sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son actos jurisdiccionales producidos por dicho órgano internacional, cuya jurisdicción y competencia ha sido reconocida expresamente por Uruguay, en el momento del depósito del instrumento de ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se deriva de ello que -en observancia de su obligación internacional- nuestro país, como Estado condenado, debe proceder de buena fe a dar cumplimiento a lo dictaminado por dicha Corte.

Ahora bien, sin desconocer la indudable interrelación del derecho interno y el denominado “derecho internacional de los derechos humanos” y la necesidad de buscar caminos adecuados para su complementariedad, su articulación y efectividad suponen siempre

-en todos los países- la ineludible aplicación de normas de su orden interno.

“Es preciso señalar, ante todo, que ninguna disposición de la CADH establece que la jurisprudencia sentada en las sentencias u opiniones consultivas de la Corte IDH o en los informes de la Com. IDH sea obligatoria para las autoridades nacionales. El artículo 68.1 CADH, que establece que ‘[l]os Estados partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte Interamericana en todo caso en que sean partes’, no se refiere a la jurisprudencia, sino a la parte resolutive de la sentencia o resolución de la Corte IDH. Por ello, en la CADH no puede encontrarse el fundamento de un deber de derecho internacional de seguir la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano.” Ezequiel Malarino, “Acercas de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de

cuales fueron de muerte- rechazaron el argumento de haber actuado en violación del principio *nullum crime nulla poena sine lege* y de la prohibición *ex post facto*, pues el Tribunal entendió que no podía existir duda alguna de que los acusados estaban actuando en violación del derecho internacional”. Y en el caso *Altosetter* -conocido como *Caso de la Justicia*- pues los principales acusados habían participado en la estructura judicial del III Reich, señaló que “sería un absurdo sugerir que la regla *ex post facto*, tal como es conocida por los Estados constitucionales, podría ser aplicada a un tratado, a una costumbre, a una decisión del *common law* de un tribunal internacional, o a la aquiescencia internacional que sigue a tal evento. Haber intentando aplicar el principio *ex post facto* a la decisión judicial de un tribunal del *common law* podría haber significado ahogar la ley en su nacimiento” (15).

El principio de irretroactividad de la ley penal debe ser entendido a la luz de las normas internacionales (16):

(15) ZUPPI, Alberto; La prohibición *ex post facto* y los Crímenes contra la Humanidad, ED 131 p. 767.

(16) Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder (adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985): ... B- Víctimas del abuso del poder: ... 18. Se entenderá por “víctimas” las personas que individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fun-

El art. 9º de la Convención Americana de Derechos Humanos -titulado Principio de Legalidad y de *Retroactividad*- dice: “Nadie podrá ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable...”. ¿Qué significan estas últimas palabras? La reproducción de los artículos equivalentes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Europea arroja luz sobre el asunto.

El art. 15 del primer documento dice: “Nadie será condenado por actos u omisiones que *en el momento de cometerse* no fueren delictivos según el derecho nacional e internacional”: es decir, no basta que la acción no sea delictiva en el derecho nacional, tampoco tiene que serlo según el derecho internacional. Y en el inciso 2 agrega: “Nada de lo dispuesto en este artículo *se opondrá al juicio ni a la condena* de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

Por su parte, el art. 7º de la Convención Europea dice: “Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, *en el momento en que haya sido cometida*, no constituya una infracción

damentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente relativas a los derechos humanos.

protección de Derechos Humanos para los Tribunales Nacionales”, publicado en “Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional”, Tomo II, 2011, Konrad Adenauer Stiftung, págs. 427 a 428.

Además, corresponde tener presente que “... la Corte IDH afirmó la existencia de un deber de las autoridades judiciales nacionales de seguir su jurisprudencia al resolver los pleitos internos a través de la doctrina del control de convencionalidad. Como es conocido, esta doctrina establece que los tribunales de los Estados partes deben controlar la compatibilidad de su ordenamiento jurídico con la CADH, y que al realizar este examen deben tener en cuenta ‘no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.’ De este modo, parámetro

para la determinación de la ‘convencionalidad’ de una disposición del derecho interno no sería solo la CADH, sino también la jurisprudencia de la Corte IDH.

Sin embargo, la doctrina del control de convencionalidad se enfrenta a una objeción de peso: la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH no puede inferirse lógicamente de la cita de la jurisprudencia de ese tribunal que la afirma, pues tal tipo de argumentación presupone en sus premisas lo que se debe demostrar, a saber, si la jurisprudencia de ese tribunal es obligatoria. En otras palabras, sólo es posible afirmar que existe un deber de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH en virtud de la doctrina judicial del control de convencionalidad si antes se ha concluido que la jurisprudencia de la Corte IDH (también aquella que estableció el control de convencionalidad) es obligatoria. Para eludir caer en una petición de principio

según el derecho *nacional o internacional*...” Y en el inc. 2. añade: “El presente artículo no impedirá el juicio o la pena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, *en el momento de su comisión*, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

El significado de la locución “según el derecho aplicable” (Convención Americana) es entonces *según el derecho nacional o internacional*. Lo expuesto es indubitable porque el propio Presidente de la Comisión Redactora del Pacto de San José de Costa Rica lo dejó sentado a la época de sanción del instrumento: dijo que no era necesario reproducir el texto de los documentos citados porque la expresión “el derecho aplicable” lo comprende todo: derecho nacional e internacional.

La prohibición de toda legislación retroactiva debe entonces enmarcarse “en el entendimiento de que los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad de naciones, son suficientes para que un acto u omisión sean reconocidos como delictivos” (17).

Y en cuanto a la supuesta aplicación retroactiva del delito de Desaparición Forzada de Personas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

en sus primeras decisiones sobre ese crimen expresó que, si bien no existía al tiempo de los hechos “ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad”. También señaló que “la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar” (cf. casos *Velásquez Rodríguez* y *Godínez Cruz*, y más recientemente el caso *Blake*, sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C N° 36, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Además, en el Caso *Gelman* sentó su naturaleza de delito continuado y permanente, en los siguientes considerandos:

“233. La obligación de investigar los hechos en el presente caso de desaparición forzada se ve particularizada por lo establecido en los artículos III, IV, V y XII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, en cuanto a la investigación de la desaparición forzada como delito continuado o permanente, el establecimiento de la jurisdicción para investigar dicho delito, la cooperación con otros Estados para la persecución penal y eventual extradición de presuntos responsables y el acceso a la información sobre los sitios de detención.

(17) VASAK, Karel; Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos, Serbal/Unesco, Barcelona, 1984, Vol. I, p. 228.

es necesario encontrar razones independientes a la misma jurisprudencia de la Corte IDH que permitan concluir el deber de seguir dicha jurisprudencia.

Al establecer la doctrina del control de convencionalidad, la Corte IDH sugiere una razón. Argumenta que los tribunales nacionales deben seguir su jurisprudencia, porque ella es 'intérprete última de la Convención Americana'. Sin embargo, este es un argumento poco afortunado, porque el hecho de que la Corte IDH sea la autoridad final en el sistema interamericano (siendo sus sentencias definitivas y no revisables: artículo 67 CADH) no apoya la conclusión de que las autoridades locales estén obligadas a seguir su jurisprudencia al aplicar la CADH en los procesos internos. En verdad, este argumento sólo dice que la Corte IDH tendrá la última palabra en relación con la interpretación de la CADH en los procesos interamericanos. Ni siquiera

es idóneo para fundar la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH en los procesos interamericanos (esto es, para la Com. IDH), pues la cuestión de la obligatoriedad de la jurisprudencia es diferente de la cuestión de la definitividad e irrevocabilidad de una decisión. Un tribunal de última instancia tiene ciertamente la última palabra sobre un caso, pero la doctrina del caso no es necesariamente obligatoria para otros casos y otros tribunales. Para que esto sea así el sistema debe contar con una regla adicional que establezca el carácter vinculante de los precedentes (*stare decisis et quia non movere*) y esta regla no existe en el sistema interamericano. Por eso, mal puede derivarse una obligación de seguir la jurisprudencia del solo hecho de que un tribunal tenga la autoridad final para decidir un caso", Ezequiel Malarino, Ob. cit., págs. 428 y 429.

236. Es necesario reiterar que éste es un caso de graves violaciones de derechos humanos, en particular desapariciones forzadas, por lo que es ésta la tipificación que debe primar en las investigaciones que corresponda abrir o continuar a nivel interno. Como ya se ha establecido, por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente su aplicación retroactiva. En este mismo sentido se han pronunciado tribunales de la más alta jerarquía de los Estados del continente americano al aplicar normas penales en casos relativos a hechos cuyo principio de ejecución comenzó antes de la entrada en vigor del tipo penal respectivo".

Y en el mismo sentido, en el caso *Blake* estableció que "los efectos de estas infracciones, aun cuando algunas, como en este caso, se hubieran consumado, pueden prolongarse de manera continua o permanente hasta el momento en que se establezca el destino o paradero de la víctima" (18).

La Suprema Corte de Uruguay omitió la consideración de todos estos argumentos. En cambio, abrevó en antiquísimos documentos -Carta Magna de 1215, Declaración de Derechos del Hombre

y del Ciudadano de la Francia Revolucionaria de 1789, Derecho Canónico, Código Toscano de 1853, Código Penal Italiano vigente en 1888-, y en autores de otras épocas -Constantino, Ulpiano, Graziano, Anselmo Von Feuerbach, Jiménez de Asúa, Garraud, Garçon, Jèze-, que el Alto Tribunal no consideró necesario traducir.

c) Conclusión

La decisión de la Suprema Corte Uruguaya en autos "M.L.J.F.F.O. - Denuncia - Excepción de inconstitucionalidad arts. 1º, 2º y 3º de la ley 18.831", significa la violación de múltiples derechos establecidos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales vigentes en Uruguay, tales como la "Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes", la "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas", y la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad".

En efecto, el fallo implica la violación de la obligación genérica de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio (art. 1º), de adoptar las medidas legislativas y de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (art. 2º), el derecho a las garantías judiciales (art. 8º) y a la tutela judicial efectiva (art. 25), y el deber de juzgar y sancionar

(18) Corte IDH, Caso *Blake*, sentencia del 2 de julio de 1996, Serie C27, párrafo 35.

Conforme lo que viene de señalarse, teniendo particularmente en cuenta que como lo expresara la Corte en Sentencia No. 365/2009 "... las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del Art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos...", corresponde señalar que nuestro ordenamiento constitucional y legal no instituyen un deber de las autoridades judiciales de la República Oriental del Uruguay de considerar como precedentes vinculantes los fallos de los órganos interamericanos.

Y a la hora de invocarse en el presente proceso de inconstitucionalidad la ejecución de la sentencia internacional referida, no puede soslayarse la regla constitucional cuyo celo es obligación principal de los Magistrados patrios y conforme a la cual "Todos los

Jueces son responsables ante la ley, de la más pequeña agresión contra los derechos de las personas, así como por separarse del orden de proceder que en ella se establezca" (Artículo 23 de la Carta).

En el caso, nos encontramos ante un proceso de inconstitucionalidad promovido por vía de excepción, respecto del cual su resolución compete, en forma originaria y exclusiva, a la Suprema Corte de Justicia. Ésta sólo puede expedirse -conforme sus facultades- pronunciándose sobre la conformidad o no de la norma en cuestión con las reglas y principios constitucionalmente consagrados. Únicamente en ese marco corresponde emitir pronunciamiento a la Corporación en esta causa, teniendo presente que "La aceptación de la competencia de los órganos interamericanos en relación con los procesos interamericanos no altera la asignación de competencias judiciales establecida

a los autores de graves violaciones a los derechos humanos, establecida en múltiples instrumentos internacionales.

La Corte Interamericana afirmó que "La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general de cada Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio *effect utile*). Esto significa que el Estado debe adoptar las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2º de la Convención" (19). El Tribunal destacó que "el deber general del art. 2º implica la adopción de medidas en dos vertientes: por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías" (20). Con tal propósito, los Estados deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren

un derecho fundamental (Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 78 y párr. 81).

El deber de adecuar el derecho interno se viola entonces por acción y por omisión, en tanto la Corte estableció que si se ha contraído la obligación de adoptar las medidas aludidas, con mayor razón lo está la de no adoptar aquellas que contradigan el objeto y fin de la Convención (Opinión Consultiva 14/94, "Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención, arts. 1º y 2º Convención Americana sobre Derechos Humanos).

La obligación de juzgar y sancionar a los autores de graves violaciones a los derechos humanos, como expresión del deber de garantía, tiene sustento en el art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los arts. 4º, 5º y 7º de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y los arts. I y VI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Esta obligación ha sido establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en numerosos pronunciamientos, por lo que no debe dudarse sobre la existencia de un derecho a la persecución penal y al castigo (21).

(19) Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La última tentación de Cristo*, 5/02/2001, serie "C", nº 73, párrafos 85 y 87.

(20) Caso *Lori Berenson Mejía*, párr. 219 y sus citas.

(21) Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso *Velásquez Rodríguez*, Indemnización Compensatoria, Sentencia de 21 de julio de 1989, (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie C: Resolu-

en la Constitución, ni la independencia de criterio de los jueces nacionales garantizada en ella”, Ob. Cit., pág. 433.

Por ello, lo sustentado en el fallo internacional referido no consigue alterar los parámetros preceptivos sobre los cuales corresponde resolver la cuestión de inconstitucionalidad de autos (arts. 256 a 259 de la Carta).

A esto corresponde añadir que, para los delitos cometidos durante la dictadura y amparados por la Ley de Caducidad, no se creó ninguna prescripción especial, sino que, simplemente, regían los mismos términos extintivos que para cualquier otro delito, por lo que, en la especie, no sería de aplicación la condena impuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a la remoción de las leyes de prescripción

establecidas especialmente para esos casos, puesto que no se dictaron leyes de tal naturaleza.

Abundando en el tema, reiteran, en el caso a estudio la cuestión a resolver dice relación -exclusivamente- con la comprobación o no de la adecuación de la norma legal a los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional. Y sólo al órgano jerarca del Poder Judicial es a quien corresponde efectuar ese juicio de comprobación.

En la situación de autos, conforme lo plantea el Sr. Fiscal de Corte —con muy respetables argumentos—, correspondería esclarecer si la primacía de un fallo internacional alcanza a la propia Constitución, al punto de impedir la puesta en funcionamiento —en este caso— del derecho de todos los ciudadanos de solicitar a la Corporación que se pronuncie sobre

En efecto, en el plano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el deber de castigar a los culpables forma parte del Deber de Garantía, juntamente con los deberes de prevenir, investigar y reparar. Estas obligaciones son de naturaleza complementaria y no alternativas o sustitutivas, de tal modo que “no es posible que el Estado elija cuál de estas obligaciones habrá de cumplir” (22), y la obligación de procesar y sancionar es indelegable e irrenunciable: “los Estados tienen la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos... Más

aún, ésta es una obligación internacional que el Estado no puede renunciar” (23).

ciones y Sentencias, No. 7, párrafos. 32 y 34; Caso *Godínez Cruz*, Indemnización Compensatoria (Art. 63.1 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C: Resoluciones y Sentencias, No. 8, párrafos 30 y 3; Caso *Caballero Delgado y Santana*, Sentencia del 8 de diciembre de 1995, Serie C: Resoluciones y Sentencias, No. 22, párrafo 69 y Resolutivo 5; Caso *El Amparo*, Reparaciones (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia del 14 de septiembre de 1996, Serie C Resoluciones y Sentencias, No. 28, párrafo 61 y Resolutivo 4; Caso *Castillo Páez*, Sentencia de 3 de noviembre de 1997, Serie C No. 34, párr. 90; Caso *Suárez Rosero*, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C: Resoluciones y Sentencias, No. 35, párrafo 107 y Resolutivo 6; y Caso *Nicholas Blake*, Sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C: Resoluciones y Sentencias No. 36, párrafo 97.

(22) MENDEZ, Juan, Derecho a la Verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos, en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, CELS, compiladores Martín Abregú-Christian Courts, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 256.

(23) CIDH, Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú, 2 de junio de 2000, párr.320. Una perspectiva diversa es la presentada por Roberto Gargarella, quien sostuvo -con relación a este Fallo- que: “Al respaldar con dos plebiscitos la no persecución penal de los delitos cometidos durante la dictadura, los uruguayos se colocaron en una difícil situación de encierro. Luego, una ley vino a decir que todo lo dicho con respaldo popular no estaba dicho, y ahora una sentencia de la Corte viene a decir que esta nueva ley es inaceptable. Lamentablemente, el atolladero legal no fue creado por el demonio, sino por la propia dirigencia política con el respaldo amplio de la ciudadanía. Luego, no se puede hacer cualquier cosa. Luego, hay que hacerse cargo de los propios errores. Lo bueno de esta situación desgraciada, para quienes somos enemigos del derecho penal, es que (más allá de las desigualdades jurídicas que consagra, que resultan insoportables) puede darnos una excelente oportunidad para reconocer que hay vida más allá del castigo penal. Hay decenas de medidas que se pueden tomar, y que se han tomado en otros ámbitos (aun en Uruguay, aunque de modo débil), buscando justicia e igualdad: reparaciones económicas; juicios de la verdad; pedidos públicos de perdón; espacios para la memoria; comisiones organizadas por el Estado para investigar lo ocurrido; condenas públicas a lo acontecido; programas de educación y esclarecimiento; fechas y monumentos conmemorativos. Este tipo de iniciativas, entre muchas otras, ayudan a dejar en claro lo que la comunidad rechaza y lo que aprueba; permite la condena moral y pública de lo acontecido; es compatible con el señalamiento, uno a uno, de los responsables y de lo que han hecho. En términos utilitaristas, procurando evitar la repetición de los hechos, puede ser -y creo que lo es- más efectivo que el mismo establecimiento de penas. En

la regularidad constitucional de una determinada norma que les afecta. Si la respuesta fuera afirmativa, el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos adquiriría rango superior la Carta (derivando en su desconocimiento), lo que es a todas luces inadmisibile.

Viene al caso señalar que el imperio del texto constitucional deriva de la decisión del constituyente que los poderes constituidos no pueden ignorar o refutar. Y dejar de lado el control de constitucionalidad incoado por los indagados en la presente causa, sería precisamente eso, olvidar o colocar en un segundo plano la Constitución Nacional.

Como sostuvo el Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, Dr. Carlos S. Fayt: "... el deber positivo de garantizar cada vez mejor y

con más eficacia los derechos humanos (desarrollo progresivo), no puede derivarse de consideraciones genéricas elaboradas por la Corte Interamericana. Tampoco sus conclusiones relativas a la prescripción de la acción penal pueden extrapolarse, a fin de resolver otras situaciones con particularidades propias como las que presenta el sub lite" (discordia extendida en Causa No. 259, caso "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro S/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros").

Como se puede apreciar, el caso en estudio no trata de la aplicación de la Sentencia de la Corte Interamericana ni de su desconocimiento, sino de efectuar por la Suprema Corte de Justicia el control de constitucionalidad impetrado, conforme las reglas establecidas en la Carta, cuestión irrenunciable conforme lo establece nuestra Carta Magna.

Asimismo, el fallo de la Suprema Corte de Uruguay implica la consagración de la impunidad, definida por la Corte Interamericana como "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". En virtud de ello, "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 sus familiares" (24), en tanto "la medida más efectiva para la vigencia de los derechos humanos es el enjuiciamiento y castigo a los responsables" (25).

términos de moralidad kantiana, también nos permite la identificación uno a uno y la condena a ellos. O sea que tampoco estamos mal. El único, grave problema, es que la desigualdad con el modo de tratamiento de los criminales "comunes" se mantiene. La suerte es que... no tiene por qué mantenerse. La desgracia puede ayudarnos a forzar, también, un replanteo en torno a cómo tratamos a los ladrones de gallinas. Es decir: a no desesperar. A actuar por la justicia y por la igualdad ("Uruguay y el derrotero de la ley de caducidad", en Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política -seminariogargarella.blogspot.com-, 26/02/2013).

(24) Caso *Paniagua Morales y otros*, párr. 173, y *Loayza Tamayo*, Sentencia de Reparaciones, párr. 168 y 170.

(25) CIDH Informes 28/92, (Argentina) párr. 41, 29/92 (Uruguay) párr. 51, No. 36/96 (Chile), párr. 78 y No. 34/96 (Chile), párr. 76. Asimismo, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1997, OEA/Ser.L/V/II.98, Doc. 6 rev, 13 de abril de 1998).

Por último, la decisión de la Suprema Corte choca frontalmente con lo establecido por la Corte Interamericana en *Barrios Altos*, en tanto declaró "inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos" (párrafo 41 de la sentencia).

Y también se incumple con lo ordenado en *Gelman* en el sentido que "el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada".

El art. 23 de la Constitución del Uruguay establece que "Todos los jueces son responsables ante la ley de la más pequeña agresión contra los derechos de las personas, así como por separarse del orden de proceder que en ella se establezca". La decisión de la Suprema Corte Uruguaya en autos "M.L.J.F.F.O. - Denuncia - Excepción de inconstitucionalidad arts. 1º, 2º y 3º de la ley 18.831" consagra la impunidad de criminales de lesa humanidad, y constituye en sí misma una agresión contra los derechos de muchos ciudadanos uruguayos. ♦

En definitiva, si bien está fuera de toda discusión que la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la intérprete última de la Convención Americana de Derechos Humanos –naturalmente en el ámbito de sus competencias– tampoco puede desconocerse que la intérprete última de la Constitución de la República Oriental del Uruguay es la Suprema Corte de Justicia.

Además, para los Sres. Ministros Dres. Ruibal Pino y Larrioux, es necesario hacer referencia al control de convencionalidad ya que la ley cuya inconstitucionalidad se reclama es consecuencia del fallo Gelman –especialmente párrafo 224– y en tal sentido se ajusta a la interpretación del Pacto de San José que hace la CIDH.

Según la CIDH los órganos del Estado, a todo nivel, están en la obligación de ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana, no sólo del Tratado, sino de la interpretación que de él hace la Corte Interamericana.

Las Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales tampoco están exentas de ese control de convencionalidad, pues para ellas no alcanzaría con limitarse a confrontar la norma interna con el texto constitucional sino analizar si además es o no convencional (Caso Boyce y otros con Barbados, 20.11.2007, serie C 169).

No obstante de la comunicación del fallo prevista en el artículo 63 de la CADH, no se deduce fuerza obligatoria para los demás Estados no partes del proceso, ni que el Pacto hubiera concebido un sistema jurisprudencial fuente de derecho, a pesar de la importancia de los fallos en el reconocimiento, promoción e impacto sobre una cultura de los derechos humanos.

Como Señala Sagües “... el talón de Aquiles de la doctrina del control de convencionalidad es que un Estado (esto es, en particular sus jueces) o, en términos generales, todos los Estados adscriptos al sistema interamericano de derechos humanos, pueden verse vinculados por una jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vertida en un procedimiento en que no fueron parte, y por tanto, donde tampoco fueron oídos. Es decir que resultan encadenados por una tesis jurisdiccional sobre la que no tuvieron oportunidad de exponer sus puntos de vista, omisión que no coincidiría mucho con las reglas habituales del debido proceso” (Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano, en El Estado de Derecho hoy en América Latina, KAS págs. 21-29).

La interpretación de la CADH que hace la Corte no está exenta de dificultades.

Si sustancialmente no se perciben dificultades en la integración de las normas contempladas en la CADH al ordenamiento jurídico interno, a nivel procesal y de

garantías puede discutirse si los fallos y opiniones de la CIDH son aptos para crear situaciones de excepción directamente aplicables por los tribunales uruguayos: la garantía derivada del principio de legalidad y la interdicción de la retroactividad de la norma sancionadora no favorable, al igual que la protección de la confianza o seguridad jurídica contemplados en el estado Constitucional de Derecho, en el propio texto y espíritu de la Carta, se opone a interpretaciones extensivas.

Con lo que cabe preguntarse si las dificultades en el análisis de convencionalidad en relación al fallo del caso Gelman y la Ley No. 18.831, no derivan básicamente de las interpretaciones del Pacto que hace la CIDH, y no de su contenido sustancial.

Por ello, “Conectado con lo dicho es la conveniencia de interpretar la Convención Americana, dentro de lo posible y razonable, atendiendo las particularidades locales, según la doctrina del margen de apreciación nacional. Tal contemplación, que evita autismos normativos o ‘internacionalismos salvajes’ (como alguna vez se los denominó) afianza, en vez de debilitar, la solidez y eficacia del Pacto de San José de Costa Rica” (Sagües, Obligaciones internacionales y Control de Convencionalidad, en Estudios Constitucionales, Año 8, No. 1, 2010, págs. 117–136).

III.b.-Compartiendo lo precedentemente expresado, el Sr. Ministro Dr. Chalar destaca también que el Estado, como miembro de la comunidad internacional, reconoce la jurisdicción de los Tribunales Internacionales, y entre ellos, la Corte Internacional de Justicia y la Corte Penal Internacional, y asimismo, aunque no provengan de un tribunal, las decisiones del Comité de Derechos Humanos, en lo que refiere al sistema universal de protección de los Derechos Humanos.

Que igualmente, el Estado reconoce las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sistema Interamericano.

Que asimismo, reconoce los principios imperativos de derecho internacional, *pacta sunt servanda* y *bona fide*, y los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Tratados y principios que obligan a dar fiel cumplimiento a las disposiciones emanadas de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos.

Ello impone, pues, continúa el Dr. Chalar, además de la plena observancia de las normas y principios relativos a Derechos Fundamentales de la Constitución, el respeto de la normativa que, precisamente y para empezar, se invoca por fundamento de la referida sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (i.a., Carta de la OEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos), en pie de igualdad con la necesaria aplicación de las normas protectoras

de Derechos Humanos del sistema universal del cual el Uruguay es igualmente parte (lo que, por lo demás, se establece en el art. 29 de la Convención). Por lo que, entonces, concluye, obviamente, nunca cabría soslayar principios constitucionales de garantía de Derechos Humanos o Fundamentales, del propio Estado que acepta la jurisdicción de la Corte Interamericana, como tampoco los que imponen los referidos sistemas americano y universal de protección de esos derechos.

En otras palabras, para el Sr. Ministro: nada puede justificar que el Estado -parte de dichos sistemas- deba o pueda llevar a cabo acciones que sean contrarias a los Derechos Humanos reconocidos a los individuos por su legislación interna, tanto como por la normativa con fuente en tales sistemas. No existe pretexto que justifique ignorar la normativa tutelar de derechos fundamentales.

Y esto, señala (tal como se hiciera antes), es especialmente insoslayable para los órganos jurisdiccionales nacionales que deben garantizar la plena vigencia de los llamados Derechos Humanos o Derechos Fundamentales (art. 23 de la Constitución). Punto que reviste importancia a la luz de conclusiones de la sentencia de la CIDH a que hace referencia el Sr. Fiscal de Corte, tales como la contenida en su párrafo 254, en cuanto allí se expresa: "En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, non bis in idem o cualquier excluyente similar de responsabilidad sea aplicada...".

Consecuencia cuya lectura inmediatamente conduce a repasar las normas de la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que consagra como garantía de tales Derechos la irretroactividad de la ley penal (art. 9); que el inculpado absuelto por una sentencia firme (i.e., cosa juzgada) no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos (non bis in idem, art. 8 num. 4); la prohibición a los Estados partes de desconocer el principio de no retroactividad de la ley penal, y esto hasta en las llamadas situaciones de excepción que impliquen suspensión de ciertas garantías (art. 27 num. 2). Como también, ineludiblemente, las normas de interpretación de la Convención de su art. 29: "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".

Y ello sin olvidar, todavía, lo impuesto, sin restricciones, en el art. 1º de la Convención: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna...".

Agrega el Dr. Chalar que la Corte Interamericana carece de competencia penal, como lo estableció con memorable integración en el caso "Velásquez Rodríguez vs. Honduras", haciéndolo de acuerdo con ilustrada doctrina de derecho internacional.

Lo que viene al caso por cuanto en el fallo que invoca el Sr. Fiscal de Corte, la Corte Interamericana incursionaría en lo que constituye materia propia de los tribunales penales y no de los tribunales de Derechos Humanos.

Tanto como es de mencionar la existencia de una extensa normativa del sistema universal que obliga al Estado uruguayo.

Porque en efecto, nuestro Estado como parte del sistema universal de protección de los Derechos Humanos, ratificó los Pactos de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos por Ley N° 13.751, y su Protocolo Facultativo que habilita a presentar denuncias de violaciones de Derechos Humanos contenidos en el Pacto ante el órgano de contralor de cumplimiento del mismo (Comité de Derechos Humanos de la ONU).

Uruguay también es parte de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y del Estatuto de Roma (Corte Penal Internacional).

Y en tal sentido, cabe destacar diversas normas del Pacto de Derechos Civiles y Políticos: el art. 2 (obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos en el Pacto a todos los individuos que se encuentren en su territorio), el art. 5 (ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender acciones o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él), el art. 14.7 (nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país), el art. 15 (nadie será condenado por actos u

omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello) y el art. 4 que, aun en situaciones o estados de excepción, que pongan en peligro la vida de la nación, no autoriza a suspender las disposiciones del art. 15.

También ha de consignarse que el Estado se comprometió a cumplir con los mecanismos de contralor impuestos por el Comité de Derechos Humanos de la ONU como lo son la presentación de informes sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de ellos derechos y la recepción de denuncias de particulares que consideren que sus derechos y libertades han sido violados.

También Uruguay es parte del Estatuto de Roma que creara la Corte Penal Internacional que establece en su art. 20 que: "nadie será procesado por la Corte en razón de conductas constitutivas de crímenes por los cuales ya hubiere sido condenado". A su vez el art. 22.2 dispone que "La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena". Y el art. 24 del mismo Estatuto establece la irretroactividad *ratione personae* al afirmar que: "Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena."

Por cuyas razones, el Sr. Ministro Dr. Chalar estima -sin dejar de coincidir con las razones expuestas antes por la mayoría, y sin perjuicio de ellas- que la opinión del Sr. Fiscal todavía podría haberse contemplado de haber demostrado que los artículos impugnados por inconstitucionalidad se ajustan a la normativa de fuente nacional e internacional que se viene de examinar; pero que esa demostración no se hizo ni se propuso, ni resulta de lo actuado en autos.

IV) Previo al ingreso al mérito de la cuestión en examen, corresponde establecer lo siguiente.

IV.a.-Con respecto a si las leyes de prescripción de los delitos constituyen normas procesales o normas sustantivas, Bayardo Bengoa reconoce que ha llegado a discutirse en el plano doctrinario si la prescripción constituye una ley de forma o una ley de fondo. El citado autor explica que esta problemática ya fue re-

suelta por Carrara, para quien la prescripción entraña una disposición de fondo. El Maestro italiano sostiene que si la ley antigua es la más favorable, la nueva ley es irretroactiva; mientras que si, por el contrario, la más favorable es la nueva ley, ésta se aplica a los hechos anteriores a su vigencia.

El mismo autor entiende-en términos compartibles-que nuestro Código Penal resuelve el problema, acorde con el criterio que consigna en la norma de reenvío del art. 16: "las leyes de prescripción siguen las reglas del artículo anterior". Y el art. 15 inc. 1 del C.P. expresa, con total claridad, que: "Cuando las leyes penales configuran nuevos delitos, o establecen una pena más severa, no se aplican a los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia".

Con ello, se consagró la prevalencia de la ley prescriptiva más favorable al reo (cf. Bayardo Bengoa, Fernando, Derecho Penal Uruguayo, Tomo I, JVS, Montevideo, 1962, pág. 144).

En definitiva, corresponde tener presente que instituto de la prescripción ingresa sin duda alguna en el concepto de "ley penal" desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva.

IV.b.-Por otra parte y como ya ha tenido la oportunidad de expresar este Alto Cuerpo, los delitos cometidos durante la dictadura no constituyen delitos de lesa humanidad (cf. Sentencias Nos. 887 y 1.501/2011 de la Suprema Corte de Justicia).

Los hechos denunciados en el subexamine habrían ocurrido "...durante el período de 1972 a 1° de marzo de 1985..." (cfme. fs. 171).

Respecto de los denominados "crímenes de lesa humanidad", corresponde señalar la evolución legislativa de dicha tipificación en nuestro país:

(a) Por Ley N° 17.347 (promulgada el 13/VI/2001), fue aprobada la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968.

(b) Mediante la Ley N° 17.510 se aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma, República Italiana, el 17 de julio de 1998 y suscrito el 19 de diciembre de 2000. Esta Ley fue promulgada el 27 de junio de 2002 y publicada en el Diario Oficial el 8 de julio del mismo año.

(c) La Ley N° 18.026, promulgada el día 25 de setiembre de 2006, establece en su Título II una serie de crímenes considerados de Lesa Humanidad y consagra su imprescriptibilidad en el artículo 7.

Conforme a lo que viene de reseñarse, la aprobación e incorporación a nuestro derecho interno de los denominados “Crímenes de Lesa Humanidad” se produjo con posterioridad a la comisión de los hechos de la presente causa, por lo que las reglas que establecen su imprescriptibilidad no pueden ser aplicadas al sub lite pues ello significa, lisa y llanamente, conferir a dichas normas penales carácter retroactivo, lesionándose así normas y principios constitucionales como se referirá.

Sobre el tema, corresponde recordar lo expresado por la Suprema Corte de Justicia en sentencia N° 1.501/2011:

“Por último, en cuanto al recurso interpuesto por el Ministerio Público, referido en lo sustancial al error padecido en la calificación delictual en que habría incurrido el Tribunal, al tipificar los hechos punitivos como Homicidio muy especialmente agravado, cuando hubiera debido aplicar la figura de la Desaparición Forzada, no resulta recepcionable.

La Corte, coincidiendo con el Tribunal entiende que la figura no resulta aplicable, en virtud que el delito de Desaparición Forzada, fue creado por el artículo 21 de la Ley No. 18.026, de fecha 25 de setiembre de 2006, es decir que al no existir la norma al momento de ejecutarse los hechos a juzgar, no corresponde su aplicación en forma retroactiva, pues ello resultaría en franca vulneración a lo dispuesto en el art. 15 inc. 1 del Código Penal y a los pilares básicos en que se fundan los principios que rigen el Derecho Penal.

En la medida que ello, constituye un requisito inherente a la prohibición penal derivada del artículo 15 inc. 1 del Código Penal, que está especialmente consagrado por una norma de derecho internacional, como lo es el Pacto de San José de Costa Rica, que es ley nacional (Ley No. 15.737) y que literalmente expresa que: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”

En doctrina se ha expresado que: “...la irretroactividad de la Ley penal es un principio liberal o garantía implícita en el art. 72 de la Constitución Vigente, que deriva, además, indirectamente, del principio de libertad, expresamente proclamado en el art. 10 inc. 2 de la Carta. Asimismo, está íntimamente vinculado a la seguridad, valor aludido en el art. 7 y también comprendido en el art. 72 de la Constitución Vigente...” (Alberto Ramón REAL, “Los principios generales de derecho en la Constitución Uruguaya”, Montevideo, 1965, pág. 53).

En igual sentido opinan Jiménez de Asúa y Jescheck. Dice el primero que la no retroactividad de la Ley primitiva y la extra actividad de la Ley más favorable es máxima de Derecho Constitucional, que se deduce de la regla unánimemente reconocida de que los hombres deben ser juzgados y condenados por “Ley anterior a su perpetración” (Cf. “La Ley y el delito. Principios de Derecho Penal”, Ed. Hermes, 1954, pág. 165). Jescheck, por su parte, expresa que uno de los principios rectores del Estado de Derecho es el de que las normas que regulan un supuesto de hecho, no pueden luego modificarse en perjuicio de la situación jurídica del ciudadano pues, además, el delincuente, sólo puede motivarse por el mandato normativo cuando éste está configurado como Ley en el momento de la comisión del hecho. Por eso entiende que lo decisivo para la irretroactividad es la idea de la seguridad jurídica (“... Tratado de Derecho Penal. Parte General”, Ed. BOSCH, Barcelona, vol. 1, pág. 184) (Sent. No. 70/97)”

V) Respecto de la invocada inconstitucionalidad del artículo 1° de la Ley N° 18.831, en concepto de los Sres. Ministros Dres. Ruibal Pino, Larrioux, Chediak, Pérez Manrique y Chalar –aunque por diversos fundamentos– no le asiste razón a los excepcionantes.

En este orden, los indagados sostienen que la norma cuestionada “...colide frontalmente con el segundo inciso del artículo 82 de la Constitución e indirectamente con su artículo 4° y con su artículo 79 (inciso segundo), así como con el principio de que el ejercicio directo de la soberanía, en los casos establecidos por el artículo 82 solo compete al Cuerpo Electoral” (fs. 466). Agregan que cuando una ley es sometida a referéndum –como lo fue la Ley 15.848 el 16 de abril de 1989–, la competencia para mantenerla o no en vigencia se traslada al Cuerpo Electoral, el cual, en ejercicio directo de la soberanía, decide si la confirma o la revoca.

En lo que dice relación a la alegada inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley N° 18.831, entienden los Sres. Ministros Dres. Ruibal Pino y Larrioux que como se sostuvo en la referida Sentencia de la Corporación N° 1.501/2011, la Ley N° 15.848 no consagró una amnistía, por lo que los delitos comprendidos en su artículo primero no dejaron de existir, sino que se eliminó la posibilidad de accionar para su persecución por parte del Ministerio Público. Por lo tanto la norma contenida en el artículo 1 de la Ley N° 18.831 no implicó innovación penal retroactiva alguna. A su vez, el artículo 1 de la Ley N° 15.848 fue declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia mediante Sentencia N° 365/2009, por lo que la norma en estudio viene a regular la situación, adecuándola a los preceptos constitucionales, según lo dispuesto en el fallo de la Corporación.

A su criterio por delitos “comprendidos” en el artículo 1° de la Ley N° 15.848, como se expresa en el artículo

1º de la Ley Nº 18.831, ¿a qué quiso hacer referencia el legislador patrio?

De la lectura de la norma en cuestión se estaría indicando que los delitos respecto de los cuales se restituye la pretensión punitiva son los comprendidos en el artículo 1º de la Ley Nº 15.848, sin que necesariamente hubiera implicado decisión del Poder Ejecutivo conforme al artículo 3 de la Ley Nº 15.848, sino atender a la naturaleza de los delitos y a la calidad de la persona autora.

Por tanto, la norma de la Ley Nº 18.831 se aplica a todos aquellos casos en los que se investiga la existencia de delitos cometidos en oportunidad del terrorismo de Estado, sin distinguir si los indagados fueron o no excluidos por el Poder Ejecutivo del beneficio consagrado por el artículo 1º de la Ley Nº 15.848, en virtud del artículo 3º de ese mismo cuerpo legal.

En criterio del Sr. Ministro Dr. Chediak, el ejercicio por el cuerpo electoral de la posibilidad de referéndum sobre una determinada norma no supone que en caso de su desestimación (como ocurrió con la Ley 15.848) se confiera a la Ley cuestionada un valor tal que escape a las posibilidades derogatorias que la Carta confiere del Poder Legislativo, pues ello no emerge de ninguna norma constitucional.

Por su parte, en concepto del Sr. Ministro Dr. Pérez Manrique corresponde desestimar la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley cuestionada, por las razones que expone en la discordia extendida en la presente decisión.

En cambio, entiende el Señor Ministro Dr. Chalar, que constatada la inconstitucionalidad de los artículos 2º y 3º de la Ley 18.831, y la consiguiente ausencia de un presupuesto para el ejercicio y progreso de la acción penal, ello agota el interés del actor, excluyendo su legitimación para reclamar un pronunciamiento respecto del artículo 1º.

VI) A juicio de los Sres. Ministros Dres. Ruibal Pino, Larrieux, Chediak y Chalar, los arts. 2 y 3 de la Ley Nº 18.831 vulneran flagrantemente los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal más gravosa, por las razones que se expresan a continuación.

Dichas normas disponen:

Artículo 2: "No se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley, para los delitos a que refiere el Artículo 1º de esta ley".

Artículo 3: "Declárase que, los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte".

El principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa deriva de los principios de libertad y legalidad, que no es otra cosa que la expresión del viejo proloquio latino *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* y emana del art. 10 inc. 2 de la Constitución de la República, según el cual "Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

No es posible castigar a nadie por la comisión de un hecho que, al momento de su realización, no está previsto en la ley penal como delito, ni siquiera aunque sea similar o aproximado a la conducta sancionada.

Este principio se complementa con el de reserva, reconocido en el artículo 10 inciso 1 de nuestra Carta, que reza: "Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados".

Cairoli enseña que Anselmo Von Feuerbach —fundador de la ciencia penal en Alemania— afirmó el principio de legalidad como un freno para el arbitrio del Juez.

Ya en la Carta Magna de 1215 aparece este principio en el artículo 43 original y en el Capítulo XXXI de la modificación, según el cual: "Ningún hombre libre será detenido o en forma alguna destruido, ni procederemos en contra de él ni lo condenaremos, sino por el juzgamiento legal de sus pares, o por la ley del país".

También fue consagrado en las Constituciones de Virginia y Maryland en 1776 y en la norteamericana de 1787.

Asimismo, fue reconocido en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Francia revolucionaria de 1789.

A su vez, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, también consagró este importante principio en su artículo 11, que dispone: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho nacional o internacional".

Pero la doctrina del Siglo XIX ubica incluso antes los orígenes del principio de irretroactividad de la ley penal.

En este sentido, puede citarse la opinión del profesor italiano Luigi Olivi, que sitúa la fuente de dicho principio en el derecho natural, independientemente de cualquier texto legislativo.

Según este autor, desde los tiempos de Constantino y Ulpiano ya estaba consagrado el principio de irretroactividad.

Además, señala que el Derecho Canónico reconoció, desde muy antiguo, este principio. De tal forma, indica que surge consagrado en un escrito emanado del pontífice Gregorio III del año 593, el cual reza: "Quoties novum quid statuit, ita solet futuris formam imponere ut dispendiis praeterita non commendet: ne detrimentum ante prohibitionem possint ignorantes incurrere, quod eos postmodum dignum est sustinere".

Más tarde, Graziano, en su decreto adjunto al Corpus iuris canonici, escribe: "Poena criminis ex tempore legis est, quae crimen inhiibuit, nec ante legem ulla rei damnatio est, sed ex lege".

El citado profesor italiano también hace referencia a la consagración del principio en estudio en las legislaciones modernas. De esta forma, menciona que surge de la Declaración de los Derechos del Hombre francesa, cuyo artículo 8 estatuye: "La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires. Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit". A su vez, el artículo 8 de la Constitución del 24 de junio de 1793 preceptúa: "L'effet rétroactif donné à la loi serait un crime". En la Constitución de la República francesa de 5 de Fructidor del Año III, el art. 14 establece: "Aucune loi, ni criminelle, ni civile, ne peut avoir d'effet rétroactif".

Asimismo, Oliví cita, en Italia, al Código Penal sardo del 20 de noviembre de 1859, cuyo artículo 3 establece: "Se la pena che era imposta dalla legge al tempo del commesso reato e quella stabilita dalla legge posteriore fossero diverse fra loro sarà sempre applicata la pena più mite".

Del mismo modo, el artículo 6 del Código Toscano de 1853 dispone: "Ai delitti avvenuti ma non giudicati prima del giorno dal quale avrà piena esecuzione il Codice penale saranno applicate le pene prescritte dal medesimo, ognorachè sieno più miti di quelle stabilite dalle leggi anteriori".

Y, mencionando al Código Penal italiano vigente en 1888, el referido autor dice que su artículo 2 reza: "Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisca reato; e, se vi sia stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali" (Oliví, Luigi, "Reati e pene in ordine al tempo", en *Completo Trattato Teorico e Pratico di Diritto Penale secondo il Codice Unico del Regno d' Italia*, obra dirigida por Pietro Cogliolo, Vol. I, Parte II, Milán, 1888, págs. 483 a 491).

En suma, todas estas normas reconocen o consagran el principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa, que se encuentra ínsito en el artículo 72 de nuestra Constitución, en el bien entendido de que es una garantía implícita e inherente a la personalidad humana o derivada de la forma republicana de gobierno.

No solo supone una garantía para el sujeto sometido al proceso penal, sino que es una garantía de todas las personas que respetan la ley, asegurándolas contra cualquier actuación arbitraria de la ley penal.

El apotegma tiene un valor absoluto y es un factor directriz para el legislador y un programa que se impone a sí mismo; es un imperativo que no admite desviación ni derogaciones y que representa una conquista de la conciencia jurídica, que obedece a exigencias de justicia y que solo ha sido negado por regímenes totalitarios (cf. Cairoli, Milton, *El Derecho Penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, Tomo I, 1ª edición, F.C.U., Montevideo, febrero de 2000, págs. 52 y 53).

En esta misma línea de pensamiento, se inscribe la doctrina francesa, entre cuyos más conspicuos representantes se ubican Garraud, Garçon y Jéze, para quienes la regla *nullum crimen* no puede sufrir ninguna excepción, ya que constituye el principio más sólido sobre el que se basa la libertad civil, así como el fundamento de la paz pública. Como fundamento de este principio, estos autores destacan que la ley ha de proclamar de antemano aquello que ordena o prohíbe, de forma que el individuo pueda actuar de acuerdo con la regla de que todo lo que no está expresamente prohibido está permitido y, por lo tanto, pueda gozar de la libertad y de la seguridad jurídica (citados por Eliseu Frígols i Brines, *El principio de Irretroactividad y la Sucesión de Leyes Penales*. Una perspectiva desde el derecho comparado, Prólogo de Javier Boix Reig (Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia), Editorial Jurídica Continental, pág. 41).

Y, en el ámbito americano, es necesario tener especialmente en cuenta que este principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa está consagrado a texto expreso en el Pacto de San José de Costa Rica, cuyo artículo 7.2 preceptúa: "Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas".

Por consiguiente, una ley que prevea un aumento del término de prescripción o, lisa y llanamente, la declaración de imprescriptibilidad de cualquier delito no puede regir para situaciones ocurridas con anterioridad a su entrada en vigencia, so riesgo de vulnerar ostensiblemente un principio tan caro para cualquier Estado de Derecho que se digne de ser tal.

El principio de legalidad es granítico: *nullum crimen, nulla poena sine previa lege poenale*: esta es la base del Derecho Penal garantizador y garantista. No admite la aplicación retroactiva de ninguna norma penal, salvo el principio de benignidad y, además, expresamente consagrado en el Código Penal.

Por lo tanto, la irretroactividad de la ley penal, constituye un requisito inherente a la prohibición penal derivada del artículo 15 inc. 1° del Código Penal, que –como se dijo– está especialmente consagrado por una norma de derecho internacional, como lo es el Pacto de San José de Costa Rica, que es Ley nacional (N° 15.737).

Como señala el profesor español Santiago Mir Puig: “Con la exigencia de una *lex praevia* se expresa la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o gravan su punición: es preciso que el sujeto pueda saber en el momento en que actúa si va a incurrir en algún delito o en alguna nueva pena. Este aspecto del principio de legalidad afecta a su sentido de protección de la seguridad jurídica” (“Bases Constitucionales el Derecho Penal”, Ed. Iustel, 2011, pág. 73).

Asimismo, como lo expresa el catedrático de Filosofía del Derecho español Luis Prieto Sanchís: “Consecuencia lógica del principio de legalidad en sentido amplio es la prohibición de retroactividad de las leyes penales o sancionadoras, que recogen los arts. 9.3 y 25.1 de la Constitución, entre otras cosas porque los tipos penales perderían toda su función preventiva y con ello su legitimidad si fuesen aplicados a hechos ya cometidos en el momento de su promulgación. La garantía de la legalidad debe decir, pues, *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, dado que antes de la existencia de la ley propiamente ninguna conducta puede considerarse delictiva” (“Garantismo y Derecho Penal” Ed. Iustel 2011, pág. 103).

En definitiva, los artículos 2 y 3 de la Ley N° 18.831, al establecer el primero que no se computarán plazos de prescripción ya transcurridos y el segundo al disponer, en forma retroactiva, que a la naturaleza original del tipo penal se adicionará el carácter de “crímenes de lesa humanidad”, provocando como consecuencia su imposibilidad de extinción, vulneran ostensiblemente el principio de irretroactividad de la ley penal más grave y con ello los principios y reglas constitucionales recogidos en los artículos 10 y 72 de la Constitución Nacional, todo lo cual determina el amparo de la pretensión declarativa movilizada respecto de dichas normas.

Por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia, falla:

Haciendo lugar, parcialmente, a la excepción de inconstitucionalidad opuesta y, en su mérito, declarando inconstitucionales y, por ende, inaplicables a los excepcionantes los artículos 2 y 3 de la ley No. 18.831.

Desestimando el excepcionamiento en lo demás. Sin especial sanción procesal. Líbrese mensaje al poder legislativo y oportunamente, devuélvanse los autos.
— Jorge Ruibal Pino. — Jorge T. Larrieux Rodríguez.
— Jorge O. Chediak González. — Julio César Chalar.

— Ricardo C. Pérez Manrique (discorde). — Ricardo C. Pérez Manrique discorde

Desestimo el excepcionamiento de inconstitucionalidad

Introducido.

I) Previamente, en cuanto al pronunciamiento con relación a la legitimación de los indagados en autos, al haberse ejercitado el planteo de inconstitucionalidad en la etapa presumarial, en la que aun no se ha formulado juicio alguno sobre la probable participación de los denunciados en hechos con apariencia delictiva, coincido con lo expuesto por la mayoría.

Comparto, al efecto la posición amplia desarrollada por el Sr. Fiscal de Corte en su dictamen cuando señala que a partir de la reforma del art. 113 del C.P.P., el indagado tiene un interés con las características exigidas por la Carta para movilizar el recurso, el cual según la norma constitucional puede, por vía de excepción, oponerse en “cualquier procedimiento judicial” (art. 258.2 Constitución).

Como se señala a fs. 515 vto. si toda persona indagada tiene derecho a ser defendida desde el primer momento y la actuación del Defensor da la pauta de la existencia de actividad procesal, en una etapa de instrucción –la presumarial– que es el inicio del procedimiento penal, lo que permite entender que los indagados poseen legitimación activa para el planteamiento de la cuestión constitucional que invocan.

II) Ingresando al mérito, en posición coincidente a la postulada por el Sr. Fiscal de Corte se entiende que no corresponde a la Corporación ingresar al análisis de la declaración de inconstitucionalidad peticionada por los excepcionantes en la medida que no se trata de disposiciones que resulten de aplicación al caso concreto.

Como se señala acertadamente por el Sr. Fiscal de Corte a fs. 529 vto. a partir de la reseña de las actuaciones la solución desestimatoria se impone.

Es de advertir, teniendo en cuenta el contenido del dictamen Fiscal en el presumario, así como la decisión del Magistrado actuante, que la referida norma no fue aplicada en autos ni invocada por parte de ambos.

Antes bien, los fundamentos del Ministerio Público están enderezados a pedir el procesamiento por delitos de lesa humanidad y no refiere a la ley cuya declaración de inaplicabilidad se promueve. Dicha norma solamente aparece tangencialmente mencionada en transcripción realizada por el a quo a fs. 413 vto., por tanto, no es de aplicación al caso de autos.

III) Corresponde tener presente que en nuestro sistema de contralor constitucional el efecto de inaplicación de la ley al caso concreto es el que se produce

en todos los sistemas difusos, en los cuales, cualquier juez, en ocasión de aplicar la ley, decide si ésta es o no legítima, especificándose en cuanto al ámbito de actuación del órgano constitucional: "En esencia la actividad consiste en resolver un conflicto de normas que se plantea -generalmente- con motivo de la aplicación de las mismas a un determinado caso concreto".

"El conflicto de normas es por esencia un conflicto lógico jurídico, y la resolución a efectos de determinar cuál de dichas normas se aplicará a la situación particular, es justamente la normal actividad jurisdiccional" (cf. Vescovi, Enrique "El proceso de Inconstitucionalidad de la Ley", págs. 63 y ss.)

El citado autor también releva como requisito de contenido la relación con la causa principal (pertinencia o relevancia) en los siguientes términos: "Es natural que si se pretende obtener un pronunciamiento que valdrá para el caso que se está controvertiendo ante el Juez, el mismo tenga que tener una relación directa con la causa en cuestión. Si fuera ajeno a la misma, carecería de razón plantearla en el juicio principal. La doctrina y la jurisprudencia se muestran exigentes reclamando que la 'quaestio' planteada deba ser un antecedente lógico y necesario para la resolución del Juez. Es imprescindible que exista una conexión indispensable entre la ley impugnada y la cuestión en discusión (pertinencia)" (ob. cit. pág. 161).

En el mismo sentido, Sánchez Carnelli, citando la posición del Dr. Berro Oribe indica: "Nuestro Instituto no es de Inconstitucionalidad de las Leyes, sino de Inaplicación de Leyes por razón de constitucionalidad, que no es la misma cosa. No se trata de 'juzgar' una Ley con el padrón de la Constitución por una Corte. Esto, en cuanto interpretación de la Carta, sólo puede hacerlo el Poder Legislativo. Y podría hacerlo una Corte Constitucional, con decisión de fuerza invalidante... Se trata, sí, de la propia función jurisdiccional. Decir o declarar el derecho con motivo de una contienda jurídica ya sometida o que puede ser sometida a resolución de los Jueces, aunque nada más que sobre un aspecto de la cuestión: aquel de la eficacia relativa para ese caso contencioso de una Ley o disposición legal que inevitablemente aparece indicada para su decisión en razón de su colisión con determinado texto por principio constitucional" (cf. Lorenzo Sánchez Carnelli: "Declaración de inconstitucionalidad de actos legislativos", págs. 112 y ss.).

Siguiendo igual rumbo, la doctrina ha indicado que debe tratarse de una aplicación "ineludible" (o "inex-cusable") de la norma legal al caso concreto.

IV) La solución postulada determina que no corresponda ingresar al mérito de la cuestión deducida puesto que un pronunciamiento al respecto importaría un juicio genérico o abstracto, contra lo que imponen los arts. 259 de la Carta y 508 C.G.P., que indican su

procedencia "...Siempre que deba aplicarse una ley o una norma que tenga fuerza de ley..." (cf. Sentencia No. 179/2006 de la Corte).

Este Tribunal sostuvo en Sentencia No. 24/99, citando fallos anteriores que: "... la Corte se halla facultada para declarar si una ley es o no constitucional; su examen entonces debe constreñirse a la norma y determinar si la misma colide o no con textos o principios superiores que emanan de la Constitución... Los fundamentos en que se apoya este criterio son claros en opinión de la Corte; la declaración acerca de la constitucionalidad de una ley sólo es pertinente si ésta es de aplicación necesaria e ineludible en un caso concreto...; por el contrario a la Corte en la materia le está vedado efectuar declaraciones genéricas y emitir opiniones sobre cuestiones abstractas de derecho..."

En función de ello corresponde concluir que al no haber sido aplicada la Ley No. 18.831 al caso de autos, se impone el rechazo de la declaración de inconstitucionalidad ejercitada.

El art. 1 de la Ley No. 18.831 que deroga la Ley No. 15.858 no es de aplicación al caso de autos jamás amparado en la ley derogada, por eso rechazo la pretensión de quienes dedujeron excepción de inconstitucionalidad.

V) Se cuestiona en autos la norma impugnada, en cuanto declara el carácter de delitos de lesa humanidad de los previstos en la Ley No. 15.848 y las consecuencias de tal afirmación respecto del cómputo de los plazos de prescripción de la acción penal, lo que comprende eventuales agravios constitucionales derivados de los arts. 2 y 3 de la Ley No. 18.831.

En Sentencia No. 365/2009 la Corte afirmó en términos que se comparten, al declararse inconstitucional la Ley No. 15.848:

"... las normas atacadas excluyeron del aparato sancionatorio del Estado a sujetos que, para ello, no necesitaron ser juzgados por el Poder de gobierno que tiene a su cargo la función soberana de aplicar las penas.

En definitiva, las normas atacadas excluyeron de la órbita del Poder Judicial el juzgamiento de conductas con apariencia delictiva, lo cual transgredió el principio de separación de poderes y afectó muy seriamente las garantías que el ordenamiento constitucional puso en manos de aquél".

A continuación y respecto de las denominadas leyes de amnistía o de perdón se afirmó:

"Analizada la cuestión en su contexto, se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del

tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. Por el contrario, la regulación actual de los derechos humanos no se basa en la posición soberana de los Estados, sino en la persona en tanto titular, por su condición de tal, de los derechos esenciales que no pueden ser desconocidos con base en el ejercicio del poder constituyente, ni originario ni derivado.

Como señala Nogueira, en la medida en que los derechos humanos son inherentes a la dignidad humana, ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no pudiendo invocarse el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, los mecanismos y las garantías establecidas por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad (citado por Martín Risso Ferrand, ob. cit., págs. 114 y 115).

En este sentido, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados preceptúa que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

La Corte concluye luego de analizar jurisprudencia de orden internacional -Corte Interamericana- y nacional que:

“A modo de síntesis, la ilegitimidad de una Ley de amnistía dictada en beneficio de funcionarios militares y policiales que cometieron delitos de esta naturaleza, gozando de impunidad durante regímenes de facto, ha sido declarada por órganos jurisdiccionales, tanto de la comunidad internacional como de los Estados que pasaron por procesos similares al vivido por el Uruguay en la misma época. Tales pronunciamientos, por la similitud con la cuestión analizada y por la relevancia que han tenido, no podrían soslayarse en el examen de constitucionalidad de la Ley No. 15.848 y han sido tenidos en cuenta por la Corporación para dictar el presente fallo”.

La norma impugnada, Ley No. 18.831 restablece la pretensión punitiva del Estado en su artículo 1, declara que los plazos de prescripción o de caducidad no se computarán entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley (art. 2) y declara que los hechos comprendidos en la Ley No. 15.848 constituyen delitos de lesa humanidad (art. 3).

Entiende el legislador, que de esta forma el Estado Nacional cumple con sentencia de la Corte Americana en el denominado caso Gelman, dejando sin efecto la Ley No. 15.848.

Destaco que esta Corte en su argumentación al declarar la inconstitucionalidad de la Ley No. 15.848 y se-

gún transcripción que se realizara, en definitiva afirmó la ilegitimidad de las leyes de amnistía o de perdón, en línea coincidente con la Corte Interamericana y otros Tribunales Constitucionales del continente.

La línea argumental desarrollada es coincidente con la de la CIDH, más allá de que a criterio de este Ministro, en el caso de autos la sentencia del caso Gelman no tiene incidencia.

Además el art. 68.1 de la Convención Americana, relativo a la obligatoriedad de los fallos de esa Corte Interamericana afirma:

“Los Estados Partes de la Convención se comprometen a cumplir la decisión en todo caso en sean partes” (Ochs Olazábal, “El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman con Uruguay”, *La Ley Uruguay*, Año IV N° 7, julio 2011; Blengio Valdés, “Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs. Uruguay”, *Revista de Derecho Público*, F.C.U., Montevideo, año 2011, N° 39; Risso Ferrand, *Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)*, Newsletter, *El Derecho Digital Uruguayo*).

Corresponde señalar que cuando Uruguay ratificó por Ley No. 15.737 la Convención Americana de Derechos Humanos, el Poder Ejecutivo de la época ejercido por el presidente Dr. Julio M. Sanguinetti y el Ministro de Relaciones Exterior Cr. Enrique Iglesias en acto voluntario, aceptó indefinidamente la jurisdicción de la CIDH y de la Comisión Interamericana.

La inequívoca y permanente conducta internacional del Estado Uruguayo ha sido de respeto y respaldo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La variación de tal situación jurídica necesariamente debería darse en conjunto con la denuncia del Tratado.

De entenderse que la norma establecida en el Artículo 3 de la Ley No. 18.831 al establecer: “Declárase que, los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte”, consagra como principio general que los delitos contemplados en la Ley No. 15.848, derogada, constituyen casos de delitos de lesa humanidad, a mi criterio no constituye modificación del régimen jurídico vigente en la República. Pues tales delitos ya integraban el orden jurídico vigente en el país.

Con la finalización de la Segunda Guerra Mundial, ante las atrocidades cometidas por Alemania y Japón, la respuesta fue la creación de Tribunales Internacionales para juzgar tales conductas y así nacieron los Tribunales de Nuremberg y de Tokio.

El Tribunal de Nuremberg se constituyó con la competencia determinada por su estatuto en el cual

se reconoció la existencia como parte del *jus cogens* internacional de conductas delictivas inaceptables para la humanidad.

El Estatuto del referido Tribunal Militar, en su art. 6 establece:

a. Crímenes contra la paz: A saber, planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de Tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados.

b. Crímenes de guerra: A saber, violaciones de las leyes o uso de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes.

c. Crímenes contra la humanidad: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la 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 del país donde se perpetraron”.

El Tribunal de Nuremberg se constituyó por Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado. En el Art. II “c” se consideró que los crímenes contra la humanidad eran “las atrocidades y delitos, incluidos pero no limitados al asesinato, la exterminio, sometimiento a esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violación y otros actos inhumanos cometidos contra una población civil, o la persecución política, racial o religiosa, en violación o no a las leyes nacionales del país donde los mismos hubieren sido perpetrados”. En consecuencia se suprimió la hasta entonces necesaria vinculación de los crímenes de lesa humanidad del literal c) con los crímenes de guerra de los literales a) y b).

Uruguay por decreto de 12 de noviembre de 1945 publicado en el Registro Nacional de Leyes y Decretos, págs. 1025 y ss. estableció su adhesión al acuerdo de Londres en los siguientes términos:

“Que corresponde que el Uruguay, como país beligerante y miembro de las Naciones Unidas preste su adhesión y coadyuve en los planes adoptados, planes que, en materia de crímenes de guerra se hallan también aconsejado por el Comité Jurídico Interamericano de Rio de Janeiro del 30 de julio de 1945”.

En función de lo cual el Presidente de la República decretó la autorización al Embajador en el Reino Unido para que transmita al Gobierno de Gran Bretaña e Irlanda del Norte la adhesión del Gobierno del Uruguay al Acuerdo suscripto en Londres el 8 de agosto de 1945, que dispuso la creación de un Tribunal Militar Internacional destinado al enjuiciamiento y castigo de los principales crímenes de guerra del Eje europeo.

Por este acto soberano, nuestro país reconoció no solamente la competencia de este Tribunal, sino la existencia de los delitos que comprende su Estatuto.

Por definición los delitos comprendidos en el Estatuto no admiten la exculpatoria de la obediencia debida y son imprescriptibles.

En aplicación de tales principios Uruguay adhirió a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, por Ley No. 17.347, del 19 de junio de 2011.

El art. 1 establece la imprescriptibilidad cualquiera sea el tiempo en que se hayan cometido de, entre otros los crímenes de lesa humanidad.

Uruguay, se encuentra en situación de obligación internacional respecto del cumplimiento del Estatuto del Tribunal de Nuremberg al haber adherido especialmente aceptando su competencia.

Por definición, se repite, estos delitos son imprescriptibles por constituir el *jus cogens* internacional. La Convención de imprescriptibilidad, en consecuencia tiene también efectos declarativos de obligaciones preexistentes y no puede alegarse su inaplicación por la fecha en que el Estado uruguayo la ratificara.

Tan es así que al aprobar la Convención que los declaró imprescriptibles, la comunidad internacional lo que hace es ratificar el principio de imprescriptibilidad en función del carácter de *jus cogens* de los delitos de lesa humanidad.

Refuerza tal carácter al referir que son tales delitos “cualquiera sea el tiempo en que sean cometidos” con lo que se confirma que más allá de la fecha de su comisión, deben ser perseguidos penalmente.

La interpretación *pro homine* de tal norma permite a concluir que la Convención tiene por finalidad reconocer una situación jurídica que se define por la carencia de tiempos que los vuelvan no perseguibles penalmente. Ello es así por la naturaleza de estas conductas y porque es la Humanidad, la afectada en última instancia por estos delitos.

Pero además tiene recepción este tipo de crímenes en nuestros propio Derecho Constitucional, toda vez que la Constitución de la República establece en su artículo Art. 239 que a la Suprema Corte de Justicia corresponde:

“Juzgar...sobre delitos contra Derecho de Gentes...” (Nal. 1).

Confiere a la ley la potestad de regular los aspectos procesales referidos a la competencia originaria establecida en el primer inciso del numeral.

Ese orden jurídico supranacional está reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que regula su aplicación en el plano de la represión penal de determinadas conductas.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Ley No. 13.751:

“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional...”

Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su Artículo 9 -Principio de legalidad y de retroactividad-, refiere al derecho aplicable, excediendo el nivel de la ley interna:

“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable”.

En el mismo sentido el art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que no hay pena sin ley:

“1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas”.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ampara la existencia de este orden normativo en su art. 53:

“Es nulo todo tratado que en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una

norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

La Corte Europea de Derechos Humanos en el caso denominado de los “Guardianes del muro”, es decir los crímenes cometidos por los guardias del denominado “Muro de Berlín” en la ex RDA que estaban mandatados para extinguir si era necesario a quien quisiera cruzar la frontera, entendió que: “una práctica estatal como la política de policía de frontera de la RDA, que viola flagrantemente los derechos humanos y sobre todo el derecho a la vida, valor supremo en la jerarquía internacional de los derechos humanos, no puede estar cubierta por la protección del art. 7º de la Convención. Dicha práctica que vació de contenido la legislación sobre la cual se suponía estaba basada, y que fue impuesta a todos los órganos de la RDA, incluyendo sus tribunales, no puede ser descrita como derecho, en el sentido del art. 7º de la Convención”.

En consecuencia tales actos quedan encartados en el concepto de crímenes de lesa humanidad.

Norma general de jus cogens internacional, aplicable por todos los Estados, más allá de su codificación a través del Estatuto de Roma. El efecto de éste es añadir certeza y taxatividad a algo preexistente.

Las acciones delictivas de autos por su gravedad y excepcionalidad, resultan de un contexto en el cual la violación y denegatoria de derechos, fueron el medio elegido para obtener determinados objetivos políticos, se hizo sistemática la práctica del terrorismo de Estado.

El Estado ha reconocido por Ley No. 18.596:

“el quebrantamiento del Estado de Derecho que impidiera el ejercicio de derechos fundamentales a las personas, en violación a los Derechos Humanos o a las normas del Derecho Internacional Humanitario, en el período comprendido desde el 27 de junio de 1973 hasta el 28 de febrero de 1985” (art. 1).

Por la misma Ley se ha reconocido “la responsabilidad del Estado uruguayo en la realización de prácticas sistemáticas de tortura, desaparición forzada y prisión sin intervención del Poder Judicial, homicidios, aniquilación de personas en su integridad psicofísica, exilio político o destierro de la vida social, en el período comprendido desde el 13 de junio de 1968 hasta el 26 de junio de 1973, marcado por la aplicación sistemática de las Medidas Prontas de Seguridad e inspirado en el marco ideológico de la Doctrina de la Seguridad Nacional” (art. 2).

Las conductas señaladas constituyen delitos de lesa humanidad, por su gravedad, sistematicidad y generalidad de su reiteración.

En aplicación de la interpretación pro homine de los DDHH conforme el bloque de constitucionalidad,

cuya aplicación es imperativa para todos los órganos jurisdiccionales, como afirmara esta Corte en Sabalsagaray, es perfectamente compatible con la Constitución la admisión de un orden normativo comprendido por un único bloque de constitucionalidad cuyo contenido fuera descrito en aquel pronunciamiento.

Es menester interpretar y aplicar dicho orden jurídico por los Jueces Nacionales, sin violentar la Constitución de la República ni los tratados de DDHH.

Como se señalara al analizar el fallo de la Corte Suprema de Justicia en "Arancibia Clavel" en el que se decide acerca de la aplicación del principio de imprescriptibilidad en los delitos de lesa humanidad: "... esos actos ya eran imprescriptibles para el derecho internacional, puesto que si bien la aprobación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad se produjo con posterioridad a esos hechos, dicho 'instrumento' sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (jus cogens), en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos" (cfme. "Derechos Humanos: Justicia y reparación." Ricardo Luis Lorenzetti y Alfredo Jorge Kraut", págs. 138 a 139).

Dichas normas generales obligan al Estado, a sus instituciones y a sus ciudadanos al respeto de los Derechos Humanos, en definitiva han contribuido a desarrollar el principio ya establecido en el art. 239 Nral. 1 de la Constitución.

El efecto del fallo en el presente, será la declaración de que no existen objeciones de constitucionalidad

para avanzar en la sustanciación del proceso, sin perjuicio de lo que corresponda decidir sobre el fondo de la cuestión en las instancias procesales oportunas.

En definitiva, rechazo la excepción de inconstitucionalidad respecto de los artículos 2 y 3 de la Ley No. 18.831.

Primero porque no se aplican en el caso de autos.

Segundo porque no resultan inconstitucionales porque no constituyen innovación en el ordenamiento jurídico internacional, en la medida que, como lo ha sostenido la Corporación en anteriores oportunidades, los Tratados de Derecho Internacional aplicables consagran determinados principios que hacen a la protección de los Derechos Humanos en su integralidad, situación jurídica con raigambre constitucional para el Uruguay en virtud de lo establecido en el art. 239 Nral. 1 de la Constitución de la República.

Tercero, porque además el artículo 3 admite interpretación conforme a la Constitución, los delitos del art. 1 son crímenes de lesa humanidad "de conformidad con los tratados internacionales en que la República es parte".

Corresponde al intérprete y no al tribunal de constitucionalidad, determinar si los hechos investigados integran el elenco del art. 3, de los delitos de lesa humanidad por encontrarse en los tratados firmados por la República.

No todos los delitos comprendidos en la Ley No. 15.848 son de lesa humanidad, pero algunos sí lo son y ello será determinado por el tribunal de mérito, que deberá calificar si las conductas delictivas tipificadas en el Código Penal cometidas en el marco de la acción del terrorismo de Estado constituyen o no crímenes de lesa humanidad. — *Ricardo C. Pérez Manrique.*

.....

CRIMINOLOGÍA



El desafío epistemológico de la criminología

POR ALEJANDRO POQUET

Sumario: I. Introducción: una cumbia señala el problema y el camino. — II. Tesis: la nada que nada provoca violencia. — III. Ejemplo de glorificación de la acción. — IV. Las acciones se multiplican y desbandan. — V. La estética de la ética utilitaria. — VI. La culpa de la metodología empirista. — VII. ¿Pero es culpa del método? — VIII. El criminólogo en busca de la opinión pública. — IX. Hacia una nueva epistemología criminológica. — X. El político en busca de la criminología.

I. Introducción: una cumbia señala el problema y el camino

El humor es una forma de arte que puede llegar antes o en mejores condiciones que la ciencia a la comprensión de un ente cualquiera. Es lo que sucede con la “Cumbia epistemológica” de Les Luthiers, que de manera disparatada mezcla nombres de filósofos y métodos científicos en el diálogo de dos jóvenes enamorados, mientras bailan un sábado a la noche con el único fin de seducción y conquista. Pero con magistral ironía el párrafo final sintetiza un sombrío diagnóstico existencial y lanza una propuesta de alto rigor académico, sin abandonar el ritmo y festividad de la canción:

*Vamos a cambiar, vamos a cambiar!
Esta vida vacía, esta vida vacía!
Vamos todos a estudiar epistemología.*

Este verdadero epigrama encierra los dos conceptos centrales que se abordarán aquí. Un notorio vacío teórico, científico e ideológico detrás de las numerosas acciones dirigidas contra la violencia en representación del sistema de seguridad pública, y la epistemología como un conocimiento especial que necesita elaborar la criminología para contribuir a llenar ese vacío y lograr niveles más pacíficos de convivencia.

II. Tesis: la nada que nada provoca violencia

En el mundo de la seguridad pública lo primero que salta a la vista es la gran demanda y oferta de acciones, programas y discursos (otras formas de acción), reformas normativas, códigos penales y procesales que se modifican una y otra vez, refor-

mas organizacionales de la policía, poder judicial y ministerios, medidas de prevención del delito situacionales, comunitarias y sociales, etc. El vértigo por la acción define y caracteriza a este mundo. No obstante la violencia o, mejor, las violencias (porque sus formas son variadas y se relacionan y alimentan entre sí) parecen no haberse enterado de ese tremendo desgaste de energía, gran parte del cual termina formando parte de la violencia que se trata de combatir.

La tesis que propongo es que estas acciones se reproducen y multiplican porque no hay detrás de ellas un núcleo duro teórico, científico, que las sujete, oriente y les dé un sentido en el universo delimitado por una democracia y un Estado Social de Derecho. El motivo de esta proliferación de acciones es una nada en el sentido de pérdida de ese origen teórico. Se trata de una nada que nada (1) (con perdón de los positivistas lógicos), en cuanto provoca acciones que, independientes y liberadas

(1) La célebre expresión *Das Nichts nichtet* de Heidegger implica que la nada pertenece al propio ser y es lo que hace posible la manifestación del ente (¿Qué es metafísica? en Hitos, Editorial Alianza, Madrid, 2000, pp. 93/108). La idea del texto es poner en evidencia que la ausencia de un corpus criminológico es la nada que contribuye a configurar el ser de la violencia, la cual se reduciría considerablemente o tomaría otra fisonomía totalmente diferente si las acciones implementadas en su contra derivaran de un pensamiento criminológico propio de un Estado Social de Derecho y epistemológicamente adecuado según el tipo de realidad a analizar, como se verá más adelante. Cualquier mirada parcial de la violencia, reduccionista, sintomática, es absorbida por esa nada que termina provocando más violencia por incapacidad de explicar los fenómenos violentos, sugiriendo servilmente las acciones ciegas que demanda la urgencia.

de todo compromiso conceptual, se desbocan generando consecuencias imprevisibles, contradictorias, al punto de llegar en muchos casos a provocar el efecto contrario, y en algunos otros a enmudecer porque nadie conoce sus resultados o se resisten a ser analizadas, tal como veremos en el ejemplo del capítulo siguiente.

En consecuencia al no ser comprendida, la violencia se rebela contra el sujeto que lanza la acción dejándolo sujetado a la violencia misma, girando alrededor de ella. Es su mecanismo perverso, la cotidianeidad violenta desata una urgencia que rechaza el tiempo en el que transcurre el pensamiento, y a falta de sujeción o anclaje teórico se glorifica la acción en sí misma, se la venera por su inmediatez aunque ocasione precisamente aquello que quiere evitar.

En cambio la acción que nace dentro de un contexto teórico sólido se sabe observada y sabe que tiene que responder o moverse dentro de ese marco, es responsable porque responde a lo prometido. No se presta a cualquier experimento ni es dócil a cualquier presión, y esta resistencia derivada de su origen ideológico y teórico es la garantía contra el peligro que acecha a toda política criminal ante la urgencia diaria: la tentación autoritaria de la medida aislada tendiente a hacer desaparecer el síntoma, sin modificar las condiciones que originan y le dan permanencia a ese síntoma.

Sobre esta urgencia se expande un imperialismo práctico que atraviesa las fronteras de los países y conquista sus políticas criminales. Es verdad que hasta la acción más torpe viene precedida de alguna idea. Foucault observó que en la más estúpida de las instituciones siempre hay una pequeña idea, incluso en los hábitos silenciosos (2). Pero tener una idea no es ejercitar un pensamiento criminológico con una clara finalidad política democrática y republicana, sino más bien es el mero ejercicio de poder que en su fuerza bruta arrastra un prejuicio que, públicamente exhibido, participa de la naturaleza del eslogan publicitario.

Los ejemplos más claros se relacionan con propuestas represivas tales como “no dejar que

los delincuentes entren por una puerta y salgan por la otra” o “guerra al crimen o al enemigo”, pero también esta fuerza acompañada de prejuicios se expande -nadea- hacia la familia de acciones “preventivas” que se lanzan tras la premisa criminológica de no tolerar una sola ventana rota para evitar el contagio dañino: iluminación, poda de árboles, cámaras de vigilancia, muros, rejas y guardia privada o pública protegen esa ventana, pero al costo de promover una lógica de trinchera mal llamada de inclusión, como si se estuviera al frente de un campo de batalla, cuya contracara es una lógica de exclusión contra todos los que no miran a través de esa ventana porque son de otro barrio o, como sucede habitualmente, pertenecen a barrios carenciados, profundizando aun más las diferencias sociales, lo que es un modo muy eficaz de consolidar la violencia estructural.

Si la preocupación teórica es la salud de una ventana no hace falta la construcción laboriosa de una teoría criminológica ni su articulación con las dimensiones ideológicas y políticas, tampoco si la idea subyacente es otro síntoma más complejo pero síntoma al fin, como lo es el protagonista de la acción visible, el delincuente, el terrorista, el inmigrante, el otro, hacia el cual se orienta todo el aparato represivo gracias a una nada alimentada por un fanático psicologismo y biologismo que desprecia cualquier categoría social y política, todo tipo de interaccionismo y análisis estructural, como si el útero del hombre fuera una calabaza. Salvo que se trate de premiar una acción virtuosa, entonces este reduccionismo individualista invierte la mirada y, ya colectivista, invita a compartir el galardón junto al homenajeados a la familia, escuela, patria y Estado.

III. Ejemplo de glorificación de la acción

Mostraré un ejemplo de una gran acción que esconde el vacío denunciado provocador de resultados contradictorios, en cuanto contradicen la proclama agitada y van en dirección opuesta a lo prometido, sumando violencia en lugar de contenerla. Es un ejemplo proveniente de Estados Unidos de Norteamérica, y su pertinencia radica en que se trata de la principal potencia en un mundo globalizado, razón por la cual cualquier acción que se ponga en marcha circula a una velocidad tal que su eco llega casi simultáneamente a cualquier otro país, a diferencia de la velocidad para trasladarse de las personas que va disminu-

(2) Citado por Stanley Cohen en el Prólogo a La herencia de la criminología crítica de LARRAURI, Elena, Siglo Veintiuno Editores, México, 1992.

yendo progresivamente debido a trabas y muros que en este mismo tiempo globalizado se están levantando.

El 11 de setiembre de 2001 se produjo el atentado contra las Torres Gemelas, un mes y medio después el Congreso de los Estados Unidos aprobó la ley conocida como Acta Patriótica con cientos y cientos de páginas y artículos, sobre la base de un proyecto del Departamento de Justicia y bajo presión del Fiscal General John Ashcroft agitando la inminencia de nuevos ataques terroristas (3). En ese escasísimo período de tiempo se sancionó una ley que trata los más diversos y trascendentales temas, como la seguridad nacional, interceptación de comunicaciones, flujos electrónicos, digitales y registros, medidas financieras de control, terrorismo, fronteras, leyes de inmigración, leyes penales y otros.

IV. Las acciones se multiplican y desbandan

Esta inmediata re-acción del Poder Ejecutivo que contó con la dócil aprobación de ambas Cámaras del Congreso, generó a su vez otras acciones derivadas de la supremacía que concedió el Acta Patriótica al Poder Ejecutivo sobre los otros dos poderes, como las Circulares del Fiscal General Ashcroft que extendieron su jurisdicción frente a las agencias judiciales, permitieron al personal militar llevar a cabo investigaciones contra civiles, ampliaron las facultades de investigaciones del FBI hasta la realización de operaciones secretas. A su vez el Departamento de Justicia obligó a las instituciones carcelarias a monitorear las comunicaciones entre los detenidos y sus abogados (4).

Tras la declaración del estado de emergencia el Presidente dictó una orden ejecutiva con un sistema sancionador financiero en contra de organizaciones y personas consideradas terroristas, con la facultad de Estados Unidos de bloquear las cuentas de bancos extranjeros si otros países rechazan cooperar bloqueándolas en sus respectivos territorios, ampliando constantemente la lista de sospechosos con organizaciones de

(3) Los datos de este capítulo fueron obtenidos de La legislación antiterrorista en Estados Unidos ¿Inter arma silent leges?, de Vervaele, John, A.E., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.

(4) Ob. cit., p. 57 y sgts.

diferentes partes del mundo, hombres de negocios y ONG (5).

Días después de sancionada el Acta Patriótica y ya reducido el Congreso a espectador pasivo, en soledad el presidente Bush firmó una orden militar autorizando que los enemigos extranjeros fueran juzgados por comisiones militares, convalidando la categoría de enemigo sin guerra o, mejor, desnaturalizando la guerra y extendiéndola a la lucha contra el terrorismo, con la particularidad de que los vencidos no gozan de los derechos contemplados en los Convenios de Ginebra ni son reconocidos como prisioneros de guerra (6).

La gloria de una acción es simétricamente proporcional a la profundidad de la nada teórica que la precede, y a mayor glorificación más devastadores son sus efectos, al punto de resultar imposible su evaluación en el corto plazo, no sólo para el propio imperio sino para la cultura jurídica del orden globalizado. Una orden militar derogó el derecho internacional humanitario y el orden constitucional nacional, con un poder ejecutivo en el ejercicio de funciones judiciales, comisiones militares juzgando civiles en tiempos de paz, procesos penales sin publicidad, defensores sin poder conocer ni controlar la prueba ni poder hablar en privado con defendidos, inocentes declarados culpables por el solo voto del presidente de la comisión militar juzgadora a pesar de la opinión contraria del resto de los integrantes de esa comisión.

Pero es mayor aun la perversidad que provoca el vacío teórico, la vacuidad conceptual criminológica desconectada de los principios esenciales del Estado de Derecho, porque ante la emergencia la acción se vuelve tan inmediata, irracional y desbocada que termina volviéndose en contra no ya sólo de esos principios sino, además, de la propia emergencia.

El Presidente protagonista del Acta Patriótica fue el mismo que instaló casi simultáneamente una política antiterrorista oculta e ilícita aun para la -ilegítima e inconstitucional- Acta Patriótica, con órdenes secretas desconocidas por el Congreso, un programa de espionaje doméstico, traslados clandestinos junto con la CIA de enemigos

(5) Ob. cit., pp. 63/68.

(6) Ob. cit., pp. 68/75.

combatientes a centros de detención instalados en otros países a la manera de tercerización de la tortura (7).

Una ley, circulares y una orden militar del Poder Ejecutivo constituyen la familia de acciones gloriosas y glorificadas porque inmediatamente y sin claudicar marchan marcialmente contra la violencia terrorista. No obstante por la urgencia y necesidad de demostración de fuerza imperial, esas acciones se independizaron del saber criminológico y de la filosofía iluminista y racionalista que fundó la Constitución más antigua de América y que sirvió, a su vez, para iluminar el ordenamiento jurídico primario del resto del continente, convirtiendo al histórico ejemplo de democracia continental en un orwelliano estado de policía, que gracias a la alquimia de la fuerza bruta logró la panacea de la omnipresencia de la vigilancia estatal, envidia de la utopía panóptica benthamiana: en lugar de visibilizar cada rincón de la geografía soberana, directamente tornó invisible el espacio y el ser humano, convirtiendo a los enemigos-terroristas en “no personas” y a Guantánamo y Abu Ghraib en “no lugares” (8).

De acuerdo con la ley de toda emergencia se prometió que el Acta Patriótica tendría vigencia provisoria; respetando esa ley el Acta fue ratificada en el año 2006. La emergencia se eterniza e instaura un linaje. Candidatos a la presidencia en las últimas elecciones de esa potencia mundial, afirmaron públicamente que el “submarino” aplicado a prisioneros no es una tortura. En estos días Estados Unidos trata de convencer a los gobiernos latinoamericanos de la existencia de una nueva emergencia bajo la formulación de “desafío multifacético y solapado”, según la cual el enemigo puede tener cualquier rostro, ya no únicamente el del árabe musulmán, recomendando la injerencia de los militares en los asuntos internos.

Dos paradojas finales que se entrelazan:

La gran mayoría de víctimas del terrorismo, definido según el canon estadounidense, no son ciudadanos norteamericanos sino musulmanes pero el temor se agita cada vez más incesantemente desde la potencia del Norte, con impacto

(7) Ob. cit., pp. 75/78.

(8) AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer: El poder soberano y la nuda vida*, Valencia, Pre-Textos, 1998.

en la política alemana a través del concepto *Islamistischer Gefährder* (9).

Ese terrorismo es hijo del Estado, de una política de terrorismo de Estado implementada por Estados Unidos en la década de los años 80 del siglo pasado, época en la cual la CIA con amigos entrenaron unos 100.000 fanáticos de diversos países como Africa del Norte y Arabia Saudita para combatir la invasión de la Unión Soviética en Afganistán (para combatir, en realidad, al enemigo común de Occidente: los rusos), siendo uno de los alumnos más destacados Osama Bin Laden, quien se transformó dos décadas después en el hijo pródigo, el terrorista más buscado por el mismo Estado que lo educó (10).

La naturaleza y la vida imitan al arte, y no al revés. Este descubrimiento de Oscar Wilde (11) que invierte una verdad histórica y acriticamente aceptada, ayuda a entender que los terroristas no han hecho mucho más que imitar al Estado que los engendró, hijos antes que padres de la violencia, y así como el arte revela la falta de inteligencia y de plan de la naturaleza, su tosquedad, el Estado terrorista convierte en traición esta revelación de sus vástagos, y puede llegar a castigar con el método pedagógico más emblemático del terror, la desaparición, como lo hizo con Bin Laden a pesar de que había reconocido públicamente que aquellos años de educación terrorista habían sido los más felices de su vida (12).

V. La estética de la ética utilitaria

Hay, además, una dosis de ironía que permite comprender la propagación de la especie de la

(9) BÖHM, María Laura, *El ente inseguras y la inseguridad del derecho penal. Reflexiones a partir del caso alemán*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año II, número 3, Abril 2012, pp. 156/180.

(10) CHOMSKY, Noam, *El terror como política exterior de Estados Unidos, Libros del Zorzal*, Buenos Aires, 2001; y *Piratas y Emperadores. Terrorismo internacional en el mundo de hoy*, Ediciones B, Barcelona, 2003; GELMAN, Juan, *Afganistán-Iraq. El imperio empantanado*, Planeta, Buenos Aires, 2003.

(11) WILDE, Oscar, *La decadencia de la mentira*, Ediciones Siruela, Madrid, 2000.

(12) MOONEY, Jayne y YOUNG, Jock, *El terror tras el terror: después del 9/11*, p. 292, en *Políticas de seguridad. Peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo*, compiladores María Laura Böhm y Mariano H. Gutiérrez, Editores del Puerto, Buenos Aires.

emergencia con su ética utilitaria. A falta de genealogía teórica, la fuerza ciega es promocionada en público con la envoltura de una estética de amplia aceptación en tiempos de inmediatez (tiempos de tiempo escaso) que se identifica con la técnica del marketing. La clave de la eficacia es acertar con el logotipo (no ya el símbolo) adecuado en el mercado de la inseguridad: lacónico, impactante, luminoso, sugerente y, si es posible, rítmico, tal como se logró con la sigla que fue presentada al mundo esta legislación antiterrorista, que en español no trasmite absolutamente nada, pero si se pronuncia letra por letra en el idioma de origen se sentirá un ritmo pegajoso que tiende al contagio: *USAPA (USA Patriot Act)* a la manera del estribillo *USA America OK* y tantos otros de fácil rima y repetición.

Claro que en este caso no se trata de una canción, sino de la sigla que instala la legislación que, en respuesta al atentado de las Torres Gemelas, atentó contra derechos y garantías constitucionales de más de dos siglos. La habilidad consistió en camuflar ese estropicio cultural bajo la denominación de Acta Patriótica, puesto que ¿quién podría oponerse a normas patrióticas salvadoras de la nación? Sólo un traidor. Si la invocación a la patria encima es rítmica, mucho mejor para lograr más adeptos dentro y fuera del país, sin que nadie se anime siquiera a hacer un análisis sistemático, dogmático, de esa voluminosa legislación y sus consecuencias jurídicas y políticas, a riesgo de ser juzgado por militares sin que se sepa bajo qué reglas ni en qué lugar.

USAPA es la abreviatura de *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*. Se quiere significar que la unión y fortaleza de América del Norte depende de las medidas que se apliquen en contra del terrorismo. El título por sí solo es por demás elocuente, pero al ser demasiado extenso hubo que acortarlo y hacerlo dócil a los oídos de los consumidores.

VI. La culpa de la metodología empírica

Ya hemos advertido que la nada que provoca violencia no implica que no exista ninguna idea detrás de las acciones que se implementan, sino, fundamentalmente, la ausencia de un cuerpo teórico criminológico que permita comprender la razón de ser, el sentido y la utilidad de la acción que se promueve, cómo se desarrollará y cuáles

serán sus efectos prácticos en el conjunto de otras acciones que simultánea y sucesivamente se vayan aplicando. La filosofía y antropología de esa teoría criminológica, su ideología, debe, además, armonizar con los principios de la democracia, república y Estado de derecho.

Una teoría criminológica no es un amontonamiento de proclamas o eslóganes, no se construye un edificio teórico con ladrillos de tan oscura y baja calidad conceptual como “terminar con la delincuencia”, “guerra a las drogas”, “tolerancia cero frente el delito”, “más cárceles, policías, personal judicial, leyes penales y presupuesto”. Cualquier acción que provenga de estas proclamas está destinada al azar, porque lo único que garantiza la dirección prevista es un origen teórico bien construido al cual queda sujeta la acción, del cual depende y al que le rinde cuentas.

Para situarnos en un extremo poco sutil pero de máxima enseñanza, el mayor ejemplo de fuerza bruta, el exterminio de millones de personas en la segunda guerra mundial tampoco careció de ideas e, incluso, hasta el mismo Hitler ensayó la escritura en dos oportunidades (13). Pero no es propio de un pensamiento sistemático (tal vez ni del pensar) repetir demagógicamente conceptos como raza, destino, espacio vital, con el fin de conquistar otros países y exterminar semejantes.

La criminología positivista tiene su dosis de responsabilidad en la construcción de esa nada teórica en cuanto impide conocer el acontecimiento violento en su totalidad, establecer vínculos con dimensiones más amplias que el propio cuerpo o entorno, diferenciar las distintas situaciones violentas y sus nexos estructurales, analizar si la respuesta estatal es la adecuada o si, por el contrario, contribuye a agravar el problema y, lo que no es menor, el significado dado al acto por el autor (14) para evitar su consideración como objeto de-

(13) HITLER, Adolf, *Mi lucha*, Ediciones Trasandinas, 1ra. edición en castellano totalmente traducida de la versión alemana de enero de 1934, del NSDAP (Partido Nacional-socialista Obrero Alemán); y *Raza y destino*. Un libro secreto del autor de *Mi lucha*, Editorial Juventud, Barcelona, 1962. Este segundo libro no fue titulado por Hitler y se publicó luego de su muerte sobre los originales que dictó durante el año 1928. En alemán e inglés su publicación lleva el título de Segundo libro de Hitler.

(14) MATZA, David, *El proceso de desviación*, Taurus, Madrid, 1969.

terminado por factores más o menos cercanos. Su metodología exclusivamente empírica llevó a que la explicación teórica fuera devorada por el dato concreto, la información cruda, la cifra fría.

Que un método haya tenido éxito en el ámbito de las ciencias naturales no significa que obtendremos ese mismo éxito con su sola imitación en el campo de las ciencias sociales, ya que, por sí solo, es insuficiente para estudiar un fenómeno social tan complejo como la violencia, necesitada más que de medición de una profunda interpretación o, si se prefiere, de mediciones, estadísticas y encuestas sujetas a permanente interpretación desde (otra vez) un marco teórico previo.

No sólo en nuestra región sino en Europa y Estados Unidos se padece esta distorsión metodológica en la ciencia criminológica, cuya sobreestimación del experimento o la estadística como finalidades en sí mismos deja al resultado o al número obtenido libre de explicación o pasible de varias explicaciones contradictorias entre sí (15). Esta independencia de cualquier marco teórico, esta dependencia simultánea de todos los marcos teóricos, es la garantía previa para que la acción en sí misma sea glorificada, más allá y a pesar de sus efectos contradictorios o herméticos. El limbo criminológico que promueve la metodología positivista, es otra forma de denominar a esa nada teórica que nadea hacia la violencia.

Ese limbo ha sido históricamente usufructuado por la misma criminología positivista con sus prejuicios etiológicos, biólogos, en un primer momento burdamente racistas pero ahora de una manera *light*, basados en una libertad absoluta del hombre que delinque (la calabaza es el vientre materno), de acuerdo con los tiempos posmodernos que corren en los que lo colectivo no es digno de análisis. En consecuencia, la alianza entre este poder y este saber está consumada: el dictado de estos tiempos es actuar, no se puede estar quieto menos frente a la violencia, y hay una criminología al servicio de este vértigo, cuyo método se reduce a contabilizar síntomas, todo aquello que se ve a simple vista, los delitos descubiertos y los delincuentes encerrados.

(15) SWAANINGEN, René van, *Perspectivas europeas para una Criminología Crítica*, en Colección Memoria Criminológica, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011.

La violencia es un fenómeno social complejo, pero no hay tiempo para análisis sofisticados sobre fenómenos ni interacciones, estructuras e instituciones, vinculaciones entre distintas dimensiones violentas. Es necesario reducir la complejidad, dedicarse al síntoma, encuestarlo y contarlo todas las veces que sea necesario. El problema es el bajo umbral epistemológico de la cantidad, del dato estadísticamente recogido que, como se dijo, por sí solo dice muy poco o puede decir muchas cosas distintas al mismo tiempo. A su vez, el problema de ese problema (umbral epistemológico al mínimo) es que fomenta las políticas autoritarias, que son las que caen seducidas ante la simpleza de la explicación y la multiplicación de la acción (16).

Con algunos ejemplos se advertirá el sentido equívoco del dato arrojado por el experimento o encuesta, y con ello el peligro de la apropiación de ese dato por parte de una política criminal basada en la fuerza de la acción inmediata.

Del relevamiento de las características de una población de menores encerrados por conflictos con ley penal, surge que se trata de jóvenes con similares carencias económicas, sociales, educativas y una similitud de rasgos físicos. ¿Sacamos la conclusión de que se está frente a una categoría de delincuentes o, por el contrario, que es la categoría de personas vulnerables que el Estado suele abandonar desde temprano?

Una encuesta demuestra que tiempo después de haberse construido una cárcel los delitos contra la propiedad aumentaron. ¿La interpretación válida es que la cárcel no tiene relación con ese tipo de delito, hace falta construir más edificios carcelarios, el que se levantó está mal construido, o se debe dar más protagonismo a otro tipo de respuesta estatal?

(16) Ob. cit., pp. 24/25. Un ejemplo claro lo encontramos en la seducción que ejerció en el ex Alcalde de Nueva York Rudolph W. Giuliani el sistema denominado Compstat para recoger y procesar diariamente las estadísticas criminales y reconocer patrones delictivos, como también el TEAMS para lograr indicadores en el sistema carcelario. Algo más sobre la estética de la ética utilitaria desarrollada en el punto V: TEAMS es la abreviatura de Total Efficiency Accountability Management System (Sistema de Eficacia y Responsabilidad Total), que no sólo revela su identificación con los valores de eficacia y rapidez del mundo de los negocios sino que, además, es la misma sigla con que se suele designar a las opciones de compra de acciones o valores, tal como el propio Giuliani reconoce con orgullo (Ver GIULIANI, Rudolph W., *Liderazgo*, Plaza Janés, España, 2002, pp. 95/119).

Igual sucede con las muestras de reincidencia cuyo aumento en época de prosperidad económica tanto preocupó al profesor de Berkeley Robert Martinson, al punto de haber concluido que nada funciona y haberse suicidado por la fama adquirida por esta derrotista conclusión (17). Pero ¿es el reincidente una persona incorregible, hay un déficit del Estado corregidor que no corrige o, más aún, es la prisión la causa de la reincidencia, es posible descifrar y lograr un acuerdo sobre el contenido de la corrección resocializadora sin afectar la moral individual? El frío número de reincidencias, aumente o disminuya, nada responde, nada puede responder a estos interrogantes, por lo cual es una enorme pena que el derrotismo criminológico y político de Martinson se haya basado en la pesimista interpretación que, tradicionalmente, se le ha arrebatado al método empírico por parte de políticas criminales represivas.

Aumentadas las penas y denegadas más excarcelaciones a raíz de una reforma legal y procesal penal, se demuestra estadísticamente que una determinada categoría de delito continuó invariable durante un año, ¿hay que profundizar más aún la represión o, por el contrario, seguir el camino inverso bajando las escalas penales y dando rienda suelta a las excarcelaciones? ¿Será que el determinismo normativo es mucho menor al fetichismo normativo y, por ende, habrá que sumar reformas organizacionales e institucionales para lograr algún impacto en la realidad? ¿O, inversamente, adherimos a la conclusión de que el delincuente goza de un desprecio absoluto por las normas y sus reformas?

En una ciudad, hipotética, se logra romper con el modelo dominante en los países de la región de la defensa pública en materia penal, dejando atrás la concepción de servicio auxiliar de la actividad profesional privada y provocando un saludable proceso de crecimiento y fortalecimiento institucional (18). No obstante, al cabo del tiempo se comprueba con fríos y lúcidos números que la gente con escasos recursos sigue sin acceder a la

justicia. ¿Este sector carenciado de la población es masoquista, no le interesa reclamar por sus derechos, o hay algún defecto en el excepcional cambio organizacional? ¿Puede ser que ni una ni otra sea la respuesta sino, tal vez, que el alejamiento de la justicia sea una manifestación de la desigualdad social, económica y educativa y que, en consecuencia, es la política la que debe intervenir en esos ámbitos para revertir esa distancia? (19).

Terminamos con un ejemplo en el campo de la prevención del delito, concepto tan equívoco y necesitado de interpretación como la cuantificación estadística, muy de moda en la sociedad del riesgo y distorsionado por una política intromisiva que, incapaz de articular lo público con lo privado, tiende a decretar la abolición de este último en función de la emergencia de los riesgos modernos. Un foro vecinal abre sus puertas en una pequeña localidad cansada de actos de violencia. La auditoría realizada tiempo después certifica que la gente participó en muy escasa medida, que el número de asistentes fue disminuyendo gradualmente y que el foro era visitado siempre por los mismos vecinos. ¿El cansancio por la victimización fue una pose colectiva, los vecinos son vagos, no tienen conciencia social o es defectuosa la convocatoria, el coordinador del foro prioriza los intereses del partido político que lo nombró, no es idóneo para el cargo, los vecinos fueron alentados a demandar catárticamente (agenda de demandas por sobre los problemas) y a la postre se advirtió que sus reclamos nunca fueron satisfechos?

Lombroso recorrió cárceles y manicomios, describió minuciosamente el cuerpo y las características físicas de los hombres encerrados y descubrió que existía una categoría inferior de la especie humana a la que llamó hombre delincuente (20), que era precisamente la que estaba encerrada. Goffman se dedicó a estudiar la vida en el hospital psiquiátrico, prácticamente se internó y con igual minuciosidad describió esa institución total y su trato degradante y humillante, el efecto desmoralizador y “desculturizador” en los enfermos mentales (21).

(19) Ob. cit., pp. 497/504.

(20) LOMBROSO, Cesare, O Homem Delinquente, Traducción de Sebastiao José Roque, Icone Editora, São Paulo, 2010.

(21) GOFFMAN, Erving, Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales, Amorrortu, Buenos Aires, 2001.

(17) ANITUA, Gabriel Ignacio, Historias de los pensamientos criminológicos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 475.

(18) BINDER, Alberto M. y OBANDO, Jorge, De las “Repúblicas Aéreas” al Estado de Derecho, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 522/525.

Dos científicos estudian una misma realidad. Obnubilado por el rigor del método positivista Lombroso buscó la esencia del delito y objetivó al delincuente, lo convirtió en un objeto similar a los de la ciencia física -criminal nato-, al punto que el método le permitió estudiarlo después de muerto a través de su cráneo. Goffman, en cambio, quiso conocer el mundo social de los pacientes hospitalizados, y utilizó un método diferente que se aparta de la mirada de la psiquiatría oficial y se acerca a la experimentación subjetiva de los propios pacientes (22).

VII. ¿Pero es culpa del método?

Luego de mostrada la primera parte de la frase final de la cumbia, la vacuidad teórica y sus estragos en el campo de la violencia (la nada y su nadeo), corresponde ahora analizar la recomendación: “vamos todos a estudiar epistemología”.

Contaré dos anécdotas (23) que permiten comprender la importancia de esta recomendación, el valor del trabajo teórico destinado a cambiar la realidad. Carlos Marx, el teórico que concibió la revolución como un acto necesario, ontológico de la sociedad dirigida al comunismo y del hombre para superar la alienación, el científico (como lo definió Althusser (24)) que le adjudicó a la violencia el rol de partera de la historia, la facilitadora de la dialéctica de la historia, escribió en 1870 una carta a Engels en momentos en que se presumía la inminencia de una gran revolución en Europa, y le preguntó mientras continuaba escribiendo *El Capital*: “¿no pueden esperar un par de años estos revolucionarios?”

Vladimir Ilich Lenin, el líder que llevó adelante la gran revolución del siglo XX y terminó con diez siglos de régimen zarista, el hombre de acción que implementó en Rusia las ideas marxianas (pensadas desde y para Inglaterra), gustaba aconsejar a los jóvenes sobre lo que debían hacer: “aprender, aprender y aprender”.

Bien puede ser la revolución la apoteosis de la acción, una especie de acción total conformada

por infinitas acciones parciales dirigidas hacia un mismo fin, cada una de ellas sumando esfuerzos para cambiar el estado de cosas. ¿Por qué, en cambio, el método empírico que registra delitos y delincuentes y su apropiación por parte de la política criminal de glorificación de la acción, ha dado como resultado histórico una política esencialmente conservadora, cuyos discursos, programas y acciones siempre estuvieron y están destinados a mantener el orden en vigencia?

Acá hay una clave para descifrar el engaño político y el error metodológico. Los síntomas en los cuales se manifiesta la violencia además de ser contabilizados deben, fundamentalmente, ser interpretados, deben ser puestos en contextos teóricos que permitan comprenderlos desde su raíz, analizarlos en su trayectoria y dinámica con otros síntomas y realidades que permanecen ocultos a la mirada epidérmica, al registro cuantificador.

De lo contrario se está condenado a trabajar en la superficie de los problemas, y las acciones que se lancen no serán más que medidas superficiales, algunas veces inocuas y otras contraproducentes, generando más frustración en el caso de sensibilidades académicas como las de Martinson, y más necesidad en espíritus políticos que convirtieron en virtud a la intolerancia (la tolerancia en su grado cero), razón por la cual no pueden admitir la resistencia de la realidad y la combaten como si estuvieran en una guerra (la analogía les pertenece y agrada) con más dosis de fuerza bruta, basando su optimismo en el método de almacenar números de caídos en combate y de municiones gastadas.

Pero el número nunca puede ser un problema, bastantes inconvenientes tiene la criminología con la violencia como para empezar a combatir, además, a las matemáticas. La información estadística es indispensable como fuente de información, y en honor a verdad no sólo la escuela positivista sino también la escuela de Chicago fue fecunda en aportes provenientes de trabajos empíricos (aunque esta última escuela no pudo romper totalmente con el paradigma de la primera). El problema es no analizar críticamente los resultados, no convertir en inteligencia esa información cuantitativa, en conocimiento criminológico capaz de poder conocer y explicar esa realidad encuestada. Si el método empírico fue tan exitoso en el campo de las ciencias naturales, la respuesta está en la incapacidad para trasladarlo

(22) Ob. cit., pp. 9/10.

(23) Contadas por Slavoj Zizek en su libro *Sobre la violencia. Seis reflexiones marginales*, Paidós, Buenos Aires, 2009, pp. 16/18.

(24) ALTHUSSER, Louis, *La Revolución Teórica de Marx*, Siglo Veintiuno Editores, México, 2004.

a una ciencia social como la criminología, para adecuarlo al estudio de un hecho social complejo como la violencia social y la conducta humana.

Si el método positivista no es el problema sino su inidónea utilización en un ámbito diferente para el cual fue originalmente diseñado, la solución es epistemológica en el sentido de posibilidades de construcción de un nuevo conocimiento criminológico, con rigor científico, validado según ciertas y determinadas reglas, destinado a cambiar la realidad social para lograr una sociedad más inclusiva y con niveles menores de conflictividad social. ¿Es hermenéutica arbitraria suponer que esta conclusión está implícita en la recomendación de la cumbia de Les Luthiers? ¿Una sociedad con más incluidos no es una vida menos vacía?

VIII. El criminólogo en busca de la opinión pública

El criminólogo es parte de la sociedad espectáculo, escucha la radio, lee los diarios, prende el televisor y la computadora, navega por internet e inevitablemente se tropieza con las noticias periodísticas. Al problema filosófico de la posibilidad de conocimiento de la cosa en sí, se debe agregar la cosa mediatizada, contada, proyectada por los medios masivos de comunicación. Esta mediatización es mayor y más problemática en el caso de la violencia, cuyos diferentes tipos y relaciones son a veces iluminados y otros ocultados por la noticia, a la vez que ella misma es parte del objeto a conocer por su estrecha relación e influencia con el suceso o realidad que decide proyectar.

La violencia ocupa, si no el primer lugar, uno de los principales en la agenda pública de los gobiernos, y es puesta en escena a la vista de todos. El formato y lenguaje que impone el mensaje mediatizado es resistente a teorizaciones y académicas discusiones; se lleva mejor con la estética de la ética utilitaria que, junto a la pose de personaje que no claudica, propone eslóganes de fácil y rápida implementación.

El primer desafío del criminólogo es resistir el encanto de las luces del espectáculo sin bajarse del escenario, que es la primera reacción de un teórico que no quiere perder una seriedad intelectual malentendida, ahistórica, fuera de época. No es fácil ante una tradición crítica del espectáculo como creador de la realidad que se remonta a Rousseau,

y pasa por conspicuos integrantes de la Escuela de Frankfurt que, como Marcuse, atribuye a los medios masivos de comunicación complicidad en la imposición del totalitarismo, o Adorno con su ataque a la televisión por su capacidad de captar y deformar la conciencia del público (25).

El conocimiento criminológico debe ser parte del espectáculo en el sentido que debe ser puesto en la escena de la dimensión social y política, debe estar en condiciones de ser compartido por los otros actores individuales y colectivos, porque en democracia todo conocimiento por riguroso que sea debe estar destinado a formar parte o incidir en la opinión pública, lo que es lo mismo que decir que debe abrirse paso a través de la opinión publicada. Este abrirse paso y encontrar un lugar en el escenario público no significa hacerlo a cualquier precio, resignando la diferencia que lo legitima, imitando la estética facilista del pragmatismo irreflexivo, sino que debe poner en escena un valor opuesto al meramente instrumental, utilitario, un contravalor enfrentado a la glorificación de la acción, una suerte de glorificación del pensamiento criminológico cuyo hábitat es el tiempo.

Es decir, seguir el camino inverso de la escuela positivista que se rehúsa a compartir con la sociedad el conocimiento científico (26), pero se dedica a alimentar la opinión publicada (no la pública) con prejuicios de laboratorio de fácil consumo que hacen creer que a la proliferación de síntomas violentos se la neutraliza con acciones igualmente violentas y superficiales, fáciles de diseñar y de sencilla implementación, mientras más inmediatas mejor indicio de cero tolerancia ante el mero desorden.

Zizek llama la atención sobre el falso sentido de urgencia que domina el discurso hegemónico sobre la violencia, incluso el humanitario liberal-progresista, según el cual no hay tiempo para reflexionar porque se debe actuar ya para interrumpir las violaciones a mujeres cada pocos

(25) ANITUA, Gabriel Ignacio, Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 14, 146/147 y 149.

(26) Prueba de ello es su rechazo al juicio por jurados. Ver ANITUA, G.I., ob. cit. p. 390; y TAYLOR, Ian, WALTON, Paul y YOUNG, Jock, La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada, Amorrortu, 1977, p. 40.

segundos, las muertes de varios niños en lo que lleva leer un párrafo, a la manera de la campaña publicitaria de la cadena comercial Starbucks: “con lo que consumes salvas la vida de un niño en Guatemala” (27).

Pseudo-urgencia la denomina Zizek, y recomienda no implicarse en actos localizados cuya función última es hacer funcionar más suavemente el sistema. Para el filósofo esloveno, “Hoy la amenaza no es la pasividad sino la pseudoactividad, la necesidad de ‘ser activo’, de ‘participar’, de enmascarar la vacuidad de lo que ocurre” (28).

Claro que el criminólogo debe estar en condiciones de responder al micrófono interpelante, mostrando el buen uso de ese tiempo con profundidad y claridad de pensamiento para describir el mundo detrás del síntoma, su trayectoria, su dinámica con otras dimensiones violentas a las cuales el micrófono suele no darle voz.

No hace falta invocar a Marx ni Lenin para oponer fundamentos a los reclamos mediáticos e inmediatos de Doña Rosa; tácticamente no es conveniente, basta con exhibir esa claridad microscópica de la criminología (que debería poseer la criminología) para detectar lo que la opinión publicada y el sentido común punitivo no alcanzan a ver. Puesta en escena la explicación de los hechos cotidianos de violencia y su relación con las respuestas institucionales, es probable que el *rating* de la claridad conceptual aumente en el tema de la cuestión criminal o inseguridad ciudadana, y haga que las luces del espectáculo empiecen a iluminar la importancia de colocar hitos teóricos en el camino de las acciones para que no se desboquen ni se vuelvan contradictorias, sino avancen con convicción democrática hacia la finalidad política de mayor inclusión social, que es la síntesis de una sociedad con menor dosis de violencia en todas sus formas y niveles.

IX. Hacia una nueva epistemología criminológica

Más de una vez la novedad se ha escondido en el pasado. Hurgar en la historia de la criminología puede ayudar a afrontar el desafío de presentar un pensamiento claro sin la pérdida de profundidad

(27) Ob. cit., pp. 15/16.

(28) Ob. cit., p. 255.

teórica, que es el modo de enriquecer la opinión pública y cavar los pétreos prejuicios de la opinión publicada. Es probable que la clave esté en la mirada renovada con la cual leemos esa historia y sus aportes, una forma de denominar una nueva epistemología en criminología.

La renovación de esa mirada necesita de la ayuda de la interdisciplinariedad, un concepto tan rico como malinterpretado que se ha prestado a cualquier uso (29). No obstante, inicialmente son de gran utilidad las palabras de Fritz Sack:

“Para nosotros, la interdisciplinariedad define, en primer lugar, el innegable dato de que, para un análisis científico de la criminalidad, se pueden obtener relevantes hallazgos teóricos y empíricos en una serie de disciplinas autónomas antes citadas. Pero recién más allá de ello, comienza el verdadero negocio de una ciencia interdisciplinaria: se trata de relacionar entre sí los distintos hallazgos y resultados disciplinarios particulares, de colocarlos en perspectiva y ordenarlos en un cuadro coherente. Para decirlo de un modo más destacado, tenemos la pretensión de una *interdisciplinariedad integrativa* frente a una *interdisciplinariedad meramente aditiva*, que se apoya, por decirlo así, en una ingenua construcción de algo parecido a un contexto” (30).

En lugar de relacionar entre sí los hallazgos teóricos y empíricos relevantes como sugiere Sack, los distintos pensamientos criminológicos que se fueron sucediendo en el tiempo se dedicaron, en esa sucesión, a escamotear categorías conceptuales e investigaciones de otras escuelas con las cuales estaban enfrentadas ideológicamente, desdibujando el contexto en el cual aquéllas nacieron, ejerciendo un reduccionismo científico y una demonización política para su pronto tránsito al museo de curiosidades históricas, no sin antes apropiarse de algunos elementos parciales sin rendir el debido homenaje genealógico.

(29) Ver el problema de la multiplicidad, diversidad de enfoques y definiciones de la interdisciplinariedad en ELBERT, Carlos Alberto, *Criminología Latinoamericana. Teoría y propuestas sobre el control social del tercer milenio*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1996, pp. 142/165.

(30) *Criminología como estudio superior autónomo e interdisciplinario*, t. Ed. Centaurus, Pfaffenweiler, 1986, p. 5, en ELBERT, Carlos Alberto, ob. cit., pp. 151/152.

Esta suerte de “hermenéutica de la sospecha” oculta no sólo un alto grado de ideologización sino, a la vez, una importante incapacidad para asimilar un método distinto de investigación, familiarizarse con un marco teórico extraño, trabajar con esos métodos y marcos teóricos diferentes según la dimensión o el nivel que se aborde, otorgarle un orden y sentido a todas las disciplinas y métodos dentro de un mismo marco de referencia o un único paradigma. En otras palabras, este escamoteo por ideologización esconde la impotencia teórica para lidiar con los diferentes rostros de la violencia, siendo los únicos beneficiados la opinión publicada y el sentido común punitivo con su versión político criminal de glorificación de la acción o de la anti-teoría.

La criminología quiera o no siempre trabaja para la realidad, aunque su interés sea (debe ser) fundamentalmente teórico. Siempre habrá una política criminal que acecha, dispuesta a tomar conceptos gracias a o a pesar de la criminología. Una muestra de ello es que escuelas o incluso paradigmas científicos criminológicos se han dejado de lado por el mismo saber criminológico, cuando cambió el interés político en el tipo de desviación o criminalidad. En la década de los sesenta del siglo pasado, las teorías funcionalistas norteamericanas fueron radicalmente ignoradas por la criminología crítica inglesa porque había que explicar, ahora, la desobediencia del movimiento pacifista, los desórdenes del movimiento *hippie* con la libertad sexual, homosexualidad y consumo de drogas, el feminismo y la lucha por sus derechos, los jóvenes universitarios en las calles exigiendo reformas.

Cuando estos fenómenos de clase media perdieron actualidad política y el *hippie* se hizo *yuppie*, los mismos criminólogos críticos no demoraron en convertirse en “realistas” e, incluso, llegaron a resucitar el método positivista para dedicarle atención científica al delito común o callejero, nueva preocupación política y social.

No se puede pensar sin pensar la realidad, al menos en criminología, por lo cual debe ser bienvenido el acecho de la política criminal que está a cargo de esa realidad. Acecho que implica, necesariamente, un destino incierto para el concepto teórico en su traslado a la dimensión de la política, donde su aplicación práctica es mucho más compleja que su concepción abstracta. El modo de tornar menos incierto ese destino prác-

tico, de proteger el concepto frente a intereses y presiones políticas burocráticas o de sesgo autoritario, es subiendo el umbral epistemológico, es decir construyendo un sólido edificio teórico, en el cual haya pisos donde habiten diferentes métodos de investigación y marcos teóricos, según la dimensión o el aspecto de la realidad destinados a analizar, comunicados entre sí por un elevador que en movimiento permanente sube y baja con los estudios y hallazgos de los habitantes de cada piso.

De este modo están dadas las condiciones epistemológicas para que este consorcio criminológico se fortalezca y su edificio teórico tenga la menor cantidad de fisuras conceptuales, para evitar su filtración al terreno de la política criminal a través de un aprovechamiento espurio basado en la coyuntura, el sostenimiento de la rutina o la preeminencia de la fuerza.

¿Pero cómo lograr una nueva interdisciplinaria que aumente la garantía epistemológica del conocimiento obtenido? ¿No se ha intentado ya y, en ese caso, por qué fracasó? ¿Cómo hacer para que actitudes, entrenamientos, métodos y perspectivas dispares acepten convivir en ese consorcio criminológico?

Hay un modo táctico para reducir esa disparidad, a través de la búsqueda de un denominador común que genere la empatía o acercamiento que necesita todo buen vecindario criminológico. No alcanzó con compartir el mismo objeto (ni en este punto hubo acuerdo), tampoco con el marco de referencia aglutinador u objetivo político último (la distancia de la utopía cansa el camino). ¿Y si se vuelve a leer la historia criminológica admitiendo que se es parte de premisas positivistas que se critican, que nunca se pudo superar del todo lo criticado? ¿Qué sucedería con esa lectura renovada si partiera del reconocimiento de que los pensamientos criminológicos, aun los más críticos, giraron alrededor de postulados positivistas?

Si en filosofía se es aristotélico o platónico, no debe extrañar que en una ciencia particular como la criminología la disyuntiva se diluya por un postulado central del positivismo como lo es el determinismo, cuya incidencia en el pensamiento posterior fue tan marcada que llegó a neutralizar los intentos de nuevos paradigmas criminológicos, habiendo terminado la crítica utilizando el mismo

principio criticado aunque más sofisticado, revestido con factores sociales, estructurales, políticos, institucionales.

Superada la primera versión del delincuente como objeto de condiciones biológicas y psicológicas (sociales en su mínima expresión), las teorías siguientes lo convirtieron en un ser más o menos pasivo, ahora determinado por las normas (teoría de la anomia), el grupo (teoría de las subculturas), la desorganización social del lugar en el que vivía (teoría ecológica de Chicago), la trasmisión cultural (Sutherland).

Para el interaccionismo simbólico y los teóricos del etiquetamiento, con el ánimo de cambiar de paradigma, sujetaron al delincuente a un rótulo (*labelling approach*), un producto de la reacción de los órganos de control del Estado o de los prejuicios de la sociedad, el cual incluso podía ser objeto de profecías infalibles tales como “según la etiqueta te comportarás”.

Matza primero y luego la etnometodología de Garfinkel propusieron tener en cuenta el punto de vista del desviado, conocer su interpretación de los hechos. Pero esta intención subjetivista se objetiviza cuando ya no importa la verdad o falsedad de la explicación del actor (indiferencia etnometodológica), pues cualquiera sea ella será fruto de una falsa conciencia, será la internalización de la explicación de los agentes del orden.

Por su parte la criminología crítica dirigió todo su arsenal teórico contra los postulados de la escuela positivista, no obstante la recepción de la obra de Marx a través de una particular lectura generó un problema de no fácil superación: el modo de producción capitalista y la superestructura con su ideología, leyes e instituciones estatales son determinantes del comportamiento desviado, el cual desaparecerá cuando se produzca la abolición de ese sistema. Buscando el todo en sus análisis, alejándose del individuo concreto, incorporando la dimensión de poder y política, esta perspectiva criminológica termina sumando nuevas adhesiones al objetivismo y al determinismo, ya que ahora todo delincuente es un rebelde político, a pesar de su voluntad o conciencia. He aquí el inconsciente positivista de Freud en su esplendor criminológico (31).

(31) También para Tamar Pitch la criminología crítica no logró romper del todo con el enfoque del positivismo,

El hereje epistemológico, el abolicionismo penal de la década de los ochenta del siglo pasado, fue el único que pudo superar el dilema criminológico, pero en lugar de iniciar un nuevo paradigma lisa y llanamente optó por abolir la criminología con todas sus categorías, métodos y lenguaje (32).

Con el ascenso al poder de las políticas conservadoras de Reagan y Thatcher y con la caída del muro de Berlín en esa misma década, se terminaron los grandes sueños de transformación social, y la criminología se volvió administrativa, actuarial, teorizadora de rutina burocrática y de fruslerías como una ventana rota o las esquinas sin limpia vidrios, profundizando el método empírico en la década siguiente con la elaboración de perfiles de riesgo en la sociedad descrita por Ulrich Beck, los cuales vienen sirviendo para detectar al enemigo de ocasión (el viejo delincuente nato en versión posmoderna) cada vez más tempranamente y de manera generalizada, con las intervenciones militares preventivas y sus daños colaterales inevitables.

Es decir, desde su nacimiento medieval hasta la globalización contemporánea el positivismo criminológico celebra su victoria hegemónica, su tesis ha estado -de algún modo- siempre presente en las antítesis que generó, impactando de manera central, además, en el orden normativo: el concepto de corrección del delincuente esencialmente positivista y que define a esa escuela, continúa plasmado a través de la resocialización en las legislaciones modernas e, incluso, en los tratados internacionales de derechos humanos.

Esta constatación histórica podría servir de lazo interdisciplinario, motivador del reconocimiento de un consorcio criminológico formado por un variado número de disciplinas y métodos, cada uno de los cuales habita en un piso diferente. Llevó tiempo pero finalmente aparecieron investigaciones sobre la criminalidad de los Estados

ya que si el problema social es protagonizado por un “dominado” esa perspectiva crítica realiza una lectura positivista del actor, lectura que en cambio se transforma en construccionista cuando se trata del “dominante” (Ver Responsabilidades limitadas. Actores. Conflictos y Justicia Penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 127).

(32) Ver POQUET, Alejandro, El abolicionismo penal. Un pensamiento -anti- criminológico a la intemperie, en Temas de Derecho Penal y Criminología, Ediar, Buenos Aires, 2005.

y el protagonismo y cercanía del poder con los genocidios (Morrison) y masacres (Zaffaroni) de inimaginable gravedad, enriqueciendo el horizonte epistemológico de la criminología (33).

Ese mismo potencial crítico, paralelamente, debería fomentar y guiar estudios sobre las otras dimensiones de la violencia, los cuales no pueden despreciar el arsenal metodológico y los hallazgos empíricos obtenidos bajo la influencia positivista, claro que leyendo esos hallazgos y profundizando esos métodos con aquella mirada crítica y negando sus principales postulados y falsos antagonismos (hombre delincuente/hombre normal, cultura criminal/cultura oficial, enfermo/sano), los cuales degradaron el saber criminológico y lo convirtieron en cómplice de la peor criminalidad y de la diferencia de clases.

Con esa mirada altamente crítica y con todas aquellas que fueron menospreciadas -por algunos cultores de esa fuerza crítica- por adherir a perspectivas de mediano alcance, subiría notablemente el umbral epistemológico de las conquistas empíricas (estudios psicológicos, perfiles, estadísticas, indicadores de riesgos, trabajos de campo), y la opinión pública se vería enriquecida y beneficiada con explicaciones claras y fundadas acerca de la violencia diaria explotada por la opinión publicada.

X. El político en busca de la criminología

A la última frase de la cumbia de Les Luthiers se le puede, todavía, sacar más provecho:

Vamos todos a estudiar epistemología.

Si la idea inmediatamente anterior de la canción es la de una vida vacía, es indudable que en el *todos* está encerrada, también, la política. Poco y nada debe importarle a ésta si la criminología tiene un objetivo práctico, si se trata de una ciencia aplicada o es un saber meramente teórico; estas discusiones son parte de la ciencia criminológica. La política criminal debe acercarse y apropiarse de los conocimientos teóricos, tiene el deber de hacerlo para mejorar su conocimiento

(33) MORRISON, Wayne, *Criminology, Civilisation, and the New World Order*, Routledge-Cavendish, New York, 2006; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, Ediar, Buenos Aires, 2011.

de la realidad sobre la cual incide, eso sí con plena consciencia de la falta de linealidad entre la dimensión teórica y práctica, lo que es lo mismo que proponer cautela política en la mudanza del abstracto conocimiento criminológico al terreno concreto y las coyunturas particulares que atiende la política criminal.

Cualquier programa político criminal tiene mayores garantías de eficacia en la prevención de la violencia o en el logro de mayores niveles de convivencia pacífica, si su conocimiento de la realidad sobrepasa el síntoma, la superficie, y puede conectar la violencia que se muestra con aquella que parece invisible o lejana, conociendo los canales por los cuales se alimentan unas con otras. Incluso si advierte acontecimientos que en sí mismos son inocuos pero cuya proliferación descontrolada contribuye a consolidar estándares de discriminaciones estructurales, como los barrios privados, las cámaras de vigilancia, el servicio privado de seguridad, entre otros.

La política criminal tiene sus propios desafíos para prevenir la violencia y el delito, su horizonte epistemológico es -debiera ser- los aspectos normativos, institucionales, orgánicos y funcionales de las agencias de control del delito y, fundamentalmente, todo aquello que le da su razón de ser y la dignifica como política, esto es la "articulación del poder del Estado con los consensos y con la acción de los distintos actores políticos y sociales" (34), ensanchando la base democrática con la instrumentación de mecanismos orientados a un mayor y más profundo ejercicio de derechos de esos sujetos políticos y sociales, entre los cuales no puede faltar, obviamente, los relacionados con su participación en el diseño e implementación de los planes de prevención de la violencia, incluso hasta con la tarea de juzgar mediante la instauración de los jurados populares, entre otras asignaturas institucionales de corte popular pendientes.

En consecuencia, el conocimiento que proviene de la criminología tiene que pasar, indefectiblemente, por el test de resistencia de la realidad social y política. En ese tránsito el conocimiento ya es de otro tipo, es otro saber reinterpretado y

(34) CIAFARDINI, Mariano Alberto, *Política criminal y prevención social del delito. ¿Qué cosa es la política criminal?*, en *La cultura penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, pp. 257/272.

modificado a raíz de los innumerables e imprevistos factores que conforman aquella compleja realidad que toca atender, es un conocimiento con nuevos interrogantes enfrentado a nuevos problemas. No obstante, mientras mayor solidez y claridad epistemológica tenga el hallazgo cien-

tífico, menor será la sorpresa en su aplicación práctica tras su filtración por el conocimiento político, mucho menos si esa aplicación va de la mano de una política criminal acostumbrada a utilizar los servicios teóricos de una criminología epistemológicamente renovada. ♦

.....

Criminalización mediática y su impacto en el derecho penal actual

POR MAXIMILIANO E. NICOLÁS

Sumario: I. Punto de partida. — II. El dato duro, la realidad subjetiva y la repercusión mediática. — III. Del ostracismo al bar de la esquina. — IV. Reflexiones finales.

I. Punto de partida

Todavía recuerdo la emoción que me produjo hace casi quince años haber visto a dos profesores de la universidad pública ser entrevistados sobre seguridad ciudadana en el canal estatal, y en día y horario central. Eran tiempos tan convulsionados como el actual en materia social, política y económica, tiempos donde los medios masivos de comunicación difundían noticias estremecedoras sobre hechos violentos desencadenados por la comisión de delitos contra la propiedad. Por aquel entonces, de modo particular, la televisión focalizaba su atención en robos y homicidios cometidos por menores no punibles.

Se ofrecía todo tipo de soluciones a corto plazo bajo la lógica de que más siempre es mejor (más pena, más cárceles, más policía en las calles, etc.). Sin embargo, estos dos profesores analizaban el resultado de las reformas anteriores en materia penal y procesal penal, y el cuadro de situación existente en aquel momento. Pretendían explicar qué podía hacerse con el derecho penal a partir de lo que ya había sido hecho y, fundamentalmente, identificar los orígenes de los conflictos suscitados. Mirar hacia atrás para analizar lo que se ha hecho puede ser una metodología útil, pero se vuelve imprescindible cuando aquellos que reclaman cambios, paradójicamente, proponen viejas soluciones.

Desafortunadamente, antes como ahora, la posibilidad de escuchar o leer a través de medios de difusión masiva a personas que se han formado y especializado en dogmática penal, criminología o política criminal, es excepcional. Y en un tiempo donde lo que falta es más tiempo, las mejores expectativas se desvanecen.

El contexto sociocultural actual es de corte cada vez más cortoplacista. Pensemos un instante y reflexionemos acerca del modo en que se conduce la vida de las personas e incluso la nuestra en particular. El hombre moderno recibe cada vez más estímulos, las posibilidades se presentan como infinitas, tenemos todos los recursos, toda la información que necesitamos a nuestra disposición. El problema es que somos seres finitos.

Si bien podría argumentarse que, justamente porque nuestras vidas tienen un límite cronológico es justo que reclamemos soluciones inmediatas, el punto es que deberíamos reconocer que no existe una manera inmediata de reducir nuestra conflictividad social. Por supuesto que frente a cuestiones apremiantes, a modo de ejemplo, en el marco de una política criminal determinada se desarrollarán algunas medidas con intención de que tengan efecto próximo, pero siempre como parte integrante de una continuidad. Adicionalmente, estas políticas de seguridad deberán articularse con otras políticas públicas que coadyuven a una solución de fondo. Según veremos más adelante, el problema es que como sociedad todavía no hemos logrado definir cuál es el problema. Y en esto llevan su cuota de responsabilidad los medios masivos de comunicación por su carácter de formadores de opinión y las políticas públicas que suelen estar dictadas por las supuestas demandas de la opinión pública.

La premisa central del trabajo consiste en analizar el modo en que son percibidos y difundidos por los medios de comunicación los asuntos penales, confrontándolo con un derecho penal que, en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, sólo puede ser entendido como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico.

Es un tema que ha sido abordado desde hace largo tiempo, mas el notable aumento de la brecha existente entre la “realidad mediática” y la “realidad jurídica,” por un lado, y la sanción de la ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, por otro, hace necesaria una nueva discusión al respecto (1).

En algún punto, la evidente disociación entre lo que ocurre a nivel normativo internacional (al margen de las reformas coyunturales en el ámbito interno), dogmático y jurisprudencial, por un lado, y lo que es transmitido por los medios de comunicación, por otro, es un síntoma. Ello, pues más allá de los factores propios de todo relato comunicacional -necesidad de sintetizar y ofrecer la noticia de un modo sencillo y por ende accesible al gran público, junto con el toque de espectacularidad que genera atracción-, resulta de interés analizar por qué el discurso garantista no logra (aun simplificación mediante) ser transmitido masivamente.

II. El dato duro, la realidad subjetiva y la repercusión mediática

“Vuelvo a acostumbrarme, esto mismo ya lo viví otra vez.

Mi vecino golpeando a su mujer con un palo.

¿Será la falta de dinero o un problema sexual?

¿Será el calor? Será la furia de que mañana sea igual.

Leo en el diario lo mismo que ayer soñé.

Otros asesinos destriparon a más de cien.

¿Será la falta de trabajo o un problema moral?

¿Será el calor? Será la furia de que mañana sea igual” (2).

(1) Anita considera que la aprobación de la citada ley, junto con la discusión legislativa y mediática de sus contenidos, es buena ocasión para volver a plantear la vieja controversia de tipo “criminológica” que tiene que ver con los posibles efectos o consecuencias negativas que tendría la difusión de contenidos penales o criminales en esos formatos (ANITUA, Gabriel Ignacio, “Medios de comunicación y criminología”, en AA.VV., “Revista de Derecho Penal y Criminología” -año 1, número 2, octubre 2011-, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 59). No es allí a donde apunta este trabajo, pero teniendo en cuenta posibles objeciones del mismo tenor, más adelante volveré sobre algunas de las refutaciones que, acertadamente a mi criterio, formula el autor.

(2) De la canción “Mañana es igual” perteneciente al grupo musical LAS PELOTAS, incluida en el álbum “Todo por un polvo”, 1999.

II. a) Nuevas variables

Hacia fines del año 2011 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de su Instituto de Investigaciones, presentó los primeros resultados de una investigación exploratoria de los homicidios dolosos cometidos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el año 2010. El doctor Matías Bailone, a cargo del Instituto de Investigaciones de la C.S.J.N., fue entrevistado por un medio televisivo y se refirió a la experiencia:

- Entrevistado: *“Lo que podemos decir claramente con la investigación que hasta ahora se presentó es que estamos muy bien en términos de tasa de homicidios. Es decir que la verdad es que es una ciudad bastante segura Buenos Aires. No coincide con los índices de victimización que tiene la ciudad de Buenos Aires, que no son hechos por nosotros sino por universidades extranjeras, pero que demuestran que Buenos Aires es una de las ciudades más inseguras en términos de sensación de inseguridad subjetiva.”*

- Entrevistador: *“Cómo puede entenderse que sea tan grande la sensación de inseguridad y que tenga tan poco que ver con la realidad?”*

- Entrevistado: *“Que tenga tan poco basamento real. Esto tiene que ver con lo que el Dr. Zaffaroni habla de la criminología mediática. Es decir, como hay todo un discurso, un pretendido discurso de la cuestión criminal por parte de los medios de comunicación para infundir miedo que no está basado en la realidad, claramente. Entonces, hay toda una pretensión discursiva que tiende a eso, a instalar un miedo no fundamentado y que se repite como un sentido común mediático a lo largo de los medios de comunicación de cualquier índole.”*

- Entrevistador: *“Es curioso porque es como... eso muestra cómo recursos de la narrativa, en este caso de la narrativa policial, se vuelcan sobre la realidad y terminan creando un clima de que uno vive un policial, de que en cualquier momento en que salís de tu casa te asaltan y te pegan un tiro. Y eso está tomado más por la influencia de ciertos recursos de la narrativa que usa el periodismo (...). Hay como un mandato en las noticias incluido de ‘Ojo, esto lo va a asustar mucho’. Y nadie se resiste a asustarse...”*

- Entrevistado: *“Por eso es que es muy necesario y muy importante este tipo de investigaciones. Mostrar con datos reales, con datos duros que*

son fidedignos cómo una pretensión discursiva, una narración mediática, no tiene basamento real” (3).

Lo que sucede con este tipo de información, habitualmente, es que se difunde masivamente en espacios periféricos -un canal de televisión de menor alcance en relación con los más vistos, horarios no centrales, programas orientados a un público muy específico, etc.-. Pero, ¿cuál hubiera sido el efecto producido si se mostraba al término del noticiero más popular del país? Dado que ello no ocurrió así, claro está, lo único que podemos hacer son conjeturas. Sin embargo, no es difícil imaginar que se hubiera generado bastante más polémica y discusión si luego de que las noticias dieron cuenta de la ola de inseguridad que nos asola, alguien saliera a decir que estamos muy bien en términos de tasa de homicidios o que Buenos Aires es una ciudad bastante segura y que los datos reales confrontan la narración mediática (4).

En su lugar y en una dosis moderada, este tipo de información así como la participación de académicos especializados en cuestiones penales, pasan casi desapercibidos por la opinión pública y hasta por los propios medios.

Veamos cuáles fueron algunos de los resultados más significativos que arrojó el primer estudio realizado. Al revisarse los datos estadísticos de 2010 sobre homicidios dolosos en la Ciudad de Buenos Aires, se advirtió que la concentración de los 168 casos registrados (lo que representa una tasa de 5,81) no era uniforme.

En efecto, tales homicidios se concentraron principalmente en cuatro comunas ubicadas al sur de la ciudad (1, 4, 7 y 8). Allí, de acuerdo a una población de 818.522 habitantes, la tasa de homicidio representó el 12,70. Por su parte, el resto de las comunas -con una población de 2.072.560 habitantes- tuvo una tasa homicida de 3,08.

(3) La entrevista realizada al Dr. Matías Bailone por Jorge Halperin en el canal de cable Metro fue emitida el 30/11/11 y puede verse en <http://vimeo.com/32947484> (sitio consultado en diciembre de 2012).

(4) Por supuesto que la presentación de los dos informes que serán analizados, en cada momento tuvo respuestas críticas -más adelante me referiré a algunas de modo particular-, pero no tuvo una difusión acorde a la trascendencia de sus resultados ni generó un verdadero debate.

Sumado a ello, la importancia de haber desagregado el dato inicial radica en las particularidades advertidas: 1) Los focos de concentración de los homicidios dolosos han sido los lugares de asentamientos precarios (conocidos como villas de emergencia). 2) En dichos lugares, la violencia ha tenido una particularidad: la mayoría de los homicidios cometidos allí se han dado con motivo de discusión, riña, o violencia intrafamiliar. Es decir, la víctima y el victimario se conocían, habían protagonizado algún conflicto anterior que desembocó en este tipo de resolución violenta.

Entre las conclusiones, entonces, advertimos los siguientes aspectos de relevancia:

- 1) Mayoría de homicidios dolosos en zonas específicas de asentamientos precarios;
- 2) Mayoría de homicidios dolosos producidos por violencia intrafamiliar o conflictos entre conocidos;
- 3) Poca incidencia de menores en la comisión de estos hechos;
- 4) Poca incidencia de extranjeros en su perpetración -aun cuando, por el contrario, en el porcentaje de víctimas la categoría de extranjeros trepa a casi al 50 %-.

Con este nuevo análisis de los resultados, por un lado, ha caído el mito de que se producen muchos homicidios dolosos en los barrios más privilegiados de la ciudad con motivo o en ocasión de robos. Por otro, se advierte cómo la inmigración y la minoridad (dos categorías que en el imaginario colectivo resultan peligrosas) no tienen mayor incidencia en la comisión de estos delitos.

A fines de 2012 se dieron a conocer los resultados del estudio focalizado en el año 2011. Durante ese año se produjeron 190 homicidios dolosos consumados, siendo la tasa homicida del 6,57.

Según fue explicado, en virtud de los resultados de la investigación correspondiente al año 2010, a las comunas con mayor concentración de casos (1, 4, 7 y 8) se le sumó la comuna 9 y se las identificó como Zona A -en tanto el resto de la ciudad pasó a identificarse como Zona B-.

Una vez más, se advirtió que la zona que agrupaba la mayor cantidad de homicidios dolosos fue la perteneciente al sector sur de la Ciudad -a la que

se le agregó la zona de los barrios de emergencia de Retiro-.

Con relación al incremento en la tasa general (de 5,81 durante el 2010 pasó a 6,57 en el 2011), la distribución zonal practicada evidenció que mientras que en 2010 la tasa de la Zona A fue de 12,7 y la de la Zona B de 3,08, para el año 2011 la primera zona pasó al 14,54, mientras que la segunda sólo ascendió al 3,28.

Esta última investigación, además, determinó que el 73% de los casos de homicidios dolosos que se registran en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pertenecen a la zona A (Sur).

La referencia a la zona sur de la ciudad y a los asentamientos de Retiro no es casual, puesto que ambos casos reflejan que la mayor cantidad de los hechos registrados ocurrió en barrios de emergencia -circunstancia que arroja en estos lugares una tasa específica de 40,34 y representa el 34,7% de la cantidad total de las víctimas de la ciudad-.

Otra de las variables consideradas en ambos estudios es la que deriva de los ciudadanos extranjeros habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Nuevamente, su sobrerrepresentación en la categoría victimal y su menor incidencia en la posición de victimario, derriba otro de los mitos del ideario popular.

En cuanto a la variable vinculada con menores inimputables -en rigor, no punibles- autores de hechos de homicidio doloso, durante el 2011 también se destaca su casi nula presencia como victimarios (sólo 2 casos de menores de dieciséis años entre los autores conocidos).

Paralelamente, este segundo estudio incorporó una variable particular que fue explicada en el contexto de las políticas públicas desarrolladas hacia la segunda parte del año 2011.

En efecto, se concretó una división del año en dos semestres debido a que durante el segundo se llevó adelante el "Plan Unidad Cinturón Sur" del Ministerio de Seguridad de la Nación -dispuesto por decreto 864/11-, por el cual se desplegó una mayor cantidad de miembros de las fuerzas de seguridad en lo que aparecía como el sector más conflictivo de la ciudad (2.500 efectivos de Gendarmería Nacional y de Prefectura Naval Argentina en las comunas del sur desde julio de 2011). Veamos los resultados por comuna:

1) Comuna 8: 23 homicidios dolosos durante el primer semestre de 2011 y sólo 4 en el segundo -descenso del 83%-.

2) Comuna 7: 16 casos en la primera mitad del año y 6 en la segunda -descenso del 63%-.

3) Comuna 4: 24 casos durante el primer semestre y 15 en el segundo -descenso del 38 %-.

4) Comuna 9: 11 casos en la primera mitad y 6 en la segunda -descenso del 46%-.

En definitiva, lo expresado permitió determinar que el aumento del 11,5% en la cantidad de víctimas registradas para el período de la investigación, aconteció durante el primer semestre del año 2011.

Contrariamente, en el caso del barrio de Retiro -el cual no fue reforzado con mayor despliegue de fuerzas de seguridad-, se registró un leve aumento de los hechos homicidas. Allí, de 15 casos en el primer semestre se pasó a 18 en el siguiente -el incremento fue del 17 %-.

Otro de los resultados de interés que arrojó la investigación fue la disminución de los homicidios con motivo u ocasión de delitos contra la propiedad, que pasó de 47 casos relevados en 2010 a 28 en el 2011. Sin embargo, esta disminución presentó como contracara el aumento considerable del homicidio por riña, discusión o ajuste de cuentas que en relación con el 2010 se duplicó.

II. b) Resultados que no conmueven

De acuerdo a los resultados obtenidos, era esperable que esta noticia pasara por los medios de comunicación de modo fugaz. Al margen de aquellos medios especializados de poco alcance, los grandes periódicos y noticieros de la ciudad brindaron la información casi como un compromiso -algunos incluso optaron por omitir gran parte de las variables aquí reseñadas-.

Pese a que un solo homicidio doloso puede mantener en vilo a la población durante días, ser tapa de los principales diarios a nivel nacional y ocupar programas enteros de televisión, un estudio que revela que la Capital Federal es una ciudad bastante más segura de lo que se cree -a excepción, claro está, de los barrios de emergencia que poseen un alto grado de conflictividad social- no recibió prácticamente atención mediática.

Se trata, pues, de un estudio revelador en más de un sentido. Se determinó fehacientemente que la mayor cantidad de hechos de este tipo se producen en la zona históricamente más relegada de la ciudad (zona Sur), la escasa incidencia que tienen en este tipo de ilícitos como perpetradores los extranjeros y los menores, que las principales agresiones no se producen en el marco de un robo sino por problemas entre personas conocidas (familiares o no, pero en el marco de una relación previa), etc.

Podría pensarse que el dato frío de la estadística no posee la espectacularidad necesaria para ser difundido como noticia de primera plana, pero ello sería olvidar que toda noticia se construye sobre una base real a la cual se le agrega el costado tierno, el macabro, el extraordinario, el de color, y así según el caso. Es interesante a modo de ejemplo lo que genera la cobertura de un juicio oral por los medios de comunicación. Al margen de las diversas miradas, se aprecia que ningún cronista se limita a indicar que concurrieron los testigos A, B y C, y expresaron tal o cual cosa (5). El espectador demanda algo más, incluso la información es en gran medida entretenimiento (6).

II. c) Críticos de críticos

Que un mismo hecho pueda ser reflejado de modos muy dispares en distintos medios es algo que siempre ocurrió y no sorprendía tanto. Lo que sucede es que a partir de la puja de estos últimos años entre la conducción política y una corporación mediática, salieron a la luz luchas de poder encarnizadas, intereses económicos por negocios espurios, vanidades personales y todo tipo de mezquindades que distan significativamente de lo que antiguamente podía interpretarse como una cuestión ideológica.

Así, luego de darse a conocer los resultados de la última investigación desarrollada comparamos

(5) Coincido con Anitua en que: “[h]acer públicas las escenificaciones y, con ellas, los prejuicios con los que actúa la justicia, sumándoles las propias visiones que aporte el medio televisivo, puede tener un impacto sobre estas visiones populares de imprevisibles consecuencias” (ANITUA, “Medios de comunicación y criminología”, ob. cit., p. 67).

(6) En igual sentido, se señala como parte de la construcción la extensión de la noticia, el impacto de la imagen, el énfasis, la reiteración, etc.

titulares (7) y notamos las distintas interpretaciones que se hicieron del mismo fenómeno:

- 1) “*Cifras que achican el pánico en la ciudad*” (Página 12, 29/11/12)
- 2) “*Informe de la Corte: excusas ‘científicas’ para no actuar contra el delito*” (Infobae 2/12/12)
- 3) “*Menos muertos por robos y más asesinatos en las villas*” (Página 12, 28/11/12)
- 4) “*Sin castigo no hay solución a la inseguridad*” (Infobae 2/12/12)

En la comparación, he utilizado los titulares de dos periódicos que no participan directamente en la confrontación más explícita de la historia de nuestro país entre un gobierno y una corporación, pretendiendo circunscribir la cuestión a lo ideológico. En cada uno de los textos surge esta distinción. La diferencia radica en que los comentarios de Página 12 son noticias, informan acerca de los resultados de una investigación -es decir, lo ideológico se apoya en datos concretos-. Por su parte, los textos de Infobae son meras columnas de opinión de los cronistas que, desde una ideología contraria, apuntan directamente a desvirtuar los resultados sin siquiera transmitirlos (8).

La asepsia ideológica en el periodismo no existe -tal y como no existe en el derecho ni en la sociología, ni en ninguna otra disciplina (9)-. El problema no radica en que se tome partido

(7) Los textos completos pueden consultarse en www.pagina12.com.ar e www.infobae.com, respectivamente.

(8) A modo de ejemplo, en el sitio de Internet <http://www.online-911.com/leer.php?s=2&id=22711> la tendencia de la criminología mediática alcanza algo más de sutileza pero no deja de sorprender. Bajo el título: “Durante 2010 hubo 14 homicidios por mes en la Ciudad de Buenos Aires”, su encabezado remarca: “Así lo reveló un informe realizado por el Instituto de Investigaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y que fue presentado esta semana. De los 168 homicidios cometidos durante el año, 47 ocurrieron en ocasión de robo. Con respecto a 2009, la tasa de este tipo de delitos aumentó un 0,89 por ciento”.

(9) Becker se refirió a la imposibilidad de realizar una investigación libre de contaminación de simpatías políticas o personales, destacando que el problema no es si debemos tomar partido, ya que inevitablemente lo haremos, sino más bien qué partido tomar y de qué manera. Así, el problema es cuando el sesgo que marca una determinada postura se introduce tanto en el trabajo como para inutilizarlo (BECKER, Howard S., “De qué lado estamos”, en AA.VV., “Delito

por una u otra idea fundamental, el problema es cuando ello se disfraza porque se le oculta al intérprete una parte fundamental de la historia. Analizar estas dos posiciones, ilustrará sobre el punto -para lo cual confrontaré la primera nota de Infobae (10) con la presentación a la cual se refiere-. Allí se señala que:

1) *“El estudio no propone nada pero la conclusión es optimista: estamos como en Europa...”*

2) *“El informe presentado por la Corte está precedido de una introducción firmada por uno de sus miembros, Raúl Zaffaroni. En el texto, la cultura de la excusa que cultivan las autoridades alcanza un mayor grado de refinamiento. Ahora, gracias a este ‘estudio de campo’, las coartadas para no combatir la violencia delictiva ya son ‘científicas’”*

3) *“En un país donde el reclamo por mayor seguridad tiene años -las marchas multitudinarias convocadas por Juan Carlos Blumberg tuvieron lugar en 2004- la cúpula del Poder Judicial nos anuncia ahora que, sin un diagnóstico del tema, nada puede hacerse. Estamos a fojas cero”*

Según se advierte, desde el comienzo la intención de la cronista es opacar los resultados del informe ridiculizando a su principal referente, aferrándose incondicionalmente a la idea de inseguridad actual y pasada, y considerándolo en definitiva una suerte de excusa pergeñada por las autoridades (dejando entrever que el poder político y el judicial, o la corte suprema quizá, actúan en bloque en esta tarea) para justificar su inacción. Entre los párrafos más destacados de tales ideas, la periodista se jacta de que si bien es cierto que *“Nadie puede prevenir lo que desconoce”, “[d]ebería decirse que nadie puede prevenir ni solucionar lo que deliberadamente eligió ignorar durante años”,* y hasta se hace eco de especialistas consultados que sostienen que las estadísticas criminológicas deben *“[h]acerse con el fin de elaborar un plan, como sustrato de una política y no como nuevo argumento para la inacción”*. Insiste en que *“El informe presentado no se cierra con ninguna sugerencia, idea, ni propuesta, excepto la de ‘iniciar (sic) y potenciar*

la investigación criminológica de campo’. Por eso, *detrás del pretendido reconocimiento del problema, sólo hay una nueva dilación”*.

Promediando la columna, sin reconocerse y mucho menos confesarse uno de ellos, menciona que Zaffaroni tampoco se privó de *“[v]er la paja en el ojo ajeno”*, en referencia a los medios de comunicación que han instalado prejuicios y preconcepciones en la sociedad. Al mismo tiempo, esto último pretende desmerecerse intentando desnudar preconcepciones que no son tales en la posición contraria, al sostener: *“Los autores del informe señalan los preconcepciones ajenos pero no explican por qué, tratándose del Instituto de Investigaciones de la Corte Suprema de la Nación, limitaron su investigación de campo a la Capital Federal, la ciudad de La Plata y un distrito del conurbano. Si, como se dice, los medios consideran a los muertos de las villas como muertos de segunda, ¿de qué categoría son los muertos de Mendoza, Chaco, Santa Cruz, entre otros, para los autores del informe? ¿No están invisibilizando así los crímenes cometidos en el resto del país, lo mismo de lo que acusan a otros?”*.

Contrariamente, la producción misma de este informe a partir del año 2011 -desgranando los datos respecto de homicidios dolosos ocurridos en la Capital Federal durante el 2010- tuvo un sentido y espíritu críticos. Justamente, la principal novedad que tanto inquieta a algunos comunicadores sociales fue que se desmenuzó el dato aislado de la estadística ya producida, y el resultado demostró que el cuadro de situación no se condice con la “realidad mediática”.

Omitiendo deliberadamente casi toda referencia a esta desmitificación, la crónica busca provocar la indignación del lector que sufre la inseguridad cotidiana ahora justificada científicamente -ese lector que, en rigor, se siente inseguro porque día tras día lee y escucha que así debe sentirse-. Los muertos en los barrios de emergencia (verdaderos focos de conflicto por criminalidad pero también por hacinamiento y, en general, por falta de condiciones de vida dignas) sirven para engrosar la estadística de la inseguridad mediática -aunque reciben escasa cobertura-. Un muerto en un barrio de clase media, en cambio, nos da la pauta de que le puede pasar a cualquiera, a nosotros mismos o algún integrante de nuestra familia. Esto sólo alcanza para sembrar el pánico, pero es ese te-

y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales; Año 14, nro. 21, Ed. IIGG, Buenos Aires, 2005, pp. 89/99).

(10) <http://www.infobae.com/notas/684441-Excusas-cientificas-para-no-actuar-contra-el-delito.html> (sitio consultado en enero de 2013).

rror generalizado el que no permite combatir las verdaderas causas.

El informe revela que las causas no son los menores ni los extranjeros, que la mayor parte de los homicidios dolosos no se produce como consecuencia o en ocasión de un robo, ni en los barrios centrales de la ciudad, y que a partir de una política pública preventiva concreta (incrementar el número de efectivos de seguridad en las áreas periféricas -zona sur-), los homicidios dolosos se redujeron considerablemente.

La producción de estos informes, en sí misma, constituye una valiosísima propuesta y queda claro que con recursos propios limitados, el Instituto de Investigaciones que depende de la C.S.J.N. ha hecho un gran esfuerzo al incorporar en su segunda edición dos grandes distritos provinciales. En tal sentido, resta señalar que para que este relevamiento de datos pudiera hacerse a nivel nacional -en respuesta a la chicana periodística-, correspondería su realización a un organismo dependiente del Poder Ejecutivo, dotado de los recursos necesarios -aclarándole también que pese a su visión maniquea, el Poder Ejecutivo y el Judicial cumplen distintos roles dentro de la república-.

Aquí tal vez convenga poner el acento en la responsabilidad política, sin olvidar que la política en materia de seguridad en nuestro país siempre ha respondido demagógicamente a las presiones sociales coyunturales (guiadas, a su vez, por los medios masivos de comunicación) (11).

La clave pasa entonces por conectar al gran público con el saber:

“Y llegará el día en que pueda revertirse esta tendencia, en que la población abomine de los políticos que practican la demagogia retributiva y de los operadores que manipulan con el discurso patibulario. Pero eso sólo será cuando se opere un fenómeno mayor del que esta consecuencia no puede separarse: cuando los excluidos tomen real consciencia de su situación y de la táctica que se

(11) De ahí que, según nos recuerda Zaffaroni, Gabriel Tarde haya afirmado en 1900: “En el presente el arte de gobernar se ha convertido en gran medida en la habilidad de servirse de los diarios” (ZAFFARONI, “La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar”, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2011, p. 366).

emplea para controlarlos y neutralizarlos. Y esto sólo lo producirá la información, no sólo la alternativa mediante canales no muy convencionales, sino también la información científica y técnica. La política más inmediata para impulsar la nueva dialéctica entre excluidos e incluidos debe procurar la garantía de condiciones mínimas de alimentación, salud e instrucción para los excluidos (...). Los incluidos carecen de tiempo para aprovechar toda la información no basura que reciben; los excluidos lo tienen sobradamente. Si poder es saber, es menester apoderarse del saber...” (12).

III. Del ostracismo al bar de la esquina

III. a) Criminología mediática de ayer, de hoy, y de siempre

He querido comenzar este apartado diciendo que vivimos tiempos difíciles, lo cual me ha llevado reflexionar acerca de las implicancias de esta frase en un país como el nuestro. Es que la historia de Argentina puede transmitirse como una continua sucesión de tiempos difíciles.

Como vimos, desde la criminología mediática hay quienes sostienen que los reclamos por mayor seguridad comenzaron en 2004 con la participación de Juan Carlos Blumberg. Aun cuando ya ningún medio continúa brindándole cobertura a sus reclamos -a partir del propio descrédito (13)- y ningún periodista de la criminología mediática desea referirse al efecto de las reformas legislativas por él impulsadas, su nombre continúa siendo un ícono de referencia en este ámbito. Es claro, pasó de ser la víctima inmaculada a un personaje

(12) Zaffaroni en el prólogo a la obra de MATHIESEN, Thomas, “Juicio a la prisión”, Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 24.

(13) Zaffaroni se ha referido puntualmente al caso: “En la Argentina se quiso copiar el modelo en forma por fortuna muy grosera, construyendo una supervíctima héroe con niveles de promoción mediática increíbles. El intento argentino de cambiar al ciudadano medio trabajador por el ciudadano medio víctima no escatimó esfuerzo alguno y el personaje llegó a ocupar toda la atención mediática. Los legisladores se inclinaron obedientes a las consignas de la poderosa criminología mediática encarnadas en la supervíctima héroe. // Por fortuna, el pobre hombre incurrió en exabruptos por efecto de la brutal interrupción de la elaboración del duelo que se le hizo padecer, se reveló que ostentaba un título profesional que no tenía, se volvió inmostrable y, como ya no servía, fue descartado sin miramientos” (ZAFFARONI, “La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar”, ob. cit., p. 401).

olvidado en poco tiempo, pero la criminología mediática todavía explota lo poco que quedó de la *belle époque* (los medios que crearon y potenciaron su figura se permiten ciertas concesiones). Aunque ya nadie quiera mostrarlo ni difundir sus actividades (14), recurrir a su nombre y a su reclamo es emblemático.

La criminología mediática existió en cada momento de la historia valiéndose de la tecnología comunicacional propia de la época (15). Así como lo fue Blumberg a comienzos de la década del 2000, en la década del 90 el caso de un ingeniero que persiguió y mató a dos hombres por haberle robado el estereo de su automóvil fue tomado como emblema por la criminología mediática (16).

En tal contexto, ¿cómo combatir esa otra criminología paralela? (17). Esa criminología de la

(14) Según se desprende de su página web (<http://fundacionblumberg.com>), la fundación Axel Blumberg se encuentra en pleno funcionamiento.

(15) ZAFFARONI, "La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar", ob. cit., Decimosexta conferencia. La criminología mediática actual, por su parte, posee singular poder, propio del medio comunicacional que utiliza: la televisión (Ídem anterior, p. 367).

(16) En el suplemento aniversario del diario Página 12, con fecha 26 de mayo de 2009 se recordó el caso del Ingeniero Santos y se publicaron varias notas periodísticas de la época. Entre ellas, se destaca lo publicado por el periódico El País de España el 1/7/90. Bajo el título "El caso del ingeniero justiciero. La opinión argentina exculpa a un ciudadano que asesinó a dos delincuentes" y luego de referirse al episodio, se indicó: "Los actores del suceso son arquetipos perfectos. El ingeniero Santos es hijo único de un suboficial de bomberos jubilado de la Policía Federal. A base de sacrificios y de trabajos extras, el policía pudo pagar los estudios de su hijo, que se graduó de ingeniero químico. Santos conoció hace 14 años a Norma, la que hoy es su mujer y madre de los cuatro hijos. El origen social de Norma es muy similar. Hija de un albañil, estudió Arquitectura y se graduó. Con un crédito compraron un piso y luego vino la adquisición de una casa vieja (...) La familia es la expresión palpable de la clase media acomodada. // Las dos trayectorias vitales que se acabaron con los dos cadáveres descerrajados de dos disparos en la cabeza son también la expresión palpable de los tiempos que vive Argentina (...) Aguirre y González pagaron con sus vidas por un robo que no les iba a proporcionar ni 1.700 pesetas". Zaffaroni lo denomina la víctima-héroe (ZAFFARONI, "La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar", ob. cit., p. 386).

(17) Esa es la denominación que Zaffaroni da a la criminología mediática, y explica: "Podría decirse que en paralelo a las palabras de la academia hay otra que responde a una creación de la realidad a través de la información, subin-

urgencia que utiliza a las víctimas como instrumento de presión para sus propios intereses (18). Es cierto lo expresado por Abregú en cuanto a que Lombroso y sus colegas racistas no necesitaron de los medios de comunicación ni de la difusión de casos criminales y de los juicios que enfocaron los rostros de los condenados, para construir sus teorías del *uomo delinquente* (19). Sin embargo, nada indica que sus estereotipos hayan trascendido el ámbito académico sin propaganda.

Se trata de un problema de comunicación. A través de la transmisión reiterada de hechos falsos (incluyendo pretendidas generalizaciones extraídas de sucesos aislados), los medios de comunicación alimentan el prejuicio de que la culpa de la violencia la tienen los ladronzuelos y que éstos son en su mayoría o en buena parte inmigrantes. Algunos políticos, en tanto, aprovechan para eximirse de toda responsabilidad por los desastres de sus administraciones y el caos económico, mientras que algunos académicos se suben a las abstracciones para confirmar la legitimidad del poder punitivo, y las cúpulas policiales y algunos funcionarios aledaños se benefician con la corrupción del sistema (20).

Según Zaffaroni, Mathiesen "[p]ropone comenzar por una comunicación alternativa que enfrente la producción artificial del pánico moral. Llama a esto un espacio público alternativo separado del

formación y desinformación mediática en convergencia con prejuicios y creencias, que se basa en una etiología criminal simplista asentada en una causalidad mágica". No obstante ello, más adelante aclara que en momentos en que la criminología académica también cayó en una causalidad distorsionada, ambas criminologías coincidieron argumentalmente en buena medida (ídem anterior, ob. cit., p. 365).

(18) "La respuesta imposible frente a la víctima. La urgencia de respuesta se acentúa con la presencia de algunas víctimas previamente seleccionadas por su funcionalidad a la publicidad. Frente al dolor de las víctimas, el comunicador exige una respuesta inmediata" (ibídem, p. 377). En otro pasaje, el autor advierte que con frecuencia los comunicadores preguntan a las víctimas de un delito violento si creen que la inseguridad es sólo una sensación, para obtener la respuesta inducida y esperable ante una pérdida (p. 384).

(19) Citado en ANITUA, "Medios de comunicación y criminología", op. cit., p. 67.

(20) Zaffaroni en el prólogo a la obra de MATHIESEN, Thomas, "Juicio a la prisión", Editorial Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 22.

infotainment (información-entretenimiento) de la comunicación masiva corriente, que refuerza el prejuicio de que el poder punitivo es la única forma de contener la violencia (oculta su carácter de reproductor y potenciador de violencia), magnifica la gravedad de los conflictos criminalizados, favorece el avance del autoritarismo represivo, atemoriza a los magistrados y en especial a los políticos, divulga el pánico con la emergencia penal de turno, aumenta la inseguridad pública y se monta sobre los peores prejuicios racistas, clasistas y discriminatorios en general” (21).

Ahora bien, para no tornar ilusoria tal comunicación alternativa, quizá se deba incorporar una dosis de pragmatismo al discurso académico. En ese sentido, la criminología cautelar de Zaffaroni aparece como firme candidato del contra-discurso mediático. Bailone la resume del siguiente modo:

“En criminología, es de muy reciente data su teoría de la criminología cautelar, un ulterior estadio de la crítica criminológica que reclama precaución y cautela a los operadores públicos de justicia y a los formadores de opinión a la hora de abordar la cuestión criminal. // Dicha teoría requiere incorporar como objeto de estudio criminológico a los crímenes estatales de victimización masiva (genocidio, masacres y crímenes de lesa humanidad), que hasta la fecha no habían sido puestos en cuestión por el poder académico. Tomando la realidad de los medios (construcción mediática de la realidad) y la constatación de cadáveres silentes (las muertes anunciadas de las masacres estatales), la criminología cautelar elabora prudentes discursos para influir en la realpolitik de la cuestión criminal, incluso para ser difundidos por las propias tecnologías mediáticas” (22).

III. b) Nociones básicas

Hasta llegar a las muertes producidas por masacres estatales hay un tramo por recorrer. Inicialmente, los límites al poder punitivo estatal son repudiados en la medida en que representan

la *carta magna del delincuente* (23). Se genera una suerte de dilema moral: *¿Debe defenderse a un homicida, a un violador, etc.?* La idea que subyace detrás de este cuestionamiento es que hay personas que no merecen ser defendidas, personas que a raíz de su conducta deben perder su condición de seres humanos. Así, en el imaginario colectivo, se establece una tajante división entre “malvivientes” y “bienvivientes” -como si nuestra existencia transcurriera en blanco y negro- (24).

En este contexto, quien se considere a sí mismo “bienviviente” y haya sido víctima de un hecho delictivo, no tendrá en cuenta los medios que el Estado utilice para encontrar y castigar al responsable. Su único interés será llegar a ese destino final, para sentirse compensado (material o moralmente según el caso). Los medios de comunicación, claro está, son el motor de este tipo de pensamientos y con su prédica diaria alientan esta postura.

Tratándose de delitos graves -agresiones sexuales, homicidios, secuestros seguidos de muerte, etc.-, la víctima o sus familiares pedirán un castigo ejemplar e inmediato, sin contemplaciones. Ese es el concepto de justicia que predomina dentro de esta lógica. Ese es el criterio que por estos días nos lleva a cuestionar el alcance de los derechos humanos, identificándolos peyorativamente como “derechos humanos de los delincuentes”.

Siguiendo esta idea, los derechos y garantías de las personas sometidas a proceso penal son percibidos como meras dilaciones que impiden *hacer justicia*, excusas absurdas de las que pretenden valerse los “malvivientes” para evitar la pena estatal. Esta manera de pensar no es nueva e incluso como remarqué, receptada a nivel legislativo, ha sido el motor de numerosas reformas penales implementadas desde hace más de veinte años-. Nuevos delitos, penas más duras y procedimientos más breves, han ido en detrimento del sistema de principios, derechos y garantías, diseñado a partir de nuestra Constitución Nacional junto a diversos instrumentos internacionales. Y más allá de este último período en el cual se ha acentuado, la distinción entre “buenos” y “malos” ha

(21) Idem anterior, pp. 22/23.

(22) BAILONE, Matías, “En busca de una sensata cantidad de abolicionismo: de la conciencia política al desarrollo académico”, en AA.VV., “El abolicionismo penal en América Latina. Imaginación no punitiva y militancia”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2012, p. 107.

(23) Expresión acuñada por Franz Von Liszt.

(24) Las “personas decentes” vs. “ellos”, sin espacio neutral, en palabras de Zaffaroni (ZAFFARONI, “La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar”, ob. cit., ps. 369 y 373).

estado presente en diversos momentos de nuestra historia. Así, durante la última dictadura militar se pretendía llevar cierta calma al grupo social, señalando respecto a aquellos que eran sometidos a tan desbocado e ilegal poder estatal: *“Algo habrán hecho...”* (25).

Esta forma de concebir el sistema de justicia, como ha sido señalado, denota un claro intento de distinción entre dos grupos de personas: aquellos que cometen delitos y aquellos que no. Se acepta que los primeros sufran en toda su dimensión e intensidad el castigo estatal -guiada la pena por fines retributivos y de prevención negativa, tanto general como especial (26)-, mientras que los segundos celebran la eliminación de aquellos individuos que afectan su tranquilidad, acentuándose la distancia entre ambos grupos cuando de este lado, todos se consideran potenciales víctimas. Es en este sentido que Galeano habla de un mundo que prefiere la seguridad a la justicia, señalando que la muerte de cada malviviente surte efectos farmacéuticos sobre los bienvivientes -la sociedad siente alivio ante la enfermedad que la acosa- (27). Socialmente, sin embargo, el sacrificio de la justicia en los altares de la seguridad no es advertido. La autorización legal para permitir el ingreso de las fuerzas de seguridad al domicilio de una persona acusada de haber cometido un delito pasa a ser un mero tecnicismo, una muestra más de la burocracia estatal que debería ceder ante la gravedad del hecho; el *olfato policial* alcanza para justificar intromisiones en la vida privada de las personas y convalidar detenciones; denunciantes sin rostro y agentes encubiertos, irrumpen en escena con total libertad; etc.

Desafortunadamente, el derecho penal constituye un conjunto de constricciones que recae no

(25) En la mayor parte de los casos, no importaba si el motivo de detención era la presunta comisión de un hecho delictivo o simplemente era consecuencia de la mera arbitrariedad e impunidad con que operaba el sistema; tampoco importaba si se aplicaban sanciones respetando los derechos y garantías de los imputados o si, literalmente, se los hacía desaparecer.

(26) Se aprecia un marcado sesgo de la corriente criminológica de la defensa social en este tipo de planteos; es decir, sacar al peligroso, al irrecuperable de circulación, todo en pos de la ansiada tranquilidad ciudadana -que, por cierto, nunca llega-.

(27) Cf. GALEANO, Eduardo, “La enseñanza del miedo”, en *“Patatas arriba. La escuela del mundo al revés”*, Ed. Catálogos, Buenos Aires, 1998.

sólo sobre los culpables, sino también sobre los inocentes. Todos estamos sometidos a las limitaciones de la libertad de acción prescriptas por las prohibiciones penales, mientras que no todos aquellos que son culpables de sus violaciones se ven sometidos al proceso y a la pena, porque muchos se sustraen al juicio y más aún a la condena; *“[n]i sólo ellos, siendo muchísimos los inocentes forzados a sufrir, por la inevitable imperfección y falibilidad de cualquier sistema penal, el juicio, acaso la prisión preventiva y en ocasiones el error judicial”* (28). Ferrajoli destaca así, el coste de la justicia -que depende de las prohibiciones de los comportamientos que se consideran delictivos, las penas y los procesos contra sus transgresores-, y el coste de las injusticias, que depende del funcionamiento concreto de cualquier sistema penal (29).

Presentado de una forma sencilla, podríamos decir que para reducir los niveles de injusticia conteniendo al máximo el poder punitivo estatal, se les brinda a las personas una especie de escudo protector conformado por derechos y garantías. Con mayor precisión, podría afirmarse que dicho escudo se encuentra presente -aunque oculto- en cada uno de nosotros. Al formularse una imputación contra determinado individuo, los derechos y garantías que portaba de modo latente, se activan y se tornan visibles. Así, cada uno de nosotros deberá asumir la posibilidad de formar parte en algún momento de la cifra de injusticia. De ello se desprende, en parte, la necesidad de contar con un escudo protector; y ello explica, a su vez, por qué los derechos humanos son patrimonio de todos

(28) FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón”, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 209.

(29) Idem anterior, p. 210. Allí, el citado autor señala: “Y a lo que llaman los sociólogos la ‘cifra negra’ de la criminalidad -formada por el número de culpables que, sometidos o no a juicio, quedan impunes y/o ignorados- ha de añadirse una cifra no menos oscura pero aún más inquietante e intolerable: la formada por el número de inocentes procesados y a veces condenados”. Ferrajoli denomina cifra de la ineficiencia a la primera y cifra de la injusticia a la segunda, en la que incluye a: “a) los inocentes reconocidos como tales en sentencias absolutorias tras haber sufrido el proceso y en ocasiones la prisión preventiva; b) los inocentes condenados por sentencia firme y ulteriormente absueltos a resultados de un procedimiento de revisión; c) las víctimas, cuyo número quedará siempre sin calcular -verdadera cifra negra de la injusticia-, de los errores judiciales no reparados”.

los individuos en tanto potenciales afectados por el poder punitivo.

En la actualidad, sin embargo, sólo nos preocupa estar seguros frente a las posibles agresiones de otros individuos -lo cual representa apenas una parte de un concepto mucho más amplio-. Radbruch explica:

“Se puede concebir la seguridad de tres maneras. Se presenta desde luego como seguridad por el derecho: es la seguridad contra el homicidio y el robo, es la seguridad contra los peligros de la calle. // En este sentido, la seguridad es un elemento del bien común, y no tiene, por tanto, nada que ver con nuestra materia. Hay sin embargo, entre esta noción de seguridad y aquella que vamos a contemplar, afinidades muy estrechas. // En efecto, la seguridad por el derecho presupone que el derecho mismo sea una certeza. // Así, nuestra segunda definición entiende por seguridad la certidumbre del derecho que exige la perceptibilidad cierta de la norma de derecho, la prueba cierta de los hechos de que depende su aplicación y la ejecución cierta de lo que ha sido reconocido como derecho. // La certeza de que aquí se trata, es la del contenido del derecho en vigor; otra cosa es la validez misma del derecho. Pero esta certeza sería ilusoria si, en no importa qué momento, el legislador pudiera abolir el derecho. Por eso la certeza del derecho en vigor tiene necesidad de ser completada por una cierta seguridad contra las modificaciones, es decir, por la existencia de un aparato legislativo previsto de ciertas precauciones, destinadas a poner obstáculos a las modificaciones -lo recuerda el sistema de la separación de poderes y de la prescripción de ciertos procedimientos tendientes a hacer más difíciles las modificaciones a la Constitución” (30).

Con base en estas distinciones, vemos cómo nuestra patológica preocupación por no ser víctimas de la inseguridad, no servirá de mucho si no tenemos en cuenta la importancia del concepto en todas sus acepciones. En este punto, nuevamente, es posible adelantar el porqué de nuestra visión parcializada: sólo nos vemos como posibles víctimas del delito de otros, y no como posibles víctimas de la arbitrariedad estatal; sólo nos interesa la “seguridad por el derecho”.

(30) RADBRUCH, Gustav, El fin del derecho, en http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/fin/fin.html (consultado en el mes de diciembre de 2012).

Habiendo dejado de lado la certidumbre del derecho y la seguridad contra las modificaciones, en esta época parece predominar ampliamente aquella idea de que el fin justifica los medios. Contrariamente, en un enfoque individualista -opuesto al enfoque globalizador que caracteriza al utilitarismo-, los hombres son fines en sí mismos y no pueden ser utilizados sólo como medios en beneficio de otros (31). Ello se infiere de principios tales como los de inviolabilidad y dignidad de la persona humana, los cuales dan lugar a ciertos derechos que, como dice Dworkin, “[i]mponen un límite o umbral a persecución del bienestar colectivo” (32).

Sabemos también que para contener a aquellas medidas que sacrifican a algunas personas con el justificativo de que ello redundará en mayor beneficio de otras, tales derechos son reconocidos por normas jurídicas de una jerarquía mayor que las que se dictan con el fin de satisfacer ciertos objetivos colectivos -normas de carácter constitucional y tratados internacionales- (33).

Según Nino, los derechos individuales son “[l]os derechos morales que los hombres tienen no por cierta relación especial con otros hombres, ni por ocupar determinado cargo o función, ni por ciertas particularidades físicas o intelectuales, ni por las circunstancias en que un individuo puede encontrarse, sino por el hecho de ser hombres” (34). Entre los derechos fundamentales del hombre se encuentra el de ser respetado en su vida e integridad física, y el de no ser sancionado sin un debido proceso legal. Bajo esta concepción, la idea de que el esclarecimiento de un suceso delictivo no puede lograrse menoscabando los derechos de la persona imputada tiene un sentido puramente moral -lo cual permitiría afirmar su existencia y legitimidad con independencia de la propia sociedad- (35).

(31) Esta máxima pertenece a Kant y ha sido citada por Carlos Santiago NINO en su obra “Introducción al análisis del derecho” (2ª edición, ampliada y revisada; 7ª reimpresión), Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 419.

(32) Citado por NINO en “Introducción al análisis del derecho”, ob. cit., p. 419.

(33) Idem anterior.

(34) Ibídem, p. 417.

(35) En sentido contrario, García Méndez señala: “No tengo dudas acerca de que la concepción de los derechos humanos como derechos inherentes a la persona humana

Para recordar el significado de los derechos humanos -tanto a nivel local como en otras latitudes-, debiéramos tener presentes las consecuencias vividas a raíz del Holocausto a nivel mundial, o la cantidad de ejecuciones extrajudiciales ocurridas en nuestro país durante la última dictadura militar.

El problema es que la opinión pública no asocia los acontecimientos señalados con el aumento de las facultades punitivas del Estado y el consecuente retroceso de los derechos y garantías de las personas. Así, sucesos diferenciables cuantitativamente pero no así cualitativamente, parecen distantes entre sí. La situación de un joven que fallece al ser obligado por las fuerzas de seguridad a arrojarlo a un río, no se asimila a la de tantas personas que fueron asesinadas y arrojadas a ese mismo río, décadas atrás. Dejando de lado que el contexto institucional es diferente -gobierno democrático en un caso y gobierno de facto en otro-, en ambos casos se trata de la vulneración de derechos de una o más personas por parte de las fuerzas de seguridad.

Las prácticas autoritarias, en nuestro país, señalan al Estado como uno de los principales responsables de amenazas al orden constitucional. Las fuerzas policiales y de seguridad no sólo se muestran como ineficaces en la prevención y la persecución del delito -para lo cual al parecer no sirven los métodos de "mano dura" que muchas veces emplean- sino como agencias corruptas, que actúan con alarmante frecuencia en complicidad con redes delictivas.

Nuestra seguridad no sólo se ve afectada por aquel que nos arremete y pretende adueñarse de nuestra propiedad privada -o incluso nuestra vida-. Nuestra seguridad también peligró cuando desde el Congreso de la Nación -paradójicamente presionado por nuestra sensación de inseguridad- se dictan leyes que restringen, en forma abiertamente inconstitucional, nuestras libertades individuales. Nuestra seguridad peligró cada vez

ha contribuido decisivamente a una visión idolátrica y ahistoriada de derechos que, en forma evidente, resultan históricos y contingentes" (GARCÍA MENDEZ, Emilio, "Infancia. De los derechos y de la justicia" -2ª edición actualizada-, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 294). El citado autor fundamenta su postura en que la capacidad de movilización social para lograr la efectiva vigencia de los derechos humanos, depende en gran parte de recobrar el sentido político original presente en su origen histórico.

que nuestros tribunales convalidan detenciones ilegales y procedimientos irregulares. Nuestra seguridad peligró cuando dejan de preocuparnos los medios que se emplean para preservarla. Si tales consecuencias tuvieran la misma difusión mediática que los delitos contra la propiedad, la balanza se equilibraría un poco.

III. c) Mensaje en una botella

Al igual que los avisos publicitarios presentan productos como soluciones instantáneas, nuestras históricas demandas de seguridad son correspondidas con idéntico pensamiento mágico. Ciertamente, "[p]ensar en soluciones sencillas a un problema nacional que ha sido y que será más complejo resulta tan infecundo como pretender establecer las consecuencias mundiales de una improbable invasión marciana" (36). Pero la ilusión de que con reformas cosméticas y golpes efectistas se combatirá a la inseguridad y la injusticia, parece ayudarnos a conciliar el sueño.

Este pensamiento mágico se ha instalado entre nosotros, proyectándose en leyes que por el tipo de respuesta que proponen, se identifican como de "Mano dura" o "tolerancia cero". En líneas generales, representan aumentos de penas, mayor flexibilidad en las investigaciones, ampliación injustificada de medidas de coerción durante el proceso, etc. Tal como señala Zaffaroni, depositamos en los tipos penales todo aquello que es negativo, todo aquello que es peligroso. Creemos que eso alcanza para modificar la realidad, convenciéndonos de que la reforma penal es la clave para neutralizar todos los males (37). Sin embargo, la ineficacia de tales medidas ha resultado tan

(36) GANON, Gabriel, "¿La MacDonalizacion del Sistema de Justicia Criminal?: Nuevo Orden o Nuevo Derecho en la globalidad de la sociedad excluyente", publicado en la sección de doctrina del suplemento de derecho penal del portal: www.eldial.com

(37) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Conferencia dictada en el XIII Congreso Latinoamericano, V Iberoamericano y Iº del Mercosur de Derecho Penal y Criminología, Guarujá, Brasil, 16/9/01. Allí, el autor señaló que algunos políticos aprovechan el momento para tener los cinco minutos de fama que necesitan, destacando: "Cinco minutos de televisión para un político le puede representar muchos minutos de poder ¿cómo no va a hacer leyes penales?". El texto de la conferencia puede consultarse en www.pensamientopenal.com.ar/16112009/doctrina04.pdf o también en <http://www.angelfire.com/ar/fmuraro/zaffa.htm> (ambos sitios consultados en enero de 2013).

contundente como su persistencia. Al respecto, se ha dicho:

“Desde hace más de dos décadas, diversos estudios de campo han demostrado que la severidad esperada del castigo, de hecho, no tuvo efecto en la actividad criminal. Tampoco lo tuvo la expectativa de prisión. Lo que los investigadores hallaron fue que la experiencia subjetiva del riesgo de detección tenía un cierto efecto. Pero no era así con los delitos graves, ni siquiera para comisión de todo tipo de delito insignificante, sino sólo con algunos tipos de delitos insignificantes: raterismo, agresión física de poca importancia, uso del subterráneo sin paga, y cosas por el estilo. E incluso en ese caso, el efecto fue caracterizado como muy modesto” (38).

Ahora bien, al margen de su ineptitud “[p]or tratarse de proposiciones demagógicas que sólo han servido de propaganda para que determinados políticos nos vendan la imagen de que están resolviendo todo; especialmente, que están brindando seguridad a través de leyes penales...” (39), hemos visto que la inconveniencia de las reformas se desprende de sus efectos negativos. El riesgo de este tipo de políticas es desembocar en un Estado de policía -que no es otra cosa que un Estado con su poder punitivo descontrolado-.

La observación que surge de manera casi inmediata es que antes de dar por sentado el problema real de la delincuencia, debería por parte de los generadores de políticas públicas redimensionárselo en su justo término y enfrentarlo de una manera menos simplista, integral, con la formulación de una verdadera política de Estado al respecto -de la cual hace un largo tiempo carecemos-.

Hasta ahora, la idea central de estas propuestas, generalmente, ha pasado por hacer más eficiente el sistema de justicia, para reducir al máximo posible la comisión de delitos. Ello pretende lograrse -como ha sido señalado- aumentando las escalas penales, tipificando nuevos delitos, reduciendo el régimen de progresividad que permitiría al condenado recuperar su libertad antes de haber

cumplido el monto total de la pena impuesta, o con reformas de tipo procedimental -aumentando las facultades policiales y del ministerio público fiscal, con la intención de lograr mayor celeridad en la investigación, y más posibilidades de detección de delitos y recolección de pruebas-.

Según se destacó en el acápite anterior, el paso del tiempo ha servido para reconocer la inconveniencia de aplicación de este tipo de políticas. En esta última década -con acento durante nuestro agitado 2004- ha habido una catarata de reformas que no han reducido los niveles de inseguridad, sino que los han ampliado en distintos ámbitos institucionales. Como resultado, hemos obtenido un aumento en las violaciones masivas de derechos y libertades producidos por fuerzas policiales y de seguridad, que se manifiesta en la persistencia de ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas, tortura y maltrato de las personas detenidas en comisarías o establecimientos penitenciarios, e ineficacia en la prevención y persecución de delitos -potenciada por el aumento en los niveles de corrupción, en el seno mismo de la fuerza encargada de contenerlos-.

Quienes se muestran satisfechos con este tipo de reformas podrán argumentar que los excesos o el simple accionar delictivo de algunos miembros de las fuerzas de seguridad no tienen nada que ver con las modificaciones introducidas. Sin embargo, el aumento de las facultades policiales (por nombrar alguna de las tantas reformas, que servirían para ilustrar la discusión) ha operado negativamente en ambos sentidos. Por un lado, en el campo del deber ser, ha dado lugar a confusos estándares probatorios y límites a la intromisión en la esfera privada de las personas, cada vez más difusos. Por otra parte, tal falta de consonancia con el orden constitucional en el plano del deber ser, tiene su correlato en el ámbito del ser. Así, a la arbitrariedad cotidiana de aquellos que abusando de su cargo cometen delitos, se suma la arbitrariedad de aquellos que creen estar actuando conforme a la ley.

La experiencia demuestra que la pretensión de eficacia del Estado en la lucha contra el crimen no debe llegar al punto de ahogar las libertades básicas de los individuos. Por lo demás, la idea de un Estado omnipotente es absurda (40).

(38) MATHIESEN, Thomas, “La abolición: ¿un sueño imposible?”, Trabajo presentado en la VIII Conferencia Internacional sobre Abolicionismo Penal, Auckland, Nueva Zelanda, 18-21 febrero 1997.

(39) ZAFFARONI, Conferencia dictada en el XIII Congreso Latinoamericano, V Iberoamericano y 1º del Mercosur de Derecho Penal y Criminología, op. cit.

(40) Así lo entiende Zaffaroni, al sostener: “Por supuesto que es obvio que la pérdida no tiene solución y que, natu-

Incluso si un Estado moderno pudiera -a nivel teórico- acabar con todo el problema de la criminalidad, eliminando las garantías de las personas para lograr eficacia (principios de inocencia, culpabilidad, ofensividad, proporcionalidad, etc.), esta eficacia se alcanzaría a costa de nuestra libertad, a cambio de negar la propia dignidad humana. Aparentemente, se resolvería el problema de la inseguridad ante el hecho delictivo. Pero en realidad se crearía otro mayor: el único delincuente sería el Estado. Se obtendría así una paz social absoluta, tan absoluta como la paz que se respira en un campo de concentración. Esta misma reflexión se desprende de las palabras de Bonesana cuando señala:

“Pero los medios empleados hasta ahora, por lo general son falsos y opuestos al fin que se persigue. No es posible reducir la turbulenta actividad de los hombres a un orden geométrico sin irregularidad y confusión. Lo mismo que las constantes y sencillísimas leyes de la naturaleza no impiden que los planetas no se perturben en sus movimientos, así también en las infinitas y opuestas atracciones del placer y el dolor, tampoco las leyes humanas pueden evitar perturbaciones y desórdenes. A pesar de todo, ésta es la quimera de los hombres cuando tienen en sus manos el poder. Prohibir una multitud de acciones indiferentes, no es prevenir los delitos que puedan nacer de aquéllas, sino crear otros delitos nuevos; es tanto como definir a capricho la virtud y el vicio, predicados antes como eternos e inmutables. ¿A qué nos veríamos reducidos si se nos prohibiese todo aquello que puede inducir a delito? Sería menester privar al hombre del uso de sus sentidos” (41).

La ley de Servicios de Comunicación Audiovisual representa una importante oportunidad de

ralmente, lo único que puede hacerse respecto de la víctima es respetarle su dolor y asistirle psicológicamente. El show se monta presuponiendo un Estado omnipotente que si no evitó la desgracia fue por negligencia o por ineficacia, lo que fija en el imaginario colectivo la peligrosa idea de que el Estado debe ser omnipotente, pretendiendo que se prevengan hasta los delitos y accidentes más patológicos e imprevisibles, que en ningún país del mundo pueden evitarse” (ZAFFARONI, “La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelada”, ob. cit., p. 385).

(41) BONESANA, Cesare (conocido como el “Marqués de Beccaria”), “De los delitos y las penas”, en http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/beccaria/cara-tula.html.

obtener más amplios espacios de difusión para la criminología académica -aunque *per se*, ello no implicará un cambio en la percepción mediática de la cuestión criminal- (42).

IV. Reflexiones finales

“[n]o es necesario volar al centro del sol, pero sí arrastrarse a un pequeño y limpio lugar en la tierra, donde a veces llegue el sol y uno pueda calentarse un poco” - Franz Kafka (43).

Al presentar el informe estadístico de 2011 (44) -producido por el Instituto de Investigaciones de la C.S.J.N.-, Zaffaroni remarcó el hecho de que si bien la República Argentina ha pasado por situaciones gravísimas de violencia institucional y social, actualmente no registra cifras alarmantes de criminalidad en relación con las de la región.

Sumado a ello, las tareas de investigación criminológica de campo reseñadas han permitido derribar la mayor parte de las generalizaciones que los medios masivos de comunicación desprenden de hechos particulares.

En lo que hace a los homicidios dolosos consumados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la investigación e informes de los años 2010 y 2011 permitió identificar las características y causas del delito, y de la violencia social -reflejando inclusive hacia el último semestre de 2011 la eficacia de las políticas públicas implementadas-. Justamente y tal como se señala, a partir de ese mejor conocimiento es que se pueden definir políticas tendientes a reducir las cifras.

Ahora bien, por muy loable que resulte la idea de comenzar a ocuparnos del daño *real* del delito, de las causas de la violencia social en general -conociéndolos a partir de la investigación criminológica de campo-, lo cierto es que para ello debemos delinear una estrategia tendiente a *visibilizarlos*. Si a simple vista ni los dirigentes políticos ni el grueso de la población pueden conocer el verdadero origen de aquellos conflictos, de poco habrán

(42) ANITUA, “Medios de comunicación y criminología”, op. cit., p. 59.

(43) KAFKA, Franz, “Meditaciones”, M. E. Editores, Madrid, 1994, p. 152.

(44) Informe del Instituto de Investigaciones de la C.S.J.N., disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/dbei/ii/caba2011/hc2011.pdf> (sitio consultado en enero de 2013).

servido los inquietantes resultados obtenidos con el método científico.

La futura implementación de políticas preventivas eficaces (sostenidas en el tiempo) dependerá inexorablemente de la voluntad política. Esta última aparecerá como fluctuante de acuerdo a quién ejerza el poder de turno, pero si se lograra concientizar a la población, difícilmente un político alentaría una reforma coyuntural sin consenso popular.

En nuestros días, investigaciones como la realizada y políticas públicas preventivas no tienen chance frente a la mera reforma de leyes penales -fomentada por los medios masivos de comunicación-. Si se trata de las plataformas de dos candidatos (uno que promete aumentar las penas y eliminar egresos anticipados y otro que promete realizar estudios criminológicos para identificar las causas del delito y sobre esta base diseñar e implementar políticas preventivas), no hay duda de que ganará el primero. Poco importará si el aspecto preventivo resulta más eficaz para evitar o disminuir la frecuencia de los hechos, porque nadie puede verlo.

Paralelamente, la historia demuestra que también las políticas preventivas se han llevado a cabo del mismo modo que las reformas penales: coyuntural. Esto se debe en gran medida a que -tal como indica Zaffaroni en la citada presentación del informe-, el lugar que dejó vacío el escasísimo o nulo desarrollo de la criminología de campo fue ocupado por los medios masivos de comunicación social y, por ende, los órganos políticos competentes desde hace largo rato “[n]o motivan sus decisiones conforme a indicadores de frecuencia, vulnerabilidad victimizante y criminalizante, sino que lo hacen desde su experiencia práctica, condicionados por la impresión pública generada por la comunicación masiva y por los intereses sectoriales de las propias agencias ejecutivas del sistema penal” (45).

Se suele decir que la política depende de los políticos como el tiempo depende de los astrónomos (46). La clave, en cambio, pasa por acceder al gran público con la misma efectividad con que lo logran los medios de comunicación masiva.

(45) Informe del Instituto de Investigaciones de la C.S.J.N., op. cit., pp. 7/8.

(46) Frase atribuida al novelista francés Remy de Gourmont.

En particular, la televisión es el medio más poderoso en cuanto a difusión, pero posee su propia dinámica: sólo recibe y transmite el pensamiento concreto (47). Precisamente, las investigaciones realizadas constituyen un *mazazo* de pensamiento concreto y hasta podrían haberse transmitido con las imágenes de los gráficos confeccionados en los informes. Aquella correspondiente al año 2011 no sólo amplió las variables de análisis cuantitativas y cualitativas, sino que además sumó dos áreas geográficas de la Provincia de Buenos Aires: el Departamento Judicial La Plata y el Departamento Judicial San Martín -sirviendo para ilustrar acerca de la conflictividad en lugares de alta estigmatización mediática-. En tal sentido, no hay duda de que “*La investigación llevada a cabo por el equipo del Instituto de Investigaciones sirve para desmontar prejuicios y preconcepciones instalados desde los medios de comunicación y arraigados en la sociedad*” (48). Más no servirá para derribar estereotipos si no es difundida con la misma espectacularidad, simpleza, elocuencia y efectividad con que los *mass media* transmiten actualmente cada asunto penal (49).

Tal vez sea momento de dejar de intentar contrarrestar la superficialidad de los medios masivos de comunicación para acoplar a ella el discurso académico y la realidad jurídica. Buscar un modo de difusión sencillo para problemas complejos -sin resignar en ello calidad- suena más complicado de lo que es. Hemos visto que la simple difusión masiva de las más recientes investigaciones realizadas, hubiera sido un gran comienzo.

De nada sirve que el conocimiento esté orientado a un grupo selecto, que el intelecto quede encerrado en la vanidad de un saber encriptado. ♦

(47) En palabras de Zaffaroni: “[u]na comunicación por imágenes necesariamente se refiere siempre a cosas concretas, pues eso es lo único que pueden mostrar las imágenes y, en consecuencia, el receptor de esa comunicación es constantemente instado al pensamiento concreto, lo que en lugar de ejercitar y fortalecer su pensamiento abstracto, más bien lo debilita” (ZAFFARONI, “La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar”, ob. cit., p. 368).

(48) Informe del Instituto de Investigaciones de la C.S.J.N., op. cit., p. 8.

(49) Zaffaroni aclara que la voz del intérprete televisivo se vale de un lenguaje empobrecido (ZAFFARONI, “La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar”, ob. cit., p. 369). Si ello permite quebrar el discurso mediático hegemónico, tal vez sea hora de aprender algo de lunfardo.

PROCESAL PENAL



PROCEDIMIENTO PENAL

Requisa, secuestro de arma y detención sin orden judicial. Validez. Inexistencia de violación del debido proceso legal.

***Hechos:** La defensa planteó la nulidad de la requisa, el secuestro de un arma y posterior detención del imputado, realizadas sin orden judicial. La sentencia rechazó el planteo y la Cámara la confirmó.*

La requisa, el secuestro de un arma y la posterior detención del imputado, realizadas sin orden judicial, son válidas, pues del análisis de las circunstancias que rodearon el hecho a partir del cual se llevó a cabo el procedimiento no se advierte la presencia de irregularidad alguna de la que pueda inferirse una violación

al debido proceso legal, por cuanto es dable afirmar que los preventores actuaron, atento las circunstancias de urgencia, de forma prudente y razonable en el ejercicio de sus funciones.

CPenal, Contravencional y de Faltas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 2012/10/11. - Basualdo, Maximiliano Nicolás s/inf. art. 189 bis CP.

[Cita on line: AR/JUR/67313/2012]



JURISPRUDENCIA VINCULADA

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala I, "R., D. s/sobresimiento", 21/02/2013, LA LEY 03/04/2013, 9, AR/JUR/256/2013.

La verificación del supuesto que contiene la causa habilitante de la actuación policial autónoma: un requisito ineludible para un control judicial efectivo

POR **FERNANDO VALLONE**

Sumario: I. El caso.— II. La clave.— III. La denuncia anónima y la exigencia de elementos objetivos idóneos.— IV. La relevancia de verificar el supuesto que contiene la causa habilitante. El elemento objetivo idóneo.— V. La omisión de verificar el supuesto que contiene la causa habilitante y la arbitrariedad de sentencias.— VI. Efectividad de las garantías constitucionales y control judicial.— VII. Denuncia anónima personal.— VIII. Medios para corroborar la existencia del presupuesto que contiene la causa habilitante.— IX. Cómo debió actuar el agente policial.— X. Conclusiones.

I. El caso

El sustento argumental que gobernó la decisión (1) que analizaré, y las particularidades de su trasfondo fáctico, otorgan una oportunidad ideal para profundizar los requisitos del control judicial de legalidad sobre el actuar autónomo de las fuerzas de seguridad y destacar la necesidad de dotar de mayor efectividad a dicho mecanismo de revisión.

En lo sustancial, los elementos objetivos del caso eran los siguientes:

-Un taxista le habría informado a un oficial de policía sobre un supuesto intento de robo que sufrió, describiendo a los sospechosos y el lugar en donde se encontrarían.

-El funcionario policial, sin tomar los recaudos para individualizar al taxista que le habría brindado dicha información, se dirige al lugar indicado y encuentra a dos personas con las características descriptas por el referido denunciante.

(1) "Incidente de apelación en autos "B, M.N. s/inf. art. 189 bis. del CP". Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires. Dictado en ocasión de confirmar el rechazo de un planteo de nulidad de un procedimiento policial de requisa personal efectuada en la vía pública.

2ª Instancia.— Buenos Aires, octubre 11 de 2012.

Primera cuestión:

En primer término, cabe mencionar que el recurso de apelación interpuesto lo ha sido en las condiciones y plazos establecidos por el art. 279 CPPCABA, y por quien se encuentra legalmente facultado para hacerlo. Asimismo es fundado, oportuno y se dirige contra un tipo de resolución que resulta susceptible de generar el necesario gravamen irreparable.

En efecto, es criterio jurisprudencial de este Tribunal que las decisiones que resuelven planteos de nulidad resultan, en principio, susceptibles de provocar el gravamen irreparable requerido por el art. 279 CPPCABA (Causas N° 20-ley 1472- Apelación” rta. el 28/04/2006; N° 6937-01-CC/2006 “Delgadino, Jorge Luis s/ inf. art. 83, ley 1472- Apelación”, rta. el 23/03/2006; N° 18286-00/CC/2006, “Nieva, Sebastián Hernán s/Infr. Art. 62 Ley 1472- Apelación”, rta. del 23/11/2006, entre otras)

Segunda cuestión:

Admitido el recurso, y previo a todo análisis de los planteos nulificatorios interpuestos por la Defensa,

es importante recordar la postura que ha venido sosteniendo esta Sala en numerosos precedentes, al afirmar que la declaración de nulidad posee carácter excepcional, y priman los principios de conservación y trascendencia de los actos procesales, por lo que sólo resultaría procedente de advertirse algún vicio sustancial o la afectación de garantías constitucionales (causas nros. 22567-00-CC/2008 “Sena, Walter Darío s/infr. art. 149 bis CP -Apelación” del 10/8/09; 1792-00-CC/2006 “Aldao, Mauricio Angel s/infr. art. 189 bis CP- Apelación”, del 2/3/07; 28924-00-CC/2006 “Ierino, Leandro o Leandro Javier s/art. 189 bis CP- Apelación” del 16/4/07, entre otras).

En síntesis, sólo debe acudirse a la nulidad cuando la invalidez resulte trascendente por haberse afectado concretamente un derecho constitucional, puesto que —a partir de lo expresado— las nulidades no deben responder a cuestiones formales, sino a enmendar los perjuicios efectivos que pudieran surgir del acto viciado. Lo contrario, importaría un exceso ritual manifiesto no compatible con el buen servicio de justicia, pues la nulidad se adoptaría en el sólo interés del formal cumplimiento de la ley (Fallos 295:961; 298:312; 311:237, entre otros).

—Con aquel presupuesto se procede a la detención de los sospechosos, obligándolos a exhibir sus efectos personales, y cuando los agentes policiales se encontraban a punto de realizar la requisita personal, aquéllos se intentan dar a la fuga.

— Se efectiviza la requisita y se encuentra en poder de uno de los sospechosos un arma de fuego sin la debida autorización de portación.

II. La clave

Los requisitos imprescindibles para analizar si la conducta policial se adecua a las garantías constitucionales de un Estado de derecho:

a. Que se encuentren expresados los motivos que originaron las actuaciones. En “Ciraolo” (CS 2009), si bien la mayoría no admite el recurso extraordinario por motivos formales, es interesante lo que surge del voto concurrente en disidencia y del dictamen del Procurador. En aquel caso el procedimiento policial se desarrolló sin que siquiera el agente otorgara las motivaciones que impulsaron su actuación, por lo que, ante un presupuesto objetivo mantenido *in pectore*, no hay posibilidad de realizar el control judicial de razonabilidad sobre ese obrar.

b. Que esa motivación constituya una sospecha razonable válida, configurada antes de proceder a interferir los derechos, y exista una urgencia para actuar con autonomía al control judicial inmediato (2).

c. Que el supuesto que contiene la causa habilitante de actuación sea verificable.

En síntesis, como bien graficó la Suprema Corte de los Estados Unidos, “El funcionario policial no está autorizado a detener y revisar a toda persona que ve en la calle o acerca de la cual está realizando investigaciones. Antes de colocar sus manos sobre la persona de un ciudadano en busca de algo, él debe tener motivos razonables y constitucionalmente adecuados para actuar de ese modo” (3).

El magistrado que tenga la obligación de controlar la actuación policial debe situarse en el momento inmediatamente anterior a la intervención y examinar su validez, tarea que abarca

(2) “Daray”, CSJN, 1994.

(3) “Sibron v. New York” (392, U.S., 40, 64-1968), citado por el ministro Petracchi en su voto en disidencia del fallo “Fernández Prieto” (CSJN, 1998).

La defensa refiere que no se han dado los requisitos objetivos establecidos por la ley procesal como condición previa para la realización de la detención y la requisita. Que debe verificarse la existencia de indicios vehementes de culpabilidad, que exista peligro inminente de fuga o serio entorpecimiento de la investigación, circunstancias que a su juicio no habían acontecido en el caso, por lo que solicita la nulidad del procedimiento y de todo lo obrado en su consecuencia.

Sentado ello, no puede ignorarse que si bien —como principio general— para efectuar una requisita se necesita orden judicial, existen ciertas circunstancias que autorizan a prescindir de ella cuando hubiere motivos urgentes o situaciones de flagrancia.

El art. 112 CCABA, establece, en relación a la requisita, que “cuando hubiera motivos urgentes o situaciones de flagrancia que hicieran presumir que una persona porta entre sus efectos personales o adheridas a su cuerpo o en el vehículo

en el que circula, cosas constitutivas de un delito o que pudieran haber sido usadas para cometer un delito, las autoridades de prevención podrán disponer que se

efectúen requisas personales. De lo actuado deberán dar inmediata noticia al/la Fiscal, quien lo ratificará o dispondrá la devolución de los efectos incautados... De lo actuado se labrará acta y si se encontraren cosas susceptibles de secuestro, a los fines probatorios y/o comiso, los efectos quedarán a disposición del/la Fiscal. En el acta deberán constar los motivos que justificaron la actuación bajo consecuencia de inadmisibilidad de la prueba obtenida”.

De la normativa examinada surge que el legislador prescribió la existencia previa de determinadas circunstancias que generen un grado de sospecha para llevar a cabo la detención o requisita.

A su vez, cuando el personal preventor se encuentre en alguna de esas hipótesis exigidas por la ley para proceder, es necesario que describa fundadamente cuáles son las conductas, actos o actitudes del imputado que generaron tales sospechas.

En primer término, y como sustento de la solución que se propicia, cabe mencionar que a los efectos de determinar la legitimidad de la requisita corresponde merituar si existieron, al momento de efectuarse dicho acto, los presupuestos excepcionales estable-

la comprobación de que se hayan alegado causas para actuar, que las mismas sean razonables según criterios constitucionales y que los hechos que originan los motivos alegados hayan existido. Es un único análisis para cuya realización efectiva no puede omitirse ningún postulado.

En mi criterio, el control de legalidad que se emprende en los fundamentos del fallo comentado aborda los dos primeros requisitos, pero obvia un elemento determinante para analizar el último.

El propósito de este comentario es apuntar y demostrar que ese tipo de omisiones convierte la revisión judicial de legalidad en un mecanismo puramente formal.

III. La denuncia anónima y la exigencia de elementos objetivos idóneos

La situación objetiva que contenía la justificación policial para actuar (motivos urgentes equiparables a los motivos suficientes para presumir previstos en el art. 230 del CPPN-, según el primero de los estándares previstos por el art. 112 del CPPCABA) derivó de la referida denuncia que efectuó el taxista, y a partir de aquella es que se procedió a la limitación de derechos de los

sospechosos, por lo que es determinante analizar ese extremo.

Previo a ello corresponde dilucidar cuáles garantías están en juego. A ese fin cabe resaltar que cuando los supuestos sospechosos pretendieron irse del sitio en que estaban siendo requisados, se lo interpretó como una fuga e inmediatamente son reducidos para concluir con la inspección corporal, aspecto categórico que acredita que desde el primer momento en que fueron abordados por los policías se configuró una restricción de libertad (4). Por ende la libertad de locomoción y la intimidad, reconocidas en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales incorporados a ésta última, son los derechos para cuya intervención se requería una justificación racional suficiente.

Del planteamiento del caso no surge que se haya individualizado al denunciante, por lo que cabe emprender el examen teniendo en consideración

(4) Situación que demuestra lo afirmado por Carrió, en cuanto a que durante el lapso de una requisita o de un pedido por parte de la policía de que el sospechoso exhiba sus pertenencias se limita seriamente la libertad de movimientos (confr. CARRIO, Alejandro, Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, Ed. Hammurabi, 4ª edición, p. 215)

cidos por la norma antes citada. En este sentido, y como ya se ha expresado en anteriores precedentes, el criterio según el cual deben ponderarse todas las circunstancias que rodearon la actuación y la inspección es, de acuerdo a la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal de la Nación (CSJN “Sz-milowsky, Tomás” del 6/2/2003, “Fernández Prieto, Carlos Alberto y otro s/inf. Ley 23737” del 12/11/98), el establecido por la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos en “Unites States v. Cortez” 449 US 411, 417 (1981) y en “Alabama v. White”, denominado “the whole picture”; ello a fin de determinar si existió en el caso examinado sospecha razonable para efectuar la requisita. Es a partir de los principios que emanan de los precedentes citados que corresponde evaluar la legitimidad de la requisita llevada a cabo en el presente caso por los preventores, a la luz de las normas que regulan su accionar arts. 88 inc. 6) y 112 CPPCABA, y con los elementos de juicio propios de esta prematura instancia procesal.

Sentado ello, y abocándonos al estudio de las actuaciones cabe expresar que de la declaración del preventor Fernando Nahuel Hoyos se desprende que:

“en la intersección de la Avda. Independencia y la calle San José, siendo aproximadamente las 0.55 hs, se hizo presente una persona de sexo masculino a bordo de un automóvil de alquiler, el cual circulaba por la Avda. Independencia, refiriéndole al deponente que metros antes, en la intersección por la que circulaba y la calles Santiago del Estero, fue abordado por dos personas de sexo masculino, los cuales habían intentado robarle, por lo que los esquivó y siguió su camino, observando que los masculinos doblaron por la calle Santiago del Estero en dirección a la calle Estados Unidos, describiendo a los mismos como una persona alta y la otra petisa, uno de los cuales vestía un buzo negro, refiriendo además que aparentemente se encontraban armados. Seguidamente el conductor del rodado se retiró del lugar, concurriendo el deponente a la intersección de las calles Santiago del Estero y Avda. Independencia donde observó a los dos masculinos descriptos por el conductor del rodado, los cuales cruzaban la Avda. Independencia en dirección a la calle Salta de esta ciudad, intentando abordar un taxi. Atento ello, el deponente solicitó cooperación mediante tranking a fin de poder identificar a ambos masculinos, deteniendo la marcha de ambos mascu-

que las actuaciones policiales se incoaron sobre la base de una denuncia anónima.

Todo se inicia en una noticia criminal que, ya sea por la premura de las circunstancias o la negativa del denunciante (5), fue brindada anónimamente. Y éste es el dato más relevante para entender las limitaciones y deberes que tenían los policías actuantes.

La principal característica de una noticia criminal así originada es la imposibilidad de corroborar su verdadera existencia, por lo que su alcance se limita a inaugurar la actuación policial en búsqueda de elementos verificables, que una vez reunidos y siempre que configuren una sospecha razonable, autorizan una posterior restricción de derechos.

No analizaremos aquí si es posible convalidar la utilización de estas fuentes de información para desencadenar un procedimiento, supuesto por ahora zanjado a favor por la jurisprudencia

(6); lo que nos interesa destacar son las precauciones con las que deben desenvolverse las fuerzas de seguridad que pretendan actuar de forma autónoma ante un anoticiamiento criminal bajo esas características y el razonamiento que, ante la presencia de aquel componente, debería emplearse en el control judicial de legalidad.

En el caso, no hay actividad policial alguna que haya mediado entre aquella denuncia anónima efectuada por el taxista y la restricción de derechos. El agente que la recibió construyó su sospecha razonable sobre la base de dicha información y procedió a la detención e intento de requisita personal.

En el precedente *Quaranta* (CSJN, 2010) se fijó una pauta que deben tener en cuenta los jueces para dictar medidas que interfieran derechos individuales y se originen en denuncias anónimas. En el considerando 19 se estableció que “una orden

(5) Contingencias que no despojan de la cualidad de anónima a la denuncia y de los efectos jurídicos limitados que provoca un elemento de esas características.

(6) Salvo que haya claros indicios de que los datos contenidos en la denuncia anónima hayan sido obtenidos mediante injerencias arbitrarias en los derechos individuales. Al respecto ver CAFFERATA NORES, J., La denuncia anónima o las “tareas de inteligencia”: ¿Pueden ser fuente de persecución penal?, LA LEY, 1997-A, 313.

linos, a quienes solicitó identificación y le consultó sobre su permanencia en el lugar, haciendo en ese momento su arribo, el móvil 104, a cargo del subinspector Burgos, el móvil 304, a cargo del suboficial auxiliar Bañeza, como así también el jefe de servicio de brigada, el inspector Clenar. Que en ese momento ambos masculinos intentaron darse a la fuga, por lo que ejerciendo la fuerza mínima indispensable, se los logró reducir. Atento a ello se solicitó la presencia de dos testigos hábiles ante quienes se procedió a revisar a ambos masculinos, encontrándose entre las pertenencias del prevenido Marcos Morales un revólver con la inscripción calibre 32 largo, de color gris, con cachas de plástico negro, industria argentina, en la base de su empuñadura el nro. 01118E, conteniendo en el interior del tambor cuatro proyectiles... y la suma de pesos mil doscientos... y entre las pertenencias del prevenido Oscar David Morales, una navaja de hoja rebatible de aproximadamente seis centímetros, con la inscripción stainless steel y la suma de pesos ochocientos seis..." (cf. fs. 4/vta.)

A fs. 12, obra la declaración testimonial de la subinspectora Gabriela Burgos, quien refiere que "siendo

aproximadamente la 00:55 hs, en circunstancias en que se encontraba recorriendo el radio jurisdiccional a cargo del móvil 104 de la Dependencia, fue solicitada su presencia por personal de facción en la Avenida Independencia al 1200 para identificar a dos masculinos. Arribado al lugar se observa al agente Hoyos, el cual tenía demoradas dos personas de sexo masculino, el primero de ellos de estatura alta, pelo corto negro, el cual vestía campera verde, pantalón de jean negro y zapatos también negros, el cual se encontraba indocumentado, mientras el segundo masculino de estatura baja, pelo corto, el cual vestía pantalón de jean, buzo negro y zapatillas grises con rayas amarillas... Una vez en el lugar el masculino alto que vestía campera verde, pantalón de jean negro y zapatos negros manifestó llamarse Oscar David Morales, mientras que el segundo masculino, de estatura baja y buzo negro manifestó llamarse Marcos Morales, ambos indocumentados, a quienes se les solicitó que exhibieran sus pertenencias, ambos colocaron sus efectos sobre la vereda, mientras que al intentar palparlos de armas los mismos intentaron darse a la fuga, oponiendo resistencia sobre el personal policial, que

de registro -domiciliario o, como en este caso, de las comunicaciones telefónicas a los fines de develar su secreto y conocer su contenido- sólo puede ser válidamente dictada por un juez cuando median *elementos objetivos idóneos* para fundar una mínima sospecha razonable" (las bastardillas me pertenecen).

La orden judicial de intervención telefónica, que se dispuso en atención a una denuncia policial originada en un anónimo sin encontrarse ninguna investigación en marcha para corroborarla, fue declarada inválida por la falta de una base sustancial, objetiva, que le permita al juez determinar la existencia de una sospecha razonable. En definitiva, lo cuestionado en *Quaranta* fue que no existió algún presupuesto comprobable que configure una sospecha, ya que el anónimo, por sus propias características, no puede admitirse como una hipótesis verificable.

Aquella doctrina, *mutatis mutandis*, es la que debe guiar el estudio del supuesto que contiene el fallo en análisis.

El anónimo es incontrastable, y es inadmisibles corroborar su existencia otorgándole veracidad al testimonio del funcionario policial que lo recibe,

por lo que no se lo puede catalogar como un elemento objetivo idóneo en los términos aludidos por el Máximo Tribunal constitucional.

Si el control jurisdiccional debe recaer sobre los motivos que habilitan una actuación policial autónoma, es ilógico satisfacerlo tan sólo con la declaración concordante del policía que la protagonizó. Para nuestra Corte Suprema las sospechas del funcionario público, por sí solas (7) u originadas en la fuente anónima (8), no constituyen *per se* la base objetiva referida.

Desde esa perspectiva, el dato, pasado por alto en el fallo, de que la intervención policial tiene un nexo causal directo con una denuncia verbal anónima, es determinante.

Básicamente porque la existencia de esa noticia criminal informal, insisto, es incontrastable. El juez, al momento de controlar los fundamentos *ex ante* que motivaron la interferencia de derechos, no tiene ningún elemento para dilucidar si realmente acaeció.

(7) Conf. Disidencia de Petracchi en causa "Yemal", 1998.

(8) Fallo "Quaranta", 2010.

debió utilizar la fuerza mínima e indispensable para reducirlos” (cf. fs. 12vta.).

Es así que efectuando un análisis de las circunstancias que rodearon el hecho —antes reseñadas— a partir de las cuales se llevó a cabo el procedimiento examinado, no se advierte hasta el momento la presencia de irregularidad alguna de la que pueda inferirse una violación al debido proceso legal. Ello por cuanto no se desprende del presente que los preventores hubieran actuado ilegítimamente, sino que a la luz de las pruebas hasta ahora producidas, teniendo en cuenta la etapa procesal de las presentes actuaciones, es dable afirmar que han obrado, atento las circunstancias de urgencia, en forma prudente y razonable en el ejercicio de sus funciones específicas.

La defensa esgrime que la detención no se sustentó en acto alguno que fuera sospechoso. Sin embargo, existen en las actuaciones diversos elementos que desvirtúan lo afirmado por la defensa. Así, en primer lugar, la denuncia del hombre que se trasladaba en un vehículo y que lo anotició al preventor sobre dos masculinos que le habrían intentado robar, quien

efectuó una descripción de la vestimenta y de las características físicas que coincidía con la del imputado y su acompañante. A ello se suma el hecho concomitante de que cuando los preventores intentaron palparlos trataron de darse a la fuga, oponiendo resistencia sobre el personal policial.

De lo precedentemente expuesto surge que la requisa efectuada tuvo su origen en el estado de sospecha razonable previo surgido por circunstancias objetivas concretas: descripción efectuada por quien alertara acerca de los dos masculinos que le habrían intentado robar, el lugar en donde se hallaban aquellos —intersección de Santiago del Estero y Avda. Independencia—, que coincidía con la esquina en la que la persona no identificada los vio, quienes además carecían de documentos identificatorios e intentaron darse a la fuga. Concurrieron también las razones de urgencia previstas en el art. 112 CPPCABA ya que estas deben ser guiadas por la posibilidad de descubrir pruebas que ante la demora pudieran desaparecer. Por otra parte, la detención se produjo como consecuencia del hallazgo del arma en poder del imputado.

Alfredo Vélez Mariconde (9) enseña que “un elemento de prueba es todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva”.

Respecto del requisito de la objetividad, se indica (10) que el dato debe provenir del mundo externo al proceso y no ser mero fruto de conocimiento privado del juez, carente de acreditación objetiva, y debe admitir el control de las partes.

Es claro que el anónimo es un elemento que carece de esas exigencias de objetividad, por lo que jurídicamente no es apto para probar en soledad los extremos de una imputación, ni tampoco para acreditar los antecedentes que pretenden justificar el obrar de la autoridad policial (y judicial) cerceando libertades.

En *Peralta Cano* (11) (CSJN, 2007), por remisión a los fundamentos del Procurador Fiscal, la Corte

Suprema consideró que la mera existencia de una denuncia anónima telefónica (que unos jóvenes se encontraban en actitud sospechosa y golpeando puertas) y la alegación del policía que recibe el llamado e indica que cuando arriba al lugar percibió que uno de ellos tenía un destornillador, no son razones suficientes que configuran una sospecha razonable, causa probable o razones urgentes. Si bien en dicho antecedente no hay un desarrollo sobre el valor que debe otorgarse a los anónimos, ni una crítica en el sentido aquí propuesto, algún indicio otorga al reprochar que “el proceso... tuvo como única *fuentes*, base y sustentación, la versión solitaria del policía” (la bastardilla me pertenece).

IV. La relevancia de verificar el supuesto que contiene la causa habilitante. El elemento objetivo idóneo

Todas las precauciones legales que intentan proteger los derechos y garantías de los ciudadanos ante el uso irracional y arbitrario del poder coactivo del Estado (12) pueden ser evadidas mediante

(9) VELEZ MARICONDE, A., Derecho procesal penal, t. I, p. 314 y t. II, p. 201, citado por CAFFERATA NORES, J., en *La prueba en el proceso penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 13.

(10) CAFFERATA NORES, J., ob. citada.

(11) Un análisis más extenso en BERTELOTTI, M., *Detención sin orden judicial: otro avance de la Corte a*

favor del respeto a las garantías individuales, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Abeledo Perrot, marzo 2009, pp. 422/429.

(12) Maier, advirtiendo sobre los peligros del ejercicio del poder penal, señala que, al margen de su aplicación

En base a ello, no se advierte la concurrencia de las causas de ilegitimidad invocadas por la defensa, por lo que debe confirmarse el rechazo de la nulidad articulada basada en la ausencia de motivos suficientes para practicar la requisa y el secuestro del arma como así también en la posterior detención del encartado.

Sin perjuicio de todo lo expresado, y respecto de la validez del procedimiento, es dable recordar la postura que ha sostenido esta Sala en relación a que las nulidades que se relacionan con la actuación prevencional, y cuya resolución requiera la valoración de prueba, deberían ser objeto de tratamiento en la etapa del debate oral. Es por lo expuesto, que corresponde confirmar el resolutorio recurrido, y al menos en esta instancia, postular la validez de la medida en cuestión, ello teniendo en cuenta el grado de provisoriedad de los juicios que se pueden emitir sin que se haya tenido oportunidad de evaluar las deposiciones de los participantes de la medida, circunstancia que se realiza acabadamente en la etapa del juicio por excelencia, esto es en el debate oral, contradictorio, continuo y público. Nótese que según se desprende de las actas,

el procedimiento fue presenciado por dos testigos Mariano Damián Etcheverry y Carlos Justo Silva quienes podrán deponer en la audiencia y quizás aportar otros elementos sobre el hecho.

Siendo así, no se advierte la existencia de arbitrariedad en la decisión de la magistrada de grado porque, tal como bien sostiene la Sra. Fiscal de Cámara, su actuación resulta ajustada a derecho en cuanto evaluó todas las pruebas colectadas hasta el momento en consonancia con las disposiciones legales aplicables que permiten sostener en esta instancia del proceso que el procedimiento fue legítimo, por lo que tampoco este agravio articulado por la defensa puede prosperar.

Por lo expuesto el Tribunal, resuelve: Confirmar la resolución obrante a fs. 143/144 de la juez de grado que resuelve rechazar el planteo de nulidad del procedimiento que dio inicio a las presentes actuaciones y que fuera articulado por la defensa (art. 71 y sgtes. del CPPCABA). Regístrese, notifíquese con carácter de urgente y oportunamente remítase al Juzgado de origen a sus efectos. — *Juan José Sáez capel.* — *Marcelo Vázquez.* — *Elizabeth Marum.*

la evocación de un supuesto (x) que contenga un pretexto válido (y) que el control de legalidad jurisdiccional puede reconocer suficiente de acuerdo a los estándares legales y jurisprudenciales, ante la omisión de un procedimiento de verificación (z) de aquel supuesto (x).

A quien dirija las fuerzas de seguridad de un pretendido Estado policial le bastaría con adoctrinar a sus subordinados, sin caer en la torpeza de las excusas ya vedadas por la jurisprudencia más moderna -pese al traspié del fallo *Fernández Prieto* (CSJN, 1998) y sus consecuentes (13)-, respecto a los presupuestos válidos que deben evocarse para actuar libremente (y), camuflados en un pretexto incontestable (x) y de esta manera poder ejercer un ejercicio ilegal y clandestino, consagrando un retroceso inadmisibles respecto a los derechos individuales.

racional, en manos del Estado también puede ser utilizado por un grupo de individuos que ostente el poder político, para sojuzgar a sus semejantes, reprimiendo toda desobediencia, como a las mayorías para someter a las minorías. MAIER, J., Derecho Procesal Penal, Fundamentos. Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 473.

(13) *Tumbeiro* y sus vestimenta inusual y nerviosismo (325:2485), *Monzón* y sus nervios (325:3322), *Sznilowsky*, también sorprendido en un estado de nervios (326:41)

En síntesis, un supuesto (x) que puede ser contrastado en un proceso de verificación (z) y contenga un pretexto válido (y), es la única fórmula que puede habilitar una actuación policial autónoma.

El último estándar que fijó la Corte Suprema (*Quaranta*, 2010) es que debe existir algún elemento objetivo idóneo que origine una sospecha razonable para interferir en derechos individuales, es decir, una situación fáctica -de fuente independiente- que permita el proceso de verificación.

El procedimiento de constatación (z) evita que la actuación policial acomode su obrar irregular -aprendiendo de los errores cometidos en *Daray* y *Ciraolo*- presentando una hipótesis ajustada a las expectativas de la mejor doctrina. El proceso de corroboración es la única forma de impedir que un *perfeccionamiento* policial (un buen asesor jurídico) baste para poner en crisis los derechos individuales.

Una denuncia anónima verbal imposibilita el contralor judicial, ya que impide la realización del procedimiento de verificación (z), y por ende puede ser un medio estratégico para solapar la intención de un hostigamiento a través del uso de la fuerza estatal, por lo que su valor como único

antecedente de una intromisión de derechos debe ser vedado.

La ingeniería para proteger las libertades del ciudadano de un abuso del poder coactivo del Estado se asienta sobre dos pilares: las exigencias impuestas a la actuación judicial y policial para interferir en un derecho reconocido, y en la regla de exclusión probatoria de todo elemento que fue acercado al proceso violando dichos parámetros.

La regla de exclusión, consecuencia invalidante de valoración de pruebas obtenidas ilícitamente, que busca darle fuerza operativa a dichos estándares, se fundamenta (14) desde el principio de nuestra doctrina judicial (*Charles Hermanos, Montizelli de Procillo*, y siguientes) en que existe una cuestión ética que subyace y que compromete la buena administración de justicia el pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito, ya que el Estado no puede beneficiarse de actos contrarios a la ley.

Semejantes valores en juego deben ser tomados en serio, y no pueden admitirse grietas por donde se cuelen astucias que conviertan el sistema en un andamiaje bobo con aptitud para retener sólo las vulneraciones evidentes.

V. La omisión de verificar el supuesto que contiene la causa habilitante y la arbitrariedad de sentencias

Uno de los supuestos en los que nuestra Corte Suprema entendió que hubo arbitrariedad es cuando se detecta una colisión entre los fundamentos normativos y los fácticos, por sustentarse el fallo en afirmaciones dogmáticas.

Dicha solución jurídica es la que corresponde adoptar para los pronunciamientos judiciales que sustentan el control judicial de legalidad en un procedimiento que omite verificar el elemento que contiene la causa habilitante.

No existe una situación fáctica acreditada cuando se da por corroborado aquel presupuesto con la mera declaración del policía actuante que recibe un anónimo, por lo que toda la construcción que fundamenta el fallo es meramente dogmática.

(14) Ver. HAIRABEDIAN, M., Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 44.

VI. Efectividad de las garantías constitucionales y control judicial

Uno de los mayores desafíos para consagrar un Estado constitucional de derecho eficaz es establecer, a la par de la instauración formal de las garantías constitucionales, un mecanismo efectivo que refleje su consagración en la dimensión real.

Señala Ferrajoli (15) que lo importante, ante todo, es el grado de efectividad del edificio teórico y normativo integrado por el derecho penal y proceso penal. Advierte que podemos tener un proceso penal perfecto, pero será siempre poca cosa si el monopolio judicial del uso de la fuerza contra los ciudadanos no es absoluto y si existe una fuerza pública que actúa sin vinculaciones legales.

Lo interesante del caso es contrastar su planteo fáctico y resolución, con esa aspiración de establecer un control material a la acción policial, es decir, de contar con un mecanismo eficaz para impedir que las fuerzas de seguridad, uno de los detentadores del poder coactivo del Estado (16), y aun los servicios de inteligencia (17), se rijan, por motivación propia o decisión política, mediante criterios reñidos con las garantías ciudadanas.

La imperfección de la revisión judicial es un hecho probado en nuestro país. No deben olvidarse los procedimientos policiales fraguados (18) que fueron revelados por una Comisión Investigadora de la Procuración General de la Nación en el año 2004, un conjunto de más de 100 casos puestos en evidencia por aquella labor investigativa, y que hasta entonces habían superado sin problemas los controles de legalidad de los jueces intervi-

(15) FERRAJOLI, L. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 763/764.

(16) Tal vez de los más peligrosos, ya que son los que se encuentran habilitados al uso inmediato de la violencia, cuentan con el monopolio de las armas y ejercen sus actividades en el espacio público.

(17) Agencias que cumplen un rol determinante en las investigaciones más sensibles -y no tanto-, siempre sospechadas de desenvolverse vulnerando garantías amparándose en su actuar subrepticio, y que pese a las buenas intenciones plasmadas en la ley 25.520 que intenta regularlas, no se advierte un repliegue de sus prácticas ilegales. Confr. El país espía, en <http://www.lanacion.com.ar/562636-el-pais-espia>.

(18) Una referencia en RAFECAS, D., Procedimientos penales fraguados. Una seria disfunción en el sistema penal argentino, disponible en www.catedrahendler.org.

nientes, dejando expuesta una grave deficiencia en la materia.

Señala Pettit (19) que las fuerzas de seguridad, encargadas de garantizar el orden público, de vigilar el crimen y arrestar a los criminales, están expuestas a colosales tentaciones de abusar de esos poderes y su uso no está sometido sino a controles imperfectos.

El Poder Judicial tiene la misión de otorgarle un claro mensaje a las agencias policiales, comunicándoles mediante los estándares de su doctrina judicial que no van a surtir efectos legales los procedimientos irregulares y cuáles son los criterios a los que deben apegarse (20).

Uno de los fines de las prohibiciones de valoración de la prueba obtenida ilícitamente, según la posición disciplinante o preventiva (21) -tesis dominante en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en materia de limitaciones de la actividad policial en arrestos, registros y secuestros- es disciplinar a los órganos de la persecución penal, fundamentalmente a los miembros de la policía, desalentando toda actividad estatal que sea contraria a los principios fundamentales del procedimiento penal mediante el rechazo de la prueba así lograda.

Resulta oportuno resaltar la recomendación efectuada a nuestro país por el Comité de Derechos Humanos (22), en su cuarto informe periódico sobre la Argentina, de que deben tomarse medidas con miras a suprimir las facultades de la policía para efectuar detenciones no vinculadas a la comisión de un delito y que no cumplen con los principios establecidos en el artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Si

(19) PETTIT, P. Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno. Ed. Paidós, Barcelona, 1999, p. 204, citado por IPOHORSKI, J., en "Derecho Penal y garantías constitucionales", en obra conjunta Teoría y Crítica del Derecho Constitucional (Dir. GARGARELLA, R., Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008), p. 281.

(20) A fin de intentar incidir en todo el universo de casos de excesos policiales, no tan sólo los que terminan siendo judicializados.

(21) GUARIGLIA, F., Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 46/58.

(22) Publicado en La Ley Online, AR/JUR/35651/2010.

bien dicha recomendación se origina en la preocupación por la subsistencia de normas que otorgan facultades a la policía para detener personas sin orden judicial anterior ni control judicial posterior, y por fuera de los casos de flagrancia, por el único motivo formal de averiguar su identidad -universo de casos que no admiten un contralor efectivo, salvo su posterior judicialización por el descubrimiento de un delito- del consejo se deduce la preocupación por la vigencia de prácticas policiales que violan los derechos individuales y una fuerte determinación para que las detenciones encuentren como único fundamento supuestos vinculados a la comisión de un delito.

VII. Denuncia anónima personal

Cierta doctrina judicial le otorga mayor trascendencia a la denuncia anónima formulada en forma personal, como es la que se configura en el caso, por sobre la efectuada de manera telefónica, carta, correo o medio digital.

La Corte de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia de los Estados Unidos (Circuito DC), en su fallo *U.S. v. Thompson* (23) debió resolver un caso que presenta similitudes al que es objeto de este análisis.

En aquél, surge que el conductor de un vehículo, en un estado de agitación y ansiedad, le informa a personal policial que un hombre joven de raza negra, vistiendo pantalones oscuros y camisa naranja, se encontraba en un auto deportivo portando un arma de fuego, frente a un restaurante cercano al lugar. El funcionario policial, sin tomar el recaudo de identificarlo, confió en los dichos de aquél y concurrió al lugar indicado, en donde halla al supuesto sospechoso, al cual, una vez detenido y requisado, le encuentra un arma de fuego en su poder.

Guiando el análisis por el conocido precedente *Terry v. Ohio* (Corte Suprema de los Estados Unidos) que fija los estándares para analizar la causa probable de la cuarta enmienda de la Constitución de ese país, y para respaldar la validez del procedimiento, entienden que una denuncia anónima efectuada en persona tiene mayor validez que un anónimo que no se realiza en persona.

(23) <http://caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1286819.html>.

Pero, como en el fallo en análisis, la Corte de Distrito no corrobora la existencia de la denuncia, sino que centra su análisis en la veracidad de la información brindada por el supuesto denunciante y su validez como constituyente de una causa probable.

Entiendo que esas cualidades no le otorgan a este tipo de denuncias anónimas mayor chance de corroboración, por lo que no es una circunstancia que despeje el problema que genera este tipo de indicios.

VIII. Medios para corroborar la existencia del presupuesto que contiene la causa habilitante

Si en nuestro comentario planteamos, como base a la crítica de la decisión, la necesidad de que exista un control de legalidad íntegro que admita un examen sobre la motivación y un análisis de corroboración sobre la existencia del supuesto que la contiene, es prioritario considerar las posibilidades de demostración que admiten los elementos tolerados como válidos.

Se podría argumentar como contrapunto que las situaciones de flagrancia que habilitan la actuación autónoma de las fuerzas de seguridad pueden tener el mismo problema, por ejemplo cuando aquella hipótesis fáctica que habilita la interferencia a los derechos de los ciudadanos sea un hecho delictivo únicamente percibido por un funcionario policial.

Pero, a diferencia del cuadro fáctico del caso, pasible de ser reconstruido únicamente por los dichos del funcionario interviniente que recibe el anónimo, un hecho de flagrancia deja una serie de rastros que van a ser la razón de ser de la pesquisa de la instancia de instrucción para reconstruir aquel acontecimiento histórico y evaluar su posible adecuación típica. Esto permite que la existencia del presupuesto habilitante (flagrancia) sea constatada no sólo mediante la declaración del funcionario policial, sino también con su debido frente con el compendio probatorio que grafique la supuesta actividad delictiva en la que se sorprende al sospechoso.

Además, la versión policial también podrá ser contrastada con la que brinde el otro protagonista de la escena, el imputado, si éste decide ejercer su derecho a declarar.

En definitiva, los hechos de flagrancia admiten dos elementos independientes de fuentes policiales, para que el control judicial examine si existe el presupuesto objetivo que contiene la habilitación.

Los indicios vehementes de culpabilidad, como otra posibilidad para autorizar una interferencia autónoma de la fuerza policial, también admiten la chance de ser verificados posteriormente por una vía autónoma a la de la prevención. Si la situación objetiva configura realmente indicios vehementes de culpabilidad, hay amplias posibilidades de ser contrastada judicialmente: analizando los rastros del delito cometido, anudándolo a los indicios advertidos por los funcionarios policiales y a los elementos secuestrados en poder del sospechoso, y la versión del imputado.

Los motivos suficientes para presumir que una persona oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito, un estándar menor pero emparentado al de indicios vehementes de culpabilidad, y estipulado como requisito para autorizar una requisita personal sin orden judicial, también admite una comprobación. Si los motivos expresados son válidos, el supuesto fáctico es comprobable con igual rigor que los anteriores.

Es interesante destacar cómo el fallo invoca la posibilidad de que su decisión sea revisada en la etapa oral, instancia que por su amplitud probatoria amplia y vigencia pura del contradictorio sería ideal para contrastar la declaración del agente policial.

Pero ese fundamento podría ser válido únicamente si la casuística involucraba algún otro medio independiente, con la que se pueda contrastar la versión policial, que admita un nivel de discusión mayor, ya que si no tan sólo permitiría una reformulación (infructuosa) del examen sobre el testimonio del funcionario interviniente.

IX. Cómo debió actuar el agente policial

A contrario de lo que sostuvo la fiscal de Cámara al aseverar que “no resulta exigible que el policía anoticiado de que dos personas se encontraban armadas y que minutos antes habían intentado la comisión de un delito con dicha arma, no saliera en su búsqueda y permaneciera junto al denunciante recabando sus datos”, una buena actuación policial para permitir el posterior e ineludible con-

trol jurisdiccional, y para dilucidar el delito que se había intentado cometer en perjuicio del taxista, hubiese sido comunicar la novedad vía radio y perder unos segundos para individualizar (24) al taxista u ordenarle que no se aleje del lugar de los hechos y tomar la simple precaución de anotar los datos de la patente del taxi.

En el caso de que se interprete que la premura exige un actuar inmediato, sin tener tiempo suficiente para tomar esos recaudos, o si el denunciante se niega a aportar su identidad (por temor), el funcionario policial debe limitarse a concurrir al sitio sindicado para cubrir su función preventiva, aunque sin posibilidades de intervenir hasta que perciba personalmente un supuesto válido que configure una sospecha razonable que, en un contexto de urgencia, le habilite a interferir de manera autónoma deteniendo a los sospechosos.

Así las cosas, el presupuesto objetivo que debe pasar el test de razonabilidad y veracidad será este último, es decir, el hecho de flagrancia, vehemente indicio de culpabilidad o motivo suficiente de que oculta algo relacionado con un delito, que el funcionario perciba por sus propios medios *ex ante* su actuación.

Bajo este razonamiento, podemos concluir que nos aseguramos un elemento objetivo idóneo que admite su verificación por una fuente externa, al mismo momento que permitimos la acción preventiva policial, consiguiendo así la siempre deseada síntesis que equilibre las tendencias de efectividad del poder coactivo y vigencia de las garantías constitucionales ciudadanas.

X. Conclusiones

-La ausencia de individualización del taxista que comunica el sustento de la sospecha razonable debe ser interpretada como una denuncia anónima verbal.

-Una denuncia anónima es imposible de verificar, por lo que tan sólo se la podría admitir como

(24) En definitiva, la solución que propone el Código Procesal Penal, al requerir la individualización del denunciante (ver arts. 174 y sgtes.) y el Código Procesal Penal de CABA al exigir que la denuncia indique partícipes, damnificados y testigos (art. 83 y concs.). La solución legal busca asegurar las posibles responsabilidades del denunciante por falsa denuncia y/o calumnia (conf. 109 y 245 del CP).

elemento desencadenante de una pesquisa (salvo que haya indicios de ilicitud en la recepción de los datos que contiene), mas no como el único antecedente para una interferencia de derechos individuales.

-El control judicial de legalidad de una actuación policial autónoma se integra con el examen de las motivaciones y la corroboración del elemento objetivo que la contiene.

-Un supuesto (x) que puede ser contrastado en un proceso de verificación (z) y contenga un pretexto válido (y) es la única formula que puede habilitar una actuación policial autónoma.

-El supuesto (x) debe ser un elemento objetivo idóneo para permitir el proceso de verificación (z).

-Si no es posible corroborar la veracidad del presupuesto objetivo se podrían solapar actuaciones policiales irregulares en motivaciones válidas, basadas en situaciones inexistentes, con la consecuente vulneración de derechos constitucionales.

-El control judicial debe tender a lograr una efectiva vigencia de las garantías constitucionales en la dimensión real, por lo que debe perfeccionar sus mecanismos de control sobre el obrar de las agencias de seguridad e inteligencia.

-La flagrancia, los indicios vehementes de culpabilidad, los motivos suficientes que hagan presumir que alguien oculta en su cuerpo cosas vinculadas a un delito y la declaración de un denunciante debidamente individualizado, son los únicos presupuestos objetivos que admiten la posibilidad de una verificación ulterior durante el control de legalidad.

-Ante una denuncia anónima verbal, debe desplegarse una actividad policial preventiva y de investigación, para reunir un presupuesto objetivo verificable que habilite la interferencia en los derechos individuales.

-En el caso, la intromisión de derechos se origina en un actuar policial autónomo basado en un hecho incontrastable, por lo que dicha actividad, restringente de libertades, no puede ser admitida.

-El Poder Judicial, utilizando los fines disciplinantes y preventivos de la prohibición de utilización de prueba ilícita, tiene una herramienta ideal para otorgarle un claro mensaje disuasivo a las agencias policiales (y de inteligencia) en materia de procedimientos irregulares. ♦



FALTAN 3 HOJAS DEL ARCHIVO - NO ESTA EN EL GENERADO, SE DEJA EL ESPACIO DO_64821/2013

PROCEDIMIENTO PENAL

Investigación del delito de lesiones. Archivo de las actuaciones. Inconstitucionalidad del art. 265, último párrafo, del Cód. Proc. de la Provincia de La Pampa. Violación de lo establecido en el art. 120 de la Constitución Nacional y del debido proceso legal.

***Hechos:** En una causa en la que se investiga el delito de lesiones, el Tribunal de Impugnación Penal, en pleno, declaró la inconstitucionalidad del art. 265, último párrafo, del Cód. Proc. de la Provincia de La Pampa, en cuanto autoriza al Juez de Control a resolver la oposición del querellante particular al archivo dispuesto por el Fiscal.*

El art. 265, último párrafo, del Cód. Proc. de la Provincia de La Pampa es inconstitucional, en cuanto autoriza al Juez de Control a resolver la

oposición del querellante particular al archivo dispuesto por el Fiscal y, decidir sobre su pertinencia, por resultar violatorio de lo establecido en el art. 120 de la Constitución Nacional y del debido proceso legal.

Trib. Impugnación Penal, Santa Rosa en pleno, 2012/05/15. - MPF c. S., R. L. s/lesiones.

[Cita on line: AR/JUR/81463/2012]



CONTEXTO NORMATIVO DEL FALLO

Ley 24.946 (Adla, LVIII-A, 101).

Santa Rosa, mayo 15 de 2012.

***Resulta:** Que en fecha 6 de febrero de 2012, el Fiscal General Guillermo Sancho y el Fiscal Adjunto*

Independencia del Ministerio Público. Razonando el precedente Quiroga a raíz del fallo "S." del Tribunal de Impugnación Penal de La Pampa

POR **ANDRÉS OLIE**

Sumario: I. Introducción.— II. El fallo.— III. El razonamiento judicial.— IV. El artículo 120 de la Constitución Nacional.— V. La aplicación al caso de los precedentes "Quiroga" y "Alas".— VI. Conclusión.— VII. Esbozo de una posible solución del caso

I. Introducción

A poco más de dos años de vigencia efectiva del nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de

La Pampa (1), se produjo la primera declaración de inconstitucionalidad de una de sus normas, a manos del Tribunal de Impugnación Penal.

Se trata del artículo 265, último párrafo, que determina el procedimiento a seguir en caso de que el fiscal resuelva el archivo de las actuaciones. Según la norma, debe correrse vista al querellante o a la víctima y, en caso de oposición al archivo, "se remitirán las actuaciones al Juez de Control, a fin de resolver la incidencia. En el supuesto que éste no estuviere de acuerdo con el archivo, otro fiscal proseguirá con la investigación".

En síntesis, la norma establece que, ante la existencia de oposición al archivo, si el Juez de Control no está de acuerdo con esta decisión del fiscal, ordenará que otro prosiga con la investigación.

El fallo es saludable desde la intención que ostenta, poniendo límite al influjo inquisitivo de los jueces que, educados en el viejo sistema (2), no han podido desprenderse por completo de cierta

(1) Sancionado por ley n° 2287 del año 2006, pero en vigencia desde el mes de marzo de 2011.

(2) No es ésta una crítica a la magistrada que actuó en el trámite, sino una referencia general que sólo intenta reflejar uno de los tantos problemas que presentó el cambio de paradigma generado por la sanción del código acusatorio.

Gabriel Tedín, proceden al archivo de las actuaciones que tuvieron su inicio por denuncia efectuada por Marcos Pérez contra su ex pareja R. L. S., la cual le habría producido una lesión en la mano derecha, por considerar que por parte de esta última no existió la intención dolosa de producir aquella (art. 265 del Cód. Proc. Penal).

Que con fecha 29 de febrero de 2012, el denunciante Marcos Alex David Pérez, se opone a la resolución dictada por el Fiscal General y el Fiscal Adjunto, solicitando no se archive dicha actuación y se le de curso a un hecho de violencia y/o agresión que se encuentra comprobado.

Atento a la presentación efectuada por el denunciante, el Fiscal General Guillermo Sancho, le da intervención al Juzgado de Control que corresponda a los efectos de que resuelva la incidencia en los términos que prescribe el art. 265 último párrafo del Cód. Proc. Penal, planteando en dicha oportunidad, la inconstitucionalidad de la norma aludida precedentemente.

Que con fecha 1 de marzo de 2012, la señora Jueza de Control Florencia Maza, resuelve (punto primero)

hacer lugar al planteo efectuado por el denunciante y en consecuencia revocar el archivo dispuesto por el señor Fiscal General Guillermo Sancho, remitiendo las actuaciones al Ministerio Fiscal a los fines de continuar con la presente investigación y (punto segundo) no hacer lugar al planteo efectuado por el Ministerio Público en cuanto a la Inconstitucionalidad del art. 265 del Cód. Proc. Penal.

Que con fecha 30 de marzo del corriente año, el Fiscal General Guillermo Sancho, interpone ante este Tribunal, recurso de impugnación contra la resolución de fecha 1 de marzo de 2012, por la cual se dispone hacer lugar a la oposición al archivo efectuado por el denunciante y se rechaza el planteo de inconstitucionalidad formulado por Fiscalía respecto al art. 265 del C.P.P., y:

Considerando: La competencia de este Tribunal a los efectos de entender en el recurso interpuesto por el señor Fiscal General, surge claramente de lo establecido en el art. 402 de nuestra ley de forma, cuando establece (entre otros supuestos) aquellas resoluciones que denieguen la extinción de la acción penal, como

tutela promiscua que intentan ejercer por sobre la actividad de las partes del proceso.

No obstante, la segunda lectura, la que nos remite a los fundamentos de la decisión, es la que no nos conforma. Intentaremos explicarlo analizando en primer lugar la decisión adoptada por el Tribunal de Impugnación Penal y sus fundamentos; nos detendremos brevemente en el modelo de razonamiento y justificación que debe seguir una sentencia judicial y luego, volviendo al caso que nos ocupa, analizaremos la pertinencia de la norma constitucional cuya contradicción motivó la declaración de inconstitucionalidad y la jurisprudencia de la Corte Suprema indicada en apoyo de la decisión. Finalmente concluiremos exponiendo nuestra crítica al fallo y esbozaremos una posible solución judicial del caso.

II. El fallo

El Tribunal de Impugnación Penal falló la causa n° 5756/0 “MPF v. Sogorbe, Rosana Lorena s/lesiones”, el 15 de mayo de 2012, haciéndolo en pleno, es decir, no dividida en salas como normalmente desarrolla su actividad jurisdiccional, sino con la intervención de todos sus miembros.

Los hechos del caso pueden resumirse diciendo que el Fiscal General dispuso el archivo de las actuaciones por considerar que no constituía delito. La víctima (denunciante) se opuso al archivo, tomando entonces intervención el Juzgado de Control a fin de resolver la incidencia (artículo 265 último párrafo del C.P.P.).

La Jueza de Control resuelve hacer lugar al planteo efectuado por el denunciante, revocar el archivo y remitir “las actuaciones al Ministerio Fiscal a los fines de continuar con la presente investigación”, rechazando el planteo del Fiscal General que había solicitado la declaración de inconstitucionalidad del artículo 265 del C.P.P.

Sobre esta decisión, el Fiscal General plantea el recurso de impugnación que origina el dictado del fallo que comentamos.

Conforme al relevamiento que hace el fallo (3), el recurrente señaló en su agravio que la norma procesal vulnera la autonomía del Ministerio Público Fiscal protegida por el artículo 120 de la Constitución Nacional, y a partir de allí, el debido proceso legal que regula el artículo 18. Agrega

(3) Considerados 3) y 4).

sería el caso sub-examen donde el Ministerio Fiscal, considera que no se ha configurado ilícito alguno por parte de la denunciada. Por otra lado y en relación al planteo de inconstitucionalidad, el mismo resulta competencia de este Tribunal, dándose el supuesto establecido en el art.422 del Cód. Proc. Penal y el criterio sostenido en reiteradas oportunidades por nuestro Superior Tribunal de Justicia en relación a que el agravio que resulta de no hacer lugar a un planteo de inconstitucionalidad, antes de ser analizado por dicho Alto Cuerpo, debe ser tratado previamente por este Tribunal de Impugnación.

En su agravio el Fiscal General, plantea una circunstancia excluyente de cualquier otro motivo, la inconstitucionalidad del último párrafo del art.265 del Cód. Proc. Penal, el cual le otorga la facultad al Juez de Control, que en caso de que el Ministerio Fiscal considera que el hecho denunciado no constituye delito y por ende procede al archivo de las actuaciones, si aquél (el Juez de Control), no está de acuerdo con dicho criterio, remitir la causa a otro Fiscal para que continúe con la investigación, por lo que en primer lugar corresponde resolver respecto a dicho planteo.

luego que la independencia del Ministerio Público Fiscal introducida por el artículo 120 de la Constitución Nacional “no sólo significa la prohibición de instrucciones por parte del Poder Ejecutivo, sino también la de los Jueces hacia los Fiscales, porque no se trata de una función jurisdiccional la que está desarrollando en el caso el Juez, sino por el contrario, lo que se está decidiendo es el impulso de la acción penal, cuando constitucionalmente ello le compete únicamente al Fiscal”.

Los argumentos del Tribunal para decidir la inconstitucionalidad de la norma pueden resumirse diciendo que:

1) conforme al trámite que impone la norma procesal, es el propio Juez quien resuelve impulsar la acción penal, ya que al no compartir el criterio primigenio de la fiscalía, está obligando al nuevo fiscal a promover la acción (4).

2) el artículo 120 de la Constitución Nacional dispone la independencia del Ministerio Público (5).

El recurrente aduce específicamente que la potestad que le otorga la norma aludida al Juez de Control, vulnera la autonomía del Ministerio Público Fiscal (Art.120 de la C.N.) y a partir de allí, el debido proceso legal que regula el art.18 de nuestra Carta Magna.

Agrega el recurrente, que la independencia del Ministerio Público Fiscal introducida por el art.120 de la C.N., no solo significa la prohibición de instrucciones por parte del Poder Ejecutivo, sino también la de los Jueces hacia los Fiscales, porque no se trata de una función jurisdiccional la que está desarrollando en el caso el Juez, sino por el contrario, lo que se está decidiendo es el impulso de la acción penal, cuando constitucionalmente ello le compete únicamente al Fiscal.

La Jueza de Control, en relación al planteo de inconstitucionalidad del art. 265 último párrafo del Cód. Proc. Penal, entiende que la norma cuestionada no resulta inconstitucional, sino que fija pautas concretas para el debido contralor del accionar del Ministerio Público Fiscal en su función jurisdiccional de Jueza de Control.

3) cita el precedente “Quiroga” (6), mediante el cual se declaró la inconstitucionalidad del artículo 348 segundo párrafo del C.P.P.N.

4) cita el precedente “Alas” (7), en igual sentido que “Quiroga”.

Con el apoyo de estos argumentos y precedentes, el Tribunal de Impugnación Penal concluye diciendo que “Es indudable que, tanto la remisión por parte de la Fiscalía, como la facultad que se le otorga al señor Juez de Control, está violando el principio de ‘autonomía funcional’ que el artículo 120 de la C.N. le otorga al Ministerio Fiscal, lo que amerita la viabilidad de la declaración de inconstitucionalidad solicitada...”

La decisión del Tribunal se articula de un modo muy sencillo y podría resumirse de la siguiente manera: (a) la disposición del artículo 265 segundo párrafo del C.P.P. al obligar -en caso de disponerse su archivo- la remisión de la causa al Juez de control y permitir que éste envíe la causa a otro fiscal para continuar con el trámite, viola la

(4) Considerando 7) del fallo.

(5) Considerando 8) del fallo.

(6) Fallos 327:5863.

(7) Fallos 328:3271.

Infiere que no existe en la facultad otorgada en la norma aludida, intromisión alguna a las facultades de investigación, cuya competencia ejerce el Ministerio Público, sino que, en cumplimiento de su función jurisdiccional y de manera fundada, ejerce el control que ha sido cuestionado por una de las partes.

La norma cuya inconstitucionalidad se solicita por parte de Fiscalía, efectivamente le otorga la potestad al Juez de Control de que en caso de que no esté de acuerdo con el archivo dispuesto por el Ministerio Fiscal, "otro Fiscal" prosiga con la investigación. Ahora bien, si nos atenemos a la letra de la ley, el nuevo Fiscal que asuma en la causa, directamente deberá proceder a investigar en la misma, por lo que se da por sentado, que deberá promover la correspondiente acción penal. Ello nos conduce a que en definitiva, quien resuelve impulsar la acción penal, resulta ser el Juez de Control, ya que al no compartir el criterio primigenio de Fiscalía, está obligando al nuevo Fiscal a promover la acción para poder investigar.

El art.120 de la C.N. aludido por el recurrente, establece expresamente que el Ministerio Público es un

órgano independiente con autonomía funcional. En este sentido María Angélica Gelli ("Constitución de la Nación Argentina- Comentada y Anotada- III Edición Ampliada- pág. 1001), aduce: "La reforma de 1994 ha incorporado una modificación sustancial y altamente positiva sobre el Ministerio Público, pues en virtud del art. 120, ya no cabe duda alguna que resultaría inconstitucional cualquier ley reglamentaria de aquella norma que pusiese al órgano bajo la dependencia de cualquier poder en general y del Ejecutivo en particular".

Por su parte el señor Juez de la S.C.J.N. Eugenio Zaffaroni, en la causa Quiroga, Edgardo O. (Publicado en DJ, 2005-1,204- La Ley, 2005-B 160- Sup.Penal 2005 (febrero), 32), tiene dicho "Que el principio de separación de las funciones de acusar y de juzgar es el corolario lógico de la interpretación armónica de las normas invocadas. La autonomía funcional, que como órgano independiente de los demás poderes del Estado le otorga el art. 120 de la Constitución Nacional al Ministerio Público Fiscal; el ejercicio de la acción penal pública, así como el imperativo de promover u ejercer la acción durante el proceso, de que lo inviste los arts.5 y 65 del Código Procesal Penal de la Nación (Arts. 8 y

independencia y autonomía del Ministerio Público; (b) el artículo 120 de la Constitución Nacional establece la independencia y autonomía funcional del Ministerio Público; ergo, (c) la norma procesal debe ser declarada inconstitucional.

Este razonamiento, que a simple vista parece sumamente consistente, adolece de una seria falencia que trataremos de poner en evidencia.

III. El razonamiento judicial

Toca ahora meternos en un tema que resulta siempre arduo para quienes -en nuestro rol de operadores judiciales- no solemos incursionar teóricamente en el ámbito de la lógica jurídica y las reglas del razonamiento judicial, pero que deviene imprescindible para mostrar la crítica que hacemos al fallo. Por esta misma razón, vamos a necesitar apoyarnos en los autores que sí han estudiado en profundidad el tema y extraer unas pocas conclusiones de las que podamos estar bien seguros.

Tal como lo afirma Atienza (8), la sociedad democrática y pluralista ya no está dispuesta a le-

gitimar por la remisión a la autoridad o por meras explicaciones estructurales o formales, sino que pretende que la autoridad tenga razones cuando toma una decisión, las haga conocer y las someta a la crítica ciudadana.

Siguiendo al profesor Rodolfo Vigo (9) puede afirmarse que el razonamiento jurídico es un razonamiento práctico, en tanto está orientado a lo que "ha de ser", al descubrimiento de "si el acto a realizar, aquí y ahora, es un bien o un mal" (10), lo que el propio autor denomina "prudencia" como la capacidad de discernir en cada situación el bien y el mal concreto. No se aboca a lo teórico o especulativo, sino a dirigir el comportamiento humano.

Pero este reconocimiento de la naturaleza práctica del razonamiento jurídico no implica sustraerlo a las exigencias de la lógica. Afirma en este sentido Rafael de Asís Roig (11) que "el razonamiento deductivo es el que tradicionalmente

(9) VIGO, Rodolfo Luis. De la Ley al Derecho, Ed. Porrúa, México, p. 60 y sg.

(10) VIGO, Rodolfo Luis, De la Ley al Derecho, Ed. Porrúa, México, p. 60 y sg., citando a Kalinowski.

(11) DE ASÍS ROIG, Rafael. Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995, p. 136.

(8) Citado por VIGO, Rodolfo Luis. De la Ley al Derecho, Ed. Porrúa, México, p. 56.

71 del C.P.P. de la Provincia) y el control jerárquico que impone la ley 24.946, no dejan lugar a dudas de que la función de acusar recaerá de manera excluyente en los miembros del Ministerio Público Fiscal y que la de juzgar, en orden a la imparcialidad de las decisiones y la necesidad de garantizar el derecho de defensa, recaerá en la figura del juez, también de manera excluyente, ya que es la única garantía de obtener un adecuado equilibrio en cada una de las etapas del proceso penal” (lo resaltado y lo entre paréntesis, nos pertenece).

Agrega este Magistrado: “...se debe concluir que la decisión del Tribunal de Alzada al interpretar el segundo párrafo del art. 348, Código Procesal Penal de la Nación vulnera la autonomía funcional de los fiscales consagrada en el art. 120 de la Constitución Nacional, al conceder a los jueces una facultad que la propia Constitución les veda, toda vez que posibilita que éstos puedan determinar el contenido de los actos del fiscal y ejercer el control y el remplazo del fiscal ante situaciones como la aquí analizadas, sin que el órgano judicial posea competencia para ello”. Continúa el Dr. Zaffaroni expresando: “Que, en consecuencia, la necesidad de asegurar la independencia funcional del

Ministerio Público Fiscal consagrada en el art.120 de la Constitución Nacional impone declarar la inconstitucionalidad del art.348 segundo párrafo, primera alternativa, del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto autoriza a la Cámara de Apelaciones, en los casos en que el juez no está de acuerdo con el pedido de sobreseimiento del fiscal, apartarlo e instruir el que designe el fiscal de Cámara, a fin de producir la elevación a juicio”

Por su parte, la señora Jueza Carmen Argibay (Fallo de la C.S.J.N. del 30/08/2005- A 138-XL- Alas Leonardo s/ Recurso de Casación”), estableció que el art. 348 segundo párrafo del C.P.P.N., en cuanto autoriza al señor Juez de Instrucción a requerir la intervención de la Cámara de Apelaciones si no estuviese de acuerdo con el Sobreseimiento instado por el Agente Fiscal, se encuentra en constante manifiesto con el art.120 de la C.N., toda vez que sujeta a los fiscales a las órdenes que les dirija la Cámara de Apelaciones. Agregó que tal restricción se remite al modo en que debe ser ejercida la acción penal y dispone una sustitución de los fiscales por los jueces en los que los fines de control republicano se ven largamente excedidos y dicha sustitución no

servía para caracterizar toda esta fase. Posee una estructura silogística y necesita de una premisa mayor (normalmente se trata de normas, máximas, etc.) y de una menor (datos fácticos)...”

Por su parte Alchurron y Bulygin afirman que “justificar o fundar una decisión consiste en construir una inferencia o razonamiento lógicamente válido, entre cuyas premisas figura una norma general y cuya conclusión es una decisión. El fundamento de una decisión es una norma general de la que aquélla es un caso de aplicación. Entre el fundamento (norma general) y la decisión hay una relación lógica (...). Una decisión fundada es aquella que se deduce lógicamente de una norma general (...). La decisión judicial no sólo debe ser fundada, sino, además, debe ser fundada en normas jurídicas y en las circunstancias del caso. Esto significa que las normas generales que constituyen el fundamento normativo de la decisión deben ser -al menos en principio- normas jurídicas y las proposiciones empíricas que integran los considerandos de la sentencia deben corresponder a las circunstancias del caso debidamente probadas en autos” (12).

(12) ALCHURRON, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. “Análisis lógico y Derecho”. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 356/357.

Refiere Vigo que este silogismo debe establecer “como mínimo la premisa mayor o enunciado normativo, la premisa menor o enunciado fáctico y la resolución o enunciado normativo individual” (13). Esquemáticamente podrían puntualizarse cuatro momentos:

1) *Fijación del objeto*: Hay una decisión inicial, previa a la determinación de las premisas del silogismo, que es lógicamente necesaria y que consiste en la *decisión constitutiva de la litis*. Es la fijación del objeto del proceso, del problema que debe ser resuelto y, por ende, también, de la decisión judicial que debe tomarse.

2) *Premisa menor*: El segundo paso tiene por finalidad establecer el enunciado fáctico que conformará la premisa menor del silogismo, conforme a las posiciones que las partes hayan llevado al proceso y resulten fijadas judicialmente.

3) *Premisa mayor*: El tercer momento es la decisión sobre la premisa mayor, en la cual el Juez debe hallar una regulación jurídica general en la que pueda subsumir el hecho individual que

(13) VIGO, Rodolfo Luis. De la Ley al Derecho, Ed. Porrúa, México, p. 64 y sg.

es imprescindible, pues el control sobre los actos del Ministerio Público Fiscal, puede ser llevado a cabo por otros medios. Agrega que viola lo dispuesto en el art. 120 de la C.N., la sujeción del Ministerio Público Fiscal a las indicaciones que le dirijan los tribunales sobre el modo en que deben encauzar una de las actividades más específicas de su función, cual es la de promover la acción penal pública, así como la inconveniencia de que dicha actitud sea llevada a cabo por determinado funcionario. (Gisela Morillo-Gugliemi "La tendencia jurisprudencial en torno a la titularidad de la acción penal" Revista de Derecho Procesal Penal- 2007-2-pags.342/343).

Si analizamos, tanto el criterio doctrinario como jurisprudencial aludido supra, de los mismos surge claramente la "autonomía funcional" que debe tener el Ministerio Público Fiscal a tenor de lo preceptuado en el art. 120 de la C.N. y toda norma que viole la misma, debe ser declarada inconstitucional. Por otra parte y sin perjuicio de lo establecido en la norma aludida supra de nuestra Carta Magna, esa "autonomía funcional" que debe tener el Ministerio Fiscal, resulta ser uno de los principios generales en los que está basado el siste-

ma acusatorio (tesitura en la que se encuentra nuestro actual sistema procesal penal), en donde el titular de la acción penal pública es el Ministerio Fiscal, siendo el único Funcionario que puede ejercer la misma.

La norma cuya inconstitucionalidad se pretende en la presente (art. 265 último párrafo del C.P.P.), en primer lugar obliga a la Fiscalía (en caso de oposición al archivo de parte del querellante o la víctima), a remitir la causa al Juez de Control a fin de resolver la incidencia y posteriormente, le otorga a este último, la facultad de sustituir al Fiscal que considera que el hecho denunciado no constituye delito, enviándolo a otro "para que continúe con la investigación". Es indudable que, tanto la remisión por parte de Fiscalía, como la facultad que se le otorga al señor Juez de Control, está violando el principio de "autonomía funcional" que el art. 120 de la C.N. le otorga al Ministerio Fiscal, lo que amerita la viabilidad de la declaración de inconstitucionalidad solicitada por el señor Fiscal General Guillermo Sancho.

Si bien es cierto que, la declaración de inconstitucionalidad de una norma (ya sea de una ley de fondo

debe resolver, y le permita obtener la conclusión jurídica.

4) *Resolución*: Finalmente, la conclusión deberá inferirse de las premisas.

Este es el modelo de razonamiento que Kalinowski (14) denomina "normativo" puesto que al menos una de sus premisas y la conclusión son proposiciones normativas. Se trata de un razonamiento muy simple en cuanto a su estructura formal que es determinado por las reglas de la lógica, pero respecto del cual sólo podremos postular su verdad si, además de seguir las reglas de la lógica, ha sido construido con premisas verdaderas.

"[A]unque la aplicación de la regla lógica correspondiente es efectivamente fácil, grandes dificultades se hallan vinculadas, por una parte, con la elección de la mayor, es decir, de la norma jurídica que se debe aplicar, y por la otra con la de la menor, o sea con el establecimiento de los hechos que deciden la aplicación de tal o cual

norma jurídica (...). Además, es necesario que una y otra sean bien comprendidas, bien interpretadas, y en este punto es muy raro alcanzar la unanimidad" (15).

En igual sentido se expresa Rafael de Asís Roig al sostener que "pueden darse casos en los que la utilización de las máximas de la experiencia o de las normas no sea tan clara, bien porque en sí misma sea inaceptable o bien porque lo parezca para el caso en cuestión. *En este sentido será necesario justificar o dar razones en las que apoyar la utilización de las máximas o de las normas*" (16) (la bastardilla me pertenece).

Precisamente, aquí debemos entonces recordar la cita de Atienza que hicimos al inicio de este apartado, y afirmar el valor de la justificación en el razonamiento judicial, en tanto necesidad

(15) KALINOWSKI, Georges. Introducción a la lógica jurídica. Elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica, Eudeba, Editorial Universitaria de Buenos Aires, p. 183.

(16) DE ASIS ROIG, Rafael. Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995, p. 136.

(14) KALINOWSKI, Georges. Introducción a la lógica jurídica. Elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica, Eudeba, Editorial Universitaria de Buenos Aires, p. 162 y sg.

o de forma), debe ser “excepcional”, es indudable que el caso planteado en el sub-examen (art. 265 último párrafo del C.P.P.), donde se le otorga al señor Juez de Control, la facultad de “obligar” al Ministerio Fiscal, a promover la correspondiente acción penal por un hecho denunciado, viola la garantía funcional que la Constitución Nacional le otorga a dicho Ministerio (Art. 120 de la C.N.) y el debido proceso legal, y por ende corresponde su declaración de inconstitucional.

En base a los argumentos vertidos supra, consideramos que corresponde declarar la Inconstitucionalidad del art. 265 último párrafo del C.P.P. en cuanto autoriza al Juez de Control a resolver la oposición del querellante particular/víctima al archivo dispuesto por el Fiscal y, en caso de no estar de acuerdo el Juez con este último, darle intervención a otro Fiscal para continuar con la investigación. En consecuencia, corresponde revocar la resolución de la señora Jueza de Control de fecha 1 de marzo de 2012 en el legajo principal 5756/0 y ordenar su remisión al señor Fiscal General interviniente para que en cumplimiento de la resolución n 24/12 dictada por el señor Procurador General de este Poder Judicial, se arbitren los medios que estime corresponder a fin

de que se garantice la revisión interna de la incidencia suscitada.

Por todo lo expuesto, el Tribunal de impugnación penal en pleno: Resuelve: Primero: Declarar la Inconstitucionalidad del art. 265 último párrafo del C.P.P., en cuanto autoriza al Juez de Control a resolver la oposición del querellante particular/víctima al archivo dispuesto por el Fiscal y, decidir sobre su pertinencia, por resultar violatorio de lo establecido en el art. 120 de la Constitución Nacional y del debido proceso legal.

Segundo: Revocar la resolución de la señora Jueza de Control Florencia Maza de fecha 1 de marzo de 2012 en el Legajo principal 5756/0, caratulado: “M.P.F. c/ S., R. L. s/ Lesiones” y remitir el citado legajo junto con el presente al señor Fiscal General interviniente para que en cumplimiento de la resolución n 24/12 dictada por el Procurador General de este Poder Judicial, se arbitren los medios que estime corresponder a fin de que se se garantice la revisión interna de la incidencia suscitada. De lo resuelto póngase en conocimiento a la Jueza de Control actuante. — Carlos Flores. — Filinto Rebechi. — Verónica Fantini. — Pablo Balaguer.

de dar las razones suficientes o apropiadas para establecer la validez jurídica de la decisión.

“En materia decisoria judicial entendemos por *justificar* o *fundamentar* a la exposición de los argumentos o las razones suficientes o apropiadas para establecer la validez jurídica de las decisiones judiciales” (17). “En esa exposición argumental no sólo pesan las exigencias lingüísticas, sino también las estrictamente lógicas o formales y las que avanzan en lo sustancial o contenido de los argumentos. En este punto nos parece conveniente estar advertidos de las insuficiencias de las justificaciones meramente formales y, además, de las insuficiencias de las justificaciones exclusivamente jurídicas autoritativas” (18).

“Si un juez da razones en favor de lo que decide, y si da tales razones para justificar su decisión, o sea, para otorgar aceptabilidad a lo que decide, aceptabilidad -se entiende- a la luz de un derecho

válido preexistente al caso, estamos entonces en presencia de un razonamiento que él lleva a cabo, es decir, de una operación intelectual que infiere una conclusión a partir de las premisas normativas de que le provee ese derecho y de las premisas fácticas del caso de que se trate. Justificar significa aquí, además, que la conclusión a que llega el juez en la parte decisoria de su fallo proviene de las premisas fácticas y normativas que ha identificado como tales, y, *asimismo, que las propias premisas se encuentran bien determinadas*” (19) (la bastardilla me pertenece).

Lo dicho nos conduce a señalar que se ha impuesto entre los juristas la conocida clasificación de Wroblewski de la justificación interna y externa de un razonamiento jurídico. “En palabras de Bayón: Es un lugar común que en todo razonamiento ha de distinguirse entre la justificación de la inferencia (i.e., del paso de las premisas a la conclusión) y la justificación de las premisas mismas, siendo ambas necesarias para poder decir que el

(17) VIGO, Rodolfo L. Razonamiento Justificatorio Judicial, JA 2004-I, fascículo n° 13 “Razonamiento Judicial”, pp. 86/87.

(18) VIGO, Rodolfo L. Razonamiento Justificatorio Judicial, JA 2004-I, fascículo n° 13 “Razonamiento Judicial”, pp. 86/87.

(19) SQUELLA NARDUCCI, Agustín. “Seminario La justificación de las decisiones judiciales”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Austral de Chile, Marzo 23 de 2005. Justificar decisiones jurídicas y Justificar decisiones judiciales.

razonamiento es, en conjunto, sólido; y también es ya terminología asentada la que, en materia de justificación de las decisiones judiciales llama a la primera de esas justificación interna y a la segunda externa” (20).

Tratemos ahora de incorporar estos conceptos al análisis del caso que comentamos. Tal como lo hemos relevado en el apartado II, el razonamiento de la sentencia sigue bastante fielmente el modelo silogístico, a saber:

1) conforme el recurrente expresó en sus agravios, el tribunal fijó el objeto de su pronunciamiento, en la verificación de la constitucionalidad del procedimiento de consulta instaurado por el artículo 265 del C.P.P., a la luz de lo normado por el artículo 120 de la Constitución Nacional.

2) la formulación del enunciado fáctico o premisa menor, consistió en la descripción del procedimiento de consulta. En este punto, el Tribunal de Impugnación Penal, en el considerando 12), sostiene que el mismo “obliga a la Fiscalía (en caso de oposición al archivo de parte del querellante o la víctima), a remitir la causa al Juez de Control a fin de resolver la incidencia y posteriormente, le otorga a este último, la facultad de sustituir al Fiscal, que considera que el hecho denunciado no constituye delito, enviándolo a otro para que continúe con la investigación”.

3) la premisa mayor fue fijada por el sentenciante a la luz de la norma contenida en el artículo 120 C.N. y los precedentes “Quiroga” y “Alas” de la Corte, mediante el cual se declaró la inconstitucionalidad del artículo 348 del C.P.P. de la Nación.

4) la conclusión surge del punto primero del fallo, cuando declara la inconstitucionalidad del último párrafo del artículo 265 del C.P.P.

Lo que hemos venido diciendo hasta el momento, no hace más que confirmar aquella primera observación -casi intuitiva- con la que concluimos el apartado II, en la cual postulamos la sólo aparente corrección del razonamiento judicial seguido en el fallo. Es precisamente el concepto de justificación externa del razonamiento judicial el que nos

permitirá encontrar el vicio en el pronunciamiento que comentamos.

Si fundar una sentencia es dar las razones (jurídicas) de la decisión y en particular las razones que se han encontrado para postular las premisas (justificación externa) del razonamiento judicial, es nuestra opinión que el fallo que comentamos no ha sido correctamente fundado. Teniendo como marco el enunciado fáctico que conforma la premisa menor del razonamiento, no se han dado razones que permitan postular la aplicación al caso del artículo 120 de la Constitución Nacional y los precedentes “Quiroga” y “Alas” que conforman la premisa mayor del silogismo.

En concreto, trataremos de explicar y fundamentar en los apartados siguientes que ni la norma constitucional, ni los precedentes invocados conforman la regulación jurídica general en la que pueda subsumirse el caso.

IV. El artículo 120 de la Constitución Nacional

La ubicación institucional del Ministerio Público se discutió en el ámbito de la última convención constituyente que incluyó la norma contenida en el artículo 120 de la Constitución Nacional. “La postura triunfante (...) caracterizó al Ministerio Público como órgano extrapoder -dictamen de la mayoría y opiniones coincidentes de quienes votaron por la afirmativa- y hubieron convencionales que votaron por incluirlo en el ámbito del Poder Judicial” (21).

Pero, más allá de su ubicación institucional en el esquema de poderes del Estado, lo realmente sustantivo de la norma constitucional incorporada -tal como se puso de manifiesto en los debates en la Convención Constituyente- es el grado de independencia que le brinda al Ministerio Público frente a los poderes constituidos.

Podría resumirse la posición del nuevo Ministerio Público diciendo que “La Constitución otorgó independencia y autonomía funcional al Ministerio Público nacional, desglosándolo de cualquier dependencia jerárquica de los tres poderes constituidos” (22).

(21) GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, 4ª edición, Ed. La Ley, tomo II, p. 581.

(22) SABSAY, Daniel A. (dir). Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, t. 4, Hammurabi, p. 770.

(20) ROLDAN, Santiago. Justificación y motivación de las resoluciones judiciales. Hacia la elaboración de criterios de fundamentación, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Septiembre 2010. Abeledo Perrot, p. 1501 y sg.

Pero también es conocido e igualmente claro que nuestra Constitución establece un Estado organizado bajo la forma federal de gobierno, lo cual supone la existencia de dos órdenes de poder territorial entre los que se distribuyen las competencias de los Estados provinciales (preexistentes) y el Estado central, tal como surge -entre otros- de los artículos 1º, 5º, 75:12, 121 y 122 de la Constitución Nacional.

Esta autonomía provincial abarca también el aspecto *institucional*, lo que supone la potestad de darse sus propias constituciones y autoridades y de estructurar sus instituciones de gobierno, siempre bajo las condiciones que impone el artículo 5º de la Constitución Nacional.

En términos de la propia Corte Suprema (23), “a las provincias les compete en forma exclusiva, autónoma y soberana la adopción y reglamentación de sus propias instituciones y que en su caso es atribución de esta Corte juzgar si aquéllas al hacerlo han violado los principios que el art. 5º las obliga a respetar. Pero al ejercer esta misión, el Tribunal se ve precisado a recalcar que las constituciones provinciales no deben ser una copia carbónica de la nacional. La forma en que cada Estado federal regule sus instituciones debe ser respetada, porque lo contrario significaría que por arte de interpretaciones artificiosas, el principio de la supremacía constitucional destruiría el sistema federal, de tal suerte que se violaría una de las reglas tradicionales de interpretación constitucional antes recordada que parte de la base cierta de que la Constitución es un todo armónico”.

Más recientemente, también sostuvo que “El art. 5º de la Constitución Nacional declara la unidad de los argentinos en torno del ideal republicano. Pero se trata de una unidad particular. Es la unidad en la diversidad. Diversidad proveniente, precisamente, del ideal federalista abrazado con parejo fervor que el republicano. El federalismo encierra un reconocimiento y respeto hacia las identidades de cada provincia; empero, dicha identidad no encuentra su campo de realización solamente dentro del ámbito comprendido por los poderes no delegados al gobierno federal (arts. 104 -hoy art. 121- y concs., de la Constitución Nacional), sino también en el de la adecuación de sus instituciones a los requerimientos del art. 5º citado.

(23) Fallos 317:1195.

Esto último, asimismo, configura una fuente de vitalidad para la república, en la medida en que posibilita una pluralidad de ensayos y búsquedas por las diferentes provincias de caminos propios para diseñar, mantener y perfeccionar los sistemas republicanos locales” (24).

En consecuencia, podemos afirmar con María Angélica Gelli (25) que los “requisitos del artículo 5º, a fin de que el gobierno federal garantice a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones, pueden cumplimentarse de variadas formas y con diferentes alcances, siempre que respeten el proceso democrático; la división y los controles de poderes y los derechos y garantías constitucionales, y, desde 1994, los derechos reconocidos en los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional”.

“En una enumeración meramente ejemplificativa, podemos decir que, en ejercicio de su autonomía institucional (...) las provincias pueden organizar su poder legislativo bajo el sistema bicameral o unicameral o adoptar un sistema de gobierno de tipo parlamentario o mixto, en lugar del presidencialista de la Constitución Nacional y admitir o no la reelección del titular del poder ejecutivo con el alcance que juzguen conveniente (...). En esta misma línea de pensamiento, también ha resuelto la Corte que la organización de los poderes judiciales de las provincias es una materia que ha sido conservada por éstas al concurrir a la formación del Estado nacional...” (26).

Bajo este prisma constitucional, debe analizarse la siguiente cuestión que resulta atinente para la tarea que hemos encarado: ¿la independencia, autonomía funcional y autarquía financiera del Ministerio Público (artículo 120 C.N.) es el modo particular en que el Estado Nacional organizó su Ministerio Público o posee un alcance que importa su directa recepción por los Estados provinciales?; o dicho de otro modo: ¿el artículo 120 C.N. se aplica en el ámbito de un Estado provincial, tal como

(24) Fallos 329:385, según considerando 9) del voto de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni.

(25) GELLI, María Angélica. Constitución de la Nación Argentina, 4ª edición, La Ley, tomo II, p. 601.

(26) SABSAY, Daniel A. (dir). Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. t. 4, Hammurabi, p. 809.

lo hace el fallo que comentamos, al resolver la inconstitucionalidad de una norma procesal?

El interrogante lo formulamos en el marco de una crítica a un fallo judicial, motivo por el cual la pregunta debe ser contestada *de lege lata*; no atendiendo a las mayores o mejores virtudes que la posición independentista pueda implicar, o la mejor forma que puedan adquirir las instituciones del Ministerio Público (27). Debemos determinar concretamente el alcance material de la norma constitucional contenida en el artículo 120.

Para contestar la pregunta hay que obrar en dos pasos.

En primer lugar, debe determinarse si la norma a la que venimos aludiendo está contenida dentro de las “declaraciones, derechos y garantías” de la Carta Magna; porque si ello fuera así, sus disposiciones se tornarían directamente operativas en el ámbito provincial, conforme al artículo 5° C.N. y doctrina de la Corte Suprema en los precedentes mencionados.

En este sentido se impone claramente una respuesta negativa; para lo cual bastará con relevar la ubicación *geográfica* que se le ha dado al Ministerio Público, el cual aparece regulado en la sección cuarta (“del Ministerio Público”) del título primero (“Gobierno Federal”) de la parte segunda (“Autoridades de la Nación”) de la Constitución Nacional. Ello nos da claramente la pauta de que estamos en presencia de la regulación de un órgano de la Nación, equiparable a la integración bicameral del Congreso de la Nación (artículo 44 C.N.); a la Auditoría General de la Nación (artículo 85 C.N.); Defensor del Pueblo (artículo 86 C.N.); la duración y reelección del Presidente (artículo 90 C.N.), etc., instituciones que no en todos los casos tienen su correlato provincial y, en tal caso, su regulación puede diferenciarse del modelo seguido en el orden federal.

(27) Aspecto sobre el cual propiciamos un *status* de plena independencia y autonomía, no sólo del Ministerio Público Fiscal con los restantes poderes del Estado, sino también entre éste y el Ministerio Público de la Defensa; resultando hoy inadmisibles que en nuestra provincia ambos ministerios se encuentren bajo la titularidad del Procurador General (artículo 86 de la Ley 2574 -Orgánica del Poder Judicial-). A este respecto debe destacarse la reciente sanción de la Resolución 2656 de la Asamblea General de la OEA que recomienda a los Estados miembros la adopción de acciones tendientes a que los Defensores Públicos Oficiales gocen de independencia y autonomía funcional.

En un segundo momento de análisis, corresponde preguntarnos si una organización institucional del Ministerio Público provincial, que parcialmente difiera del modelo seguido por el artículo 120 C.N., importa necesariamente el incumplimiento de alguna de las mandas contenidas en el artículo 5° C.N.

La Constitución de la provincia de La Pampa, en el artículo 88, determina que forman parte del Poder Judicial “*los titulares de los Ministerios Públicos*”, lo cual constituye un modelo diferente al *órgano extrapoder* que sigue la Constitución Nacional (28). Asimismo, el artículo 86 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, determina que el Ministerio Público tiene “*autonomía funcional y administrativa*” y el artículo 89 determina que ejecuta y rinde por sí mismo el presupuesto, sin intervención del Superior Tribunal de Justicia.

En resumen; la organización del Ministerio Público local, si bien enmarcado constitucionalmente dentro del ámbito del Poder Judicial, posee un claro carácter -cierto que de naturaleza legal-independiente o autónomo, razón por la cual no se advierte ningún tipo de afectación de las garantías que impone el artículo 5° C.N. La Constitución Provincial prefirió encuadrar el Ministerio Público en el ámbito del Poder Judicial, pero su misma ley orgánica le atribuye autonomía funcional, que es el aspecto particularmente relevante para nuestro análisis.

Podemos entonces concluir este punto diciendo que el artículo 120 de la Constitución Nacional, exclusivamente regula la institución del Ministerio Público en el ámbito federal, y de ninguna manera sus normas pueden ser extrapoladas -automáticamente- al ámbito provincial, so pena de violentar las normas de los artículos 5°, 121 y 122 de la Constitución Nacional.

V. La aplicación al caso de los precedentes “Quiroga” y “Alas”

Toca ahora analizar si los precedentes de la Corte Suprema *in re* “Quiroga” y “Alas” (29), son

(28) Opción efectuada por razones históricas y políticas, vinculadas a la debilidad del Ministerio Público Fiscal en el orden federal; motivación que no necesariamente se hallará presente en los ámbitos provinciales.

(29) Este segundo fallo es posterior a “Quiroga” y no aporta mayores elementos para el análisis, de modo que en

aplicables al caso que comentamos, tal como lo entendió el Tribunal de Impugnación Penal. Para ello, en primer lugar, hay que verificar cuidadosamente las dos normas procesales que fueron materia de sendas invalidaciones constitucionales.

El segundo párrafo del artículo 348 del C.P.P.N. dice: *“El juez dictará el sobreseimiento si estuviere de acuerdo con el requerido. De lo contrario, sea que no esté de acuerdo con el sobreseimiento pedido por el fiscal o sea que sólo el querellante estimara que debe elevar la causa a juicio, dará intervención por seis (6) días a la Cámara de Apelaciones. Si ésta entiende que corresponde elevar la causa a juicio, apartará al fiscal interviniente e instruirá en tal sentido al fiscal que designe el fiscal de cámara o al que siga en orden de turno”*.

Por su parte, el artículo 265 del C.P.P. de La Pampa afirma: *“La investigación fiscal preparatoria podrá iniciarse por denuncia, por decisión del Ministerio Público Fiscal, o por prevención o información policial.*

Si el hecho imputado manifiestamente no constituye delito, el Ministerio Público Fiscal archivará las actuaciones.

De ello se dará vista al querellante o a la víctima, aun cuando no hubiese adquirido aquella calidad y pudiere ser localizada.

En caso de oposición de estos últimos al archivo, se remitirán las actuaciones al Juez de Control, a fin de resolver la incidencia. En el supuesto que éste no estuviere de acuerdo con el archivo, otro Fiscal proseguirá con la investigación”.

Hay entre estas normas similitudes y diferencias. Las primeras surgen a simple vista: (a) se trata de un procedimiento de *consulta* sobre las decisiones de un fiscal sobre la finalización (sobreseimiento) o cese (archivo) de la investigación penal; (b) la consulta se le realiza a un órgano judicial; (c) si el órgano judicial no está de acuerdo con el fiscal, ordena que otro continúe con la sustanciación de la causa.

Pero también hay diferencias que -anticipamos-, impiden fundar el fallo local en este precedente.

1) *¿Cuándo se aplica el procedimiento de consulta?* Al responder esta pregunta surgirá la prime-

lo sucesivo sólo mencionamos el primer precedente.

ra diferencia entre ambos sistemas. En el sistema que dispone el segundo párrafo del artículo 348 del C.P.P.N., el mecanismo de consulta se realiza en dos supuestos:

a) cuando el propio juez no esté de acuerdo con el sobreseimiento pedido por el fiscal;

b) cuando sólo el querellante esté propiciando la elevación de la causa a juicio;

Por el contrario, en el sistema que configura la norma provincial, la única posibilidad de ingresar al procedimiento es la oposición del querellante o de la víctima.

Entonces, mientras en el sistema federal, la sola decisión del juez (supuesto 1) alcanza para abrir el procedimiento de consulta, en el ámbito local -necesariamente- tiene que existir oposición.

Ello, tal como veremos, marca una diferencia que devendrá sustancial conforme a la doctrina que surge de “Quiroga”: mientras el artículo 348 del C.P.P.N. permite un procedimiento unilateral del juez, que se expedirá sin oposición entre partes del proceso, la norma provincial sólo admite que el juez se expida en caso de que la decisión de archivo del fiscal sea controvertida por el querellante o la víctima.

Podríamos entonces describir el modelo de consulta de la norma nacional, en el primer supuesto analizado (cuando es el propio Juez el que se opone al sobreseimiento (30)), como *unilateral y automático*, en tanto no necesita oposición de ninguna de las partes del proceso y el solo pedido de sobreseimiento permite al juez realizar la revisión. Por oposición, el sistema de la norma provincial podría rotularse como *bilateral y rogado*, por cuanto necesariamente debe haber oposición del querellante/víctima, para que el Juez de Control adquiera jurisdicción.

2) *¿A quién se le consulta?* La respuesta nos dará la segunda diferencia. En el caso de la norma nacional, la consulta se realiza a la Cámara de Apelaciones que corresponde a la jurisdicción de que se trate; mientras que el artículo 265 del C.P.P. de la Pampa dispone que la instancia de consulta la resuelve el Juez de Control.

(30) Este es el supuesto resuelto por la Corte en “Quiroga”.

La diferencia no es menor por lo siguiente: Tal como está actualmente estructurado el procedimiento penal en la jurisdicción federal, la instrucción está a cargo de los jueces de instrucción (aunque puede ser delegada en los fiscales) y sus actos son revisables mediante recurso de apelación que resuelven las Cámaras Federales; quienes, por otra parte, no tendrán ningún tipo de intervención en la etapa intermedia y en la de juicio propiamente. Concretamente, las Cámaras Federales sólo efectúan un control del mérito de la instrucción (vg. apelación del auto de procesamiento o sobreseimiento) y, en general sobre los actos de la instrucción (vg. apelación de excarcelaciones denegadas, nulidades, etc.).

En cambio, en el modelo de consulta -versión pampeana-, la instancia la resuelve el propio Juez de Control. Quiere decir que el mismo juez que -al inicio mismo del proceso- puede negar el archivo pedido por el fiscal, es quien luego continúa interviniendo durante la investigación fiscal preparatoria y en la etapa intermedia.

Tengamos presente que, conforme a la misma norma que venimos analizando, el fiscal solicita el archivo por inexistencia de delito, de modo que razonable es pensar que la decisión del Juez de Control, cuando hace lugar a la oposición del sobreseimiento, es precisamente porque advierte sobre la posibilidad de que exista delito.

Esta decisión que toma el Juez de Control, en los albores mismos de la investigación criminal, involucra el fondo de la cuestión penal, consistente en la existencia o no del delito, lo cual claramente la diferencia de otras que tomará en la investigación fiscal preparatoria que tendrán por finalidad autorizar la producción de prueba o resolver acerca de la libertad del imputado mientras dure su trámite.

Efectuadas estas distinciones, estamos ahora en condiciones de leer analíticamente la doctrina que surge del fallo “Quiroga”.

Los hechos del caso, según surgen de los considerandos 1) a 3) del primer voto, se pueden narrar del siguiente modo: El fiscal, al pronunciarse sobre el mérito de la instrucción en la oportunidad prevista por el artículo 346 del C.P.P.N., se expidió por el sobreseimiento del imputado. El juez federal discrepó con el criterio del Ministerio Público y

elevó los autos en consulta a la cámara de apelaciones, de acuerdo con el procedimiento previsto por el artículo 348 del C.P.P.N.

El Fiscal General requirió la declaración de nulidad del auto por el que el juez elevó la causa en consulta, con fundamento en que el mentado artículo 348 había sido derogado tácitamente en virtud de lo dispuesto por el artículo 120 de la Constitución Nacional y los artículos 1º y 76 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (ley 24.946). Subsidiariamente, sustentó la nulidad en que, de no considerarse derogada tácitamente la norma procesal en cuestión, ella sería, de todos modos, inconstitucional a la luz de los artículos 18 y 120 de la Ley Fundamental. La Cámara de Apelaciones rechazó la nulidad impetrada y, contra esa decisión, el Fiscal General interpuso recurso de casación, que fue concedido. La Sala I de la Cámara Nacional de Casación, sin embargo, declaró inadmisibles el recurso por considerar que la decisión impugnada no constituía sentencia definitiva ni era equiparable a ella en los términos del artículo 457 del Código Procesal Penal, y que el recurrente no había tenido en cuenta ni criticado la doctrina de la sala sobre la derogación e inconstitucionalidad pretendidas. Contra esa resolución el Fiscal General ante esa Cámara interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación dio lugar a la presente queja que resolvió la Corte Suprema.

La posición del recurrente (31) (Ministerio Público) sostiene que el llamado “procedimiento de consulta”, en el cual las discrepancias entre el juez de instrucción y el fiscal en cuanto a si corresponde o no elevar la causa a juicio son resueltas por la cámara de apelaciones, que puede instruir al fiscal para que produzca el requerimiento respectivo, viola el principio *ne procedat iudex ex officio*, y consecuentemente, pone en riesgo las garantías de imparcialidad, defensa en juicio y debido proceso legal. Asimismo, desconoce la *autonomía funcional* del Ministerio Público Fiscal, como órgano requirente y titular de la acción penal pública, que impide postular su sometimiento a las instrucciones de otros poderes del Estado.

El fallo culmina con la creación de una muy prolija regla de derecho, que se aplica al caso concreto: “la necesidad de asegurar la independencia

(31) Conforme surge del considerando 7) del primer voto del fallo.

funcional del Ministerio Público Fiscal consagrada en el art. 120 de la Constitución Nacional impone declarar la inconstitucionalidad del art. 348, segundo párrafo, primera alternativa, del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto autoriza a la cámara de apelaciones, en los casos en que el juez no está de acuerdo con el pedido de sobreseimiento del fiscal, a apartarlo e instruir al que designe el fiscal de cámara, a fin de producir la elevación a juicio”.

Así se expidieron Petracchi y Highton de Nolasco (considerando 38); Boggiano (considerando 15); Maqueda (considerando 39), Zaffaroni (considerando 27) y Fayt (considerando 47, aunque con la sutil diferencia de no acotar la regla sólo a la primera alternativa del segundo párrafo del artículo 348 del C.P.P.N. (32)).

Es posible extraer del fallo cuatro reglas, vinculadas al análisis del procedimiento de consulta y la posible afectación al principio de imparcialidad del Juez y la independencia y autonomía del Ministerio Público Fiscal (33).

1) El procedimiento de consulta, en tanto permite la intervención de la cámara de apelaciones ordenando que se produzca la acusación, *afecta la garantía de imparcialidad del juzgador, aunque la decisión provenga de un tribunal distinto del que en definitiva deberá intervenir en el debate* (34).

2) No obstante, estos votos aclararon que *lo anteriormente dicho no resulta aplicable a los supuestos en los que la discrepancia se plantea entre el fiscal (que se manifiesta en favor del sobreseimiento) y el querellante, que pretende que la causa sea elevada a juicio*. En tales casos, en principio, no es posible suponer una afectación genérica de la imparcialidad del tribunal, en la medida en que su intervención quede limitada a asegurar que el querellante pueda ejercer el derecho que la ley le concede a ser oído en juicio oral y público (conf. doctrina caso “Santillán”, Fallos: 321:2021) ni una

(32) Recordemos que en el primer supuesto de la norma es el propio Juez el que de oficio discrepa con la opinión fiscal, mientras que en el segundo supuesto es el querellante el que difiere con el Fiscal y propone la elevación a juicio.

(33) Considerando 20) del voto de Fayt.

(34) Así surge de los votos de Petracchi y Highton (considerando 12, 18, 21, 25 y 31); del voto de Maqueda (considerandos 18 y 35) y del voto de Zaffaroni (considerando 12, 16, 17, 18 y 23).

afectación intolerable a la independencia del Ministerio Público (35).

3) En minoría, Fayt sostiene que el procedimiento de consulta *no viola la garantía de imparcialidad del juzgador, puesto que no requiere la intervención del tribunal de juicio que deberá luego expedirse sobre el juicio de culpabilidad definitivo* hubiera intervenido con anterioridad en el mecanismo de consulta cuestionado (esto, considerando que no cualquier intervención previa vulneraría el principio en estudio, sino sólo aquella en la que el miembro del tribunal hubiera tomado a su cargo tareas de investigación y de evaluación del mérito de una imputación personal) (36).

4) El procedimiento de consulta que “unifica” la potestad de acusar en cabeza de la cámara de apelaciones *no se compadece con la introducción del artículo 120 de la Constitución Nacional*, el cual se señala, en este aspecto, una modificación del paradigma procesal penal vigente, propiciando una clara independencia funcional de dicho organismo (37).

Si entonces analizamos el modelo de consulta pampeano, a la luz del precedente federal, queda claro que no afecta la garantía de Juez imparcial, porque si bien la decisión la adopta un juez que luego deberá continuar interviniendo en la investigación fiscal preparatoria, el magistrado sólo podrá expedirse en caso de que la víctima o querellante (si ya ha asumido tal posición) se oponga al sobreseimiento fiscal, modalidad que atribuye carácter *bilateral y rogado* al procedimiento de consulta, tal como ya hemos señalado.

Salvada entonces la violación a la garantía de Juez imparcial, sólo quedará subsistente la regla que surge de “Quiroga” que hemos relevado anteriormente bajo en número 4, en tanto determina que el procedimiento de consulta no se compa-

(35) Surge de los votos de Petracchi y Highton (considerando 37); Maqueda (considerando 24) y Zaffaroni (considerando 24).

(36) Así surge de los considerando 24, 25, 27, 29 y 32 del voto de Fayt.

(37) Ello surge de los votos de Petracchi y Highton de Nolasco (considerando 30 y 33); del voto de Fayt (considerando 34, 39, 45 y 47); del voto de Boggiano (considerando 14); del voto de Maqueda (considerando 9) y del voto de Zaffaroni (considerando 26).

dece con la norma del artículo 120 de la Constitución Nacional por cuanto viola la independencia funcional del Ministerio Público.

Pero, tal como hemos sostenido en el apartado anterior, el artículo 120 C.N. no resulta de aplicación en el ámbito provincial, de modo que tampoco esta regla que surge del precedente “Quiroga” es aplicable al fallo local que comentamos.

VI. Conclusión

Todo cuanto hemos dicho hasta el momento nos permite confirmar las apreciaciones que sostuvimos en las primeras líneas del trabajo. La sentencia del Tribunal de Impugnación Penal en el caso “Sogorbe”, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 265 segundo párrafo del C.P.P., con fundamento en el artículo 120 de la Constitución Nacional y los precedentes “Quiroga” y “Alas” de la Corte, no se encuentra debidamente fundada.

La declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional y una de las funciones más difíciles que han sido encomendadas a los jueces, lo cual explica la consistente posición de la Corte al definirla como la *ultima ratio* del orden jurídico, que sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable, o bien cuando se trate de una objeción constitucional palmaria (38).

En el caso que nos ocupa, el tribunal local incurrió -seguramente de modo inadvertido- en la falacia lógica de autoridad (*argumentum ad verecundiam*). Sostuvo la inconstitucionalidad de la norma local, con fundamento en precedentes dictados por la Corte Suprema y normas de la propia Constitución Nacional; fuentes ambas de la máxima jerarquía, pero que carecen de toda aptitud para regular jurídicamente el caso que debía fallar.

El análisis detenido y pormenorizado (el que necesariamente se impone en el caso), nos permite afirmar que nos hallábamos ante una clara situación de falta de justificación externa, ya que de ningún modo se explicitaron las razones que llevaron al Tribunal a construir la premisa mayor

(38) Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos: 14:425; 200:180; 105:22; 112:63; 182:317; 311:394; 312:122 y 322:842; entre otros.

con la norma contenida en el artículo 120 C.N. y el precedente “Quiroga” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Más aún, tal como creemos haber demostrado en los apartados IV y V, ninguna de estas dos fuentes tiene valor para conformar una regulación jurídica general que permitiera subsumir el caso fallado por el Tribunal de Impugnación Penal. No cabe entonces otra posibilidad que reconocer que la sentencia que declara la inconstitucionalidad del artículo 265 segundo párrafo del C.P.P., en el caso que comentamos, no ha sido una derivación razonada del derecho vigente aplicable al caso.

VII. Esbozo de una posible solución del caso

Motivos de espacio nos obligan a limitar nuestra propuesta a un esbozo, cuya finalidad será sólo mostrar una posible solución del caso, cuyas implicancias en el nuevo procedimiento penal ameritan que también, como corolario final, pensemos cuál debería haber sido la solución jurídica del caso “Sogorbe”. Ello importa definir si el artículo 265 último párrafo del C.P.P. debe aplicarse y mantener su vigencia o, por el contrario, el procedimiento de consulta adolece de algún vicio que merece su descalificación.

Hemos dejado traslucir en varios pasajes nuestra posición contraria al procedimiento de consulta; no sólo al que dispone el artículo 265 último párrafo, sino también el que prevé el artículo 289 párrafo 4) del ordenamiento ritual en materia penal (39).

Estas normas, al permitir que el Juez remita el proceso a otro fiscal para que continúe la investigación (artículo 265 C.P.P.) o para que produzca la acusación (artículo 289 C.P.P.) no hace más que afectar la autonomía funcional del Ministerio Público, por cuanto sólo formalmente podrá decirse que el nuevo fiscal continuará la investigación o cumplirá con la acusación, ya que ha sido -materialmente- decisión del Juez.

En un modelo procesal acusatorio como el que actualmente rige en nuestra provincia, con una

(39) Si el fiscal requiere el sobreseimiento, el Juez de Control le corre vista al imputado, al querellante o a la víctima (si no ha adquirido dicha calidad). Si el querellante o la víctima no están de acuerdo “se remitirán las actuaciones a otro Fiscal para que produzca la acusación”.

clara delimitación de las competencias judiciales y fiscales, no es posible que sobreviva una norma que claramente permite el avance del magistrado por sobre el fiscal de la causa, subrogando su criterio en caso de desacuerdo.

Pero la regulación jurídica del caso no debe buscarse ni en la Constitución Nacional ni en fallos de la Corte, sino en los principios acusatorios del Código Procesal Penal (40) y en la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, que en su artículo 86, afirma la autonomía funcional y administrativa del Ministerio Público. Precisamente, esta autonomía funcional es la que claramente se ve agravada por las normas procesales a las que venimos aludiendo.

Estamos en presencia de dos normas, de igual rango jerárquico, que imponen consecuencias jurídicas contradictorias. Si efectivamente el Ministerio Público goza de autonomía funcional es inconcebible que un juez pueda -en el marco de un proceso acusatorio- obligar a un fiscal a continuar una investigación o a producir la acusación, cuando otro miembro del Ministerio Fiscal ha propiciado el archivo de la causa o el sobreseimiento del imputado. La contradicción es evidente e insalvable.

(40) Los que podrán auscultarse en los antecedentes legislativos que precedieron a su sanción, las manifestaciones de los diputados durante su tratamiento y en las muchas normas diseminadas en el cuerpo que ponen de manifiesto que nos encontramos ante un esquema de proceso acusatorio puro.

Precisamente, la solución interpretativa para estos casos resulta de la aplicación de una serie de reglas y principios, llamados a conservar la coherencia del orden jurídico, conocidos como: ley superior deroga ley inferior; ley especial deroga ley general y ley posterior deroga ley anterior.

Este último principio o regla es de utilidad en nuestro caso y puede describirse diciendo que “cuando se dicta una nueva ley, si es incompatible con la anterior -total o parcialmente o en un caso dado-, deroga esta última (parcial o totalmente, o para el caso particular)” (41).

En el caso que nos ocupa, la Ley Orgánica del Poder Judicial -Ley 2574- fue sancionada el 27 de agosto de 2010, derogando expresamente la anterior Ley Orgánica que no contenía ninguna norma que dispusiera la autonomía funcional y administrativa del Ministerio Público, tal como actualmente lo hace el artículo 86. Por su parte, el Código Procesal Penal fue sancionado con anterioridad, el 13 de octubre de 2006, aunque su vigencia práctica fue sucesivamente prorrogada.

En nuestra opinión, es perfectamente posible interpretar que la sanción de la ley orgánica, particularmente su artículo 86, ha derogado tácitamente los procedimientos contenidos en el artículo 265 último párrafo y del artículo 289 párrafo 4), ambos del C.P.P. Este razonamiento pudo ser la respuesta jurídica del fallo que comentamos.

(41) MAIER, Julio. Derecho Procesal Penal, tomo I -Fundamentos-, Editores del Puerto S.R.L., p. 222.

.....

EJECUCIÓN DE LA PENA

.....



Críticas a la ley de ejecución penal 26.472. Prisión domiciliaria

POR GUIDO LEONARDO CROXATTO

Sumario: 1. Introducción.— II. Primera aproximación. La idea de dignidad como parte de la idea de delito.— III. Estado, violencia y criminalización.— IV. La igualdad del hombre y de la mujer. El esbozo de una nueva igualdad diferente.— V. El esencialismo de género, camino de la igualdad material.— VI. El derecho como concepto masculino.— VII. Conclusión. El (nuevo y no tan nuevo) desafío de la mujer: llegar a ser persona.

1. Introducción

El marco teórico de la ley de ejecución penal 26.472 es el feminismo cultural o feminismo de la diferencia (representado en Estados Unidos por la Profesora Carol Gilligan, la ética del cuidado (1)). Sostendremos una crítica de los postulados de esta ley y de sus pretendidas reivindicaciones a la luz de otro feminismo: el feminismo radical norteamericano, de Catherine Mackinnon (asesora de Género de la Corte Penal Internacional, también -como Gilligan- profesora en Harvard) y de Andrea Dworkin. Sostendremos a la luz de este segundo feminismo que mucho de lo que se presenta en Argentina como “ventajas” para la mujer (en su calidad de “madre”-“cuidadora” de un discapacitado o un menor a su cargo) no son tales, al contrario, esos privilegios representan o esconden un retroceso, porque la prisión domiciliaria que obtiene la mujer en estos casos como beneficio parcial la obtiene a un precio demasiado caro: aceptar como propio el estereotipo/destino de mujer-madre que impone la sociedad (avalando esta ley, el feminismo argentino cae en una paradoja singular pero ostensible, legítima dentro de la cárcel los mismos postulados que el feminismo combate fuera de ella)

Esto es posible a partir de la perspectiva de Carol Gilligan que asume como esencial (natural) en la

mujer lo que otro feminismo cuestiona. Tomar el modelo de mujer que proponen los varones, según el cual la mujer (merced a su sensibilidad diferente, propensa especialmente o naturalmente a “cuidar”) es más útil en la casa que en la cárcel, porque la casa representa en última instancia la auténtica o única prisión para la mujer: con el mandato de tener que “cuidar” de alguien, de salir de la cárcel sólo por tener (además de la posibilidad de un embarazo) un “menor o un discapacitado a su cargo”. Esto representa un “derecho” del que no disponen los hombres (2). Esencialmente delimita los campos en los que la

(2) No se pregunta esta ley por qué un hombre no puede tener también como la mujer “un menor/discapacitado a su cargo”. Está presupuesto implícito que la mujer es la única que cuida a sus hijos. No el hombre. Sino la madre. De esta manera, con leyes como la 26.472, el derecho penal construye, delimita, define roles. Le asigna un lugar a la mujer. Le otorga determinados “privilegios” o “derechos” (de los que el hombre no goza) por ser mujer. El feminismo liberal puede sostener que esta crítica es tramposa, porque termina -su consecuencia de hecho- es que la madre termina encerrada. Que su hijo tiene una madre en la cárcel. Nosotros no defendemos esto. Pensamos que la cárcel es mala en todo momento, no sólo para la mujer. Sino también para el hombre. Por eso damos el salto del feminismo radical -de la crítica al estereotipo que se esconde detrás de los “privilegios” de esta ley de ejecución, estereotipos que también son violencia- a una crítica de la cárcel misma en todo sentido. La cárcel es degradante y dañina para todas las personas. No sólo para las mujeres (además de esta ley no se desprende una crítica genuina de la cárcel, al contrario, sino sólo una crítica del encierro de la mujer, y además no de cualquier mujer, sino de la mujer que acepta ser madre o tener un “discapacitado a su cargo”).

(1) GILLIGAN, Carol. In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development. Harvard University Press. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1993.

mujer debe moverse: la maternidad (Badinter) y el cuidado (Gilligan).

En este ensayo veremos pues que lo que se presenta a menudo como una reivindicación no es tal. Esconde una filosofía (*La ética del cuidado*) que como dice Mackinnon es la filosofía del desaparamiento de la mujer, de la madre. La filosofía del abandono. No la filosofía del derecho.

II. Primera aproximación. La idea de dignidad como parte de la idea de delito

Owen Fiss, profesor de filosofía del Derecho, sostiene con mucha razón en su trabajo *Qué es el feminismo*, que tras la caída de los *Critical Legal Studies* (CLS) en las Facultades de abogacía de Estados Unidos, el feminismo -con todos sus matices y sus discusiones internas- es hoy la única escuela crítica que obliga a pensar al derecho (3). El feminismo parece ser hoy la única escuela auténticamente crítica, la única corriente que hace pensar a los abogados. La misión central del feminismo es desnudar lo que se presenta como "reivindicación". Como "derecho" para la mujer (4).

Los primeros registros existentes acerca de las llamadas "desviaciones sexuales" pertenecen al campo del derecho penal, más concretamente, al campo de la criminología (quién, sino la criminología, se ocupa, en todos los órdenes, de la "desviación", de los comportamientos "desviados"); los "desviados sexuales" eran considerados antisociales, antinaturales y se los vinculaba al delito. Los delinquentes constituían una clase identificable entre cuyos rasgos figuraba, como advierte Anitua, la homosexualidad y el travestismo. De hecho, la primera figura que "amenazaba" el orden norteamericano (donde surge, como se sabe, el concepto de "control social") es la figura del vagabundo. Y el vagabundo (primera cara del delincuente) tenía, como advertían los sociólogos de Chicago, "relaciones homosexuales estables". Homosexualidad y delito, iban, pues, de la mano (la inversión de la sexualidad "sana" -la homo-

sexualidad- nace asociada a la criminalidad, a la ausencia de un orden puro). El delito queda siempre asociado al hombre, nunca a la mujer (ya Simone de Beauvoir advertía que la mujer no comete delitos, se la piensa siempre pura, virginal, en términos de madre, ser emotivo, irracional, que actúa por sentimientos, que no delinque, para delinquir hace falta ser racional, ser hombre). Sobre esto volveremos al analizar los aparentes privilegios que la ley 26.472 prevé para la mujer embarazada, con un menor o con un discapacitado "a su cargo".

En muchas de las "reivindicaciones-beneficios" (para la mujer) está implícita la idea de que la mujer no puede cometer delitos (5). O no los comete en la misma medida racional que el hombre: tiene menos dignidad que ellos (Hegel, habría que preguntarse por qué siempre la idea de dignidad fue de la mano de la idea de delito) (Frances Olsen agregaría: tiene menos "racionalidad", como no se castiga a un perro, tampoco se castiga/ba a una mujer, porque en ninguno de los dos casos da resultado, porque la mujer, al tener menos razón que el hombre, no "aprende" del castigo). Mejor dicho: la esencia del delito (la violencia, la especulación, el barrer una norma, pero también la degradación ética que supone) no va con la esencia de la mujer (Gilligan) que es ser "madre", más "sensible" que el hombre, más "buena". Esto (que Gilligan presenta como la identidad de la mujer, su "diferencia", por eso feminismo de la diferencia) es lo que cuestiona Mackinnon, reivindicar esto, cree Mackinnon, es revindicar sólo un estereotipo. No a la mujer. Lo contrario de lo que debe hacer el feminismo. Mencionamos esto porque todos estos postulados están detrás de lo que cierto sector del feminismo liberal, a través de esta ley de ejecución penal en Argentina, insiste en presentar como una "reivindicación". El desafío está en saber si son realmente ventajas para la mujer salir de la cárcel por tener un "discapacitado" que cuidar. Derechos. Qué es lo que obtiene la mujer cumpliendo la prisión domiciliaria. Bajo qué condiciones. Bajo qué supuestos. Bajo qué asunciones. A qué precio.

(3) FISS, O. "Qué es el feminismo". En Revista Doxa, 14. 1993 (Ponencia presentada en Madrid, 1992).

(4) Véase KENT, Jorge. La criminalidad femenina. ¿Madres e hijos en prisión? La degradante complejidad de una atribulada problemática. Buenos Aires. Ed. Ad Hoc. 2007. p. 39 y ss.

(5) FACCHI, Alessandra. "El pensamiento feminista sobre el derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl", en Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires. Año 3. Número 6. Ed. UBA. 2005. pp. 27-49.

Se esboza como argumento que esta ley permite que muchas mujeres encarceladas efectivamente salgan de la cárcel, la eviten, que puedan estar con sus hijos, que los hijos no vean a su madre encerrada, aislada. Que no crezcan viendo eso. Que eso es esencial para el crecimiento sano del menor. Es cierto. Nadie puede discutir esto. Pero éste no es un argumento propio del feminismo y lo que intentamos hacer en este ensayo es una crítica desde el propio feminismo a los postulados de esta ley de ejecución penal. Esa crítica pone en cuestión precisamente el lugar de la madre-maternidad. La forma en que el Derecho construye y piensa la maternidad.

El feminismo radical norteamericano (el feminismo bien pensando) excede siempre la situación de la mujer, nos brinda, como afirma Isabel Jaramillo, una crítica integral del derecho nos conduce al minimalismo. No al populismo punitivo.

Inversamente, o por otro lado, (respecto de la crítica de la prisionización de la mujer, que esta ley vendría a salvar, aunque con argumentos no feministas) como segundo punto, nosotros estamos de acuerdo en que la cárcel no sirve, no resocializa, no reeduca, nunca lo ha hecho (Pavarini, *Un Arte abyecto*, Hulsman, Loic Wacqant). Al contrario, degrada, aísla, margina, humilla a las personas (hombres o mujeres). La pena hoy está desnuda. Ha abandonado todas las argumentaciones o justificaciones que le dieron sentido, o esperanza, o fundamento. Hoy se advierte que la pena no resocializa. No “reforma” (el solo hecho de pensar en una pena para “reformular” a una persona, como dice Foucault, es parte de un proyecto autoritario, no liberal, igual observación hace Zaffaroni). La pena quedó como un hecho puro que no necesita justificación. Esta “crisis de la pena” (Pavarini) no ha redundando sin embargo en el abandono de la misma. El abandono de los discursos no conllevó el abandono o replanteo de la pena. Al contrario. Este vacío necesita ser llenado. Este vacío -como afirma Sebastián Schreer en Alemania-, se salva buscando medios alternativos a la pena. Más eficaces. Y más humanos. Más compatibles con el Derecho.

Pero lo que necesita decirse, entonces, es que la cárcel actualmente -tal como funciona en la inmensa mayoría de los países del mundo, sobre todo en América Latina, aunque no solamente- es

mala en todos los casos (hacina, degrada, aísla, humilla, tortura, enseña a matar, a cometer más delitos, a “sobrevivir”, no “reeducar”) y no sólo en algunos (sólo así se logra una crítica real de la cárcel, una crítica que adeuda el derecho liberal (6)). No sólo en algunos (con la mujer, el precio que paga la mujer por estar “libre”, por tener beneficios como mujer, es demasiado caro, tiene un doble costo: es asumir para sí los estereotipos que son en sí mismos violencia. Es aceptar la cultura que precisamente mata y subordina a las mujeres “libres”(7)). Pero además es legitimar indirectamente

(6) La lógica de la cárcel es en última instancia la (misma) lógica del derecho penal del enemigo. No hay una línea distintiva que separa el razonamiento de Jakobs del funcionamiento real práctico de las cárceles (por eso dice Zaffaroni con acierto que es un error del derecho liberal buscarle una función positiva a la pena). No en vano dice Bauman que la lógica de los campos de exterminio era la lógica misma de la modernidad (también Adorno). La lógica del campo es la lógica de la cárcel. La cárcel no está para “reeducar”. Como los campos de exterminio no estaban para “reeducar”, que incluso en su arquitectura eran “cárceles” hacia adentro y hacia afuera, con jornadas estrictas, camas de Madera, horarios de “trabajo”, eran cárceles. Y el sentido de toda cárcel es la muerte. La Chimenea. La Rastra. Eran “la cárcel” (hay que pensar mejor -con más inteligencia- por qué el derecho penal tiene y tuvo siempre su desarrollo más destacado en Alemania, el país de la “modernidad”, el país de los campos no casualmente es el país de la “dogmática penal”, el país de la “pena”, el país del derecho penal refinado es el país de los cuentos de Kafka, de la burocracia invisible autoritaria llamada “derecho”, de la “Colonia penitenciaria”). Matar, encerrar, degradar, torturar refinadamente, “jurídicamente”, con “argumentos”. Nunca “rehabilitar”, nunca reeducar, resocializar. Las cárceles no reeducan ni resocializan a nadie. No han sido pensadas para “reeducar” (por eso nunca lo han logrado, como dice Pavarini, ese “fracaso” discursivo hoy es muy evidente, hoy queda la pena como un “hecho desnudo”, del poder, como un “hecho” que ya nadie justifica, que está dado). Sino para neutralizar, aislar y “eliminar”, “sacar de la vista”, matar/borrar personas. Torturar. Las cárceles argentinas en su gran mayoría cuadran directamente dentro de la definición de tortura (de allí el hábeas corpus colectivo del CELS).

(7) Esto es lo que no se ve cuando se plantea la “ética del cuidado” como una reivindicación. Ya Dworkin decía que es una paradoja que las mujeres reivindicaran como un derecho propio la “privacidad” (Duke, 1985). Con la misma lógica, nosotros podemos decir que es una paradoja que las mujeres “reivindiquen” como un derecho la prisión domiciliaria, que también es privacidad, es reivindicar la vida “privada”. Es “aceptar” el dominio de los varones que prefieren a la mujer en silencio ocupando su rol en la casa. Porque la casa es la auténtica prisión de la mujer (además es más económico socialmente tener a la mujer en casa, cuidando a sus hijos o a un abuelo discapacitado,

tamente para “los otros” (varones pobres en su mayoría) el encierro. Este es el segundo costado de la crítica (el paso del feminismo al minimalismo penal, la búsqueda como dice Sebastián Schreer de alternativas mejores a la pena, no debiéramos abandonar nunca esa búsqueda, esa búsqueda es la única que le da sentido al Derecho (8)). Esta

que tenerla en la cárcel, gastando en ella y a su vez en sus menores. La mujer en la cárcel es un costo adicional, en la casa es un recurso. Por eso esto que se presenta como un “derecho”, debiera ser discutido. Repensado. Pensado mejor qué es lo que está pagando la mujer por ese supuesto “beneficio” de la prisión domiciliaria. Por eso cuestionamos los postulados feministas (Gilligan) de esa ley de ejecución penal con sus presuntos “beneficios” para la mujer. Para hacerlo recurrimos también al feminismo. A una visión más crítica del feminismo de Mackinnon, que siempre ha cuestionado con dureza los estereotipos de Carol Gilligan, cuyos planteos (que según Mackinnon son la reafirmación de la falta de poder de la mujer) son presentados como un “avance”. Como un “derecho”. Claro que hay argumentos en favor de la norma. Son los argumentos “sacar a la madre” de la cárcel, logra que permanezca junto a sus hijos. Nadie impugna esto. Al contrario. No queremos sostener o criticar la norma desde una defensa de lo carcelario. No es ése el ángulo que proponemos. Sino el “precio que paga” la mujer por ese “beneficio”. Reafirmar precisamente los estereotipos de la sociedad que vulneran a la mujer, sobre lo que es “ser mujer”, aceptar como propia la verdadera violencia. Y precisamente esos estereotipos que la ley “reafirma” para sacar a la mujer de la cárcel, también son violencia. Son la violencia de género afincada y cada vez más ostensible en la sociedad. Por eso pasamos en el segundo aspecto de la crítica a la ley, del feminismo radical de Mackinnon no a una apología de la cárcel, sino a un minimalismo penal que no renuncie, como dice en Hamburgo, Sebastián Schreer, a buscar medios alternativos a la pena o a la cárcel. Pero para todos. No para la mujer “madre”. No para la mujer que se embaraza para ser “libre” (ése es el mensaje, diría Tamar Pirch), que ser madre “libera”. (Badinter). Estos prejuicios, sobre los que la ley asienta su reivindicación, encarnan o esconden, como se ve, la peor violencia. Termina siendo peor el remedio que la enfermedad. Es mejor reconocerle a la mujer que está “encerrada” que asumir que la cárcel-casa es un “beneficio” cuando es un agravamiento del encierro: es una legitimación de la cárcel que es la casa para todas las mujeres. Es decirle a la mujer: éste es tu lugar. Esta es tu verdadera cárcel. El feminismo no puede defender esto. Y mucho menos puede presentar esto como un derecho.

(8) SCHREER, Sebastián. *Kritik der strafenden Vernunft*. Hamburgo. 2009 (Crítica de la razón punitiva). Tal vez esa búsqueda es el último sentido que le queda al derecho penal. Aprender él mismo a abandonar la pena. Aprender a pensar una alternativa. Véase KAFKA, Franz, La colonia penitenciaria. Precisamente el derecho graba su marca en el cuerpo de los hombres, pero no en el cuerpo de la mujer, que es a su vez potestad del “hombre” en el mundo privado marcar ese cuerpo: eso es lo que sucede en la “casa” (como

ley tiene postulados no feministas que refuerzan la imagen de la mujer-cuidadora (Gilligan) y a su vez valida el encierro en los otros casos. Todos los que no sean madre-enfermera-cuidadora de un menor/discapacitado (modelo tutelar y del derecho) merecen el encierro. Están en condiciones de ser “castigados”: de este modo esta ley se queda corta con la mujer (a la que libera como “madre”). Y legitima lo que debe cuestionarse: la forma del encierro. La forma de la pena. En este ensayo nos interesa solamente el primer aspecto de la crítica.

En general -nos dice Facchi- “se ha constatado que incluso las normas inspiradas en el modelo de la diferencia pueden conducir a efectos perversos y tener implicancias dañosas para una política de liberación femenina” (9). “Ellas de

dicen Mackinnon y Dworkin. En el reducido ámbito de la privacidad, donde el derecho no entra, es un derecho del hombre el imponerle la pornografía a la mujer, ésa es “la pena”, que le impone a la mujer esta sociedad, ése es su “castigo”. Por eso el derecho la re- envía a su casa para que cuide a los hijos o a los mayores y esté junto a su marido. Mackinnon dirá: la esencia de la mujer es ser una esclava, ésta es la base del esencialismo de género. No cualquier feminismo es un feminismo esencialista. En este caso los dos feminismos que tratamos son esencialistas. Pero en sentido diverso. El feminismo de Gilligan es esencialista en sentido positivo. Define a la mujer por lo que la mujer “es” (es “madre”, es “más buena”, es más “sensible”). El feminismo de Mackinnon es esencialista en sentido negativo: define a la mujer por todo lo que la mujer no es, por todo lo que no tiene, por todo de lo que es privada por ser mujer, todo lo que no puede tener por ser mujer (por todo de lo que la mujer es privada por ser mujer). Todas las cosas que le son negadas por el hecho de haber nacido mujer. Son dos esencialismos de signo absolutamente inverso. Por eso se oponen entre sí. Por eso Mackinnon discute con Gilligan. La cita del cuento “La colonia penitenciaria de Kafka” sirve para pensar la pena a partir de las marcas en los cuerpos. Al hombre lo marcan otros hombres a través de la ley. A la mujer “la marca” el hombre no con el derecho, sino con la violencia (sexual) en la casa. Esa es la pena. Para la mujer ése es el castigo. Por eso el derecho “renuncia” al “otro castigo”. No la castiga dos veces.

(9) FACCHI, Alessandra. Ob. cit. 2005. LARRAURI, Elena. *Criminología Crítica y Violencia de género*. Madrid. Trotta. 2007. Véase también STOLTENBERG, John. *Refusing to be a Man*. New York. Meridian Book. 1991. La violencia pareciera ser, para Stoltenberg, parte del ideario de la “masculinidad”. La forma en que los hombres se educan. Se forman. Se hacen hombres. El hombre debe ser, para ser “hombre”, necesariamente violento. Un soldado. Un deportista. Un “hombre duro”. *Tough guy*. En este ensayo John Stoltenberg -un feminista norteamericano- reclama por el fin de la “masculinidad” como ideario: el hombre

hecho amenazan con replantear imágenes y roles tradicionales de las mujeres, confirmando la separación del ámbito femenino del masculino, y en última instancia, su subordinación". Podemos interpretar críticamente muchas de las cláusulas de la ley 26.472 (citadas al comienzo) apelando al feminismo tradicional pero también al feminismo más crítico, en Dworkin y Mackinnon.

Especialmente relevantes son los trabajos de Rhonda Copelon, *Terror íntimo, violencia doméstica entendida como tortura* y el de Alessandra Facchi, *El Pensamiento Feminista sobre el Derecho*, donde la autora entiende que "El espacio de autonomía y de desinterés del derecho público por la esfera doméstica, por lo demás, se ha traducido en ausencia de tutela para las mujeres contra las discriminaciones que acaecen dentro de las familias... El derecho privado, por el contrario, se ocupa de la familia estrechamente". El derecho abandona a la mujer en manos del hombre -del *pater familias*. El *pater* se ocupa del ordenamiento del mundo privado. Donde la mujer no tiene voz. Ni derecho.

También debe descartarse el análisis de Susan Moller Okin (*Le donne e la giustizia. La famiglia come problema político*, 1999) porque su análisis se desarrolla a partir de la constatación del desinterés de la teoría política por aquel ámbito institucional en el que principalmente se desenvuelve la vida femenina: la familia (ya tenemos dos ámbitos de desinterés, el desinterés de la política y el desinterés del derecho). La exclusión de la familia como ámbito de aplicación y verificación de criterios de justicia resulta particularmente difícil de explicar si se considera que constituye el núcleo primario de agresión y de convivencia, el primer lugar de formulación e imposición de normas, de organización del poder. Esta exclusión quizás puede comprenderse, para Okin, reescribiéndola a la distinción entre esfera pública y privada y a la tendencia, probablemente no racionalizada y en todo caso raramente explicitada, a incluir a la familia en la esfera privada. Excluida del derecho. Una esfera en la que los poderes públicos, y consecuentemente la teoría política, no se deben inmiscuir. Rara vez lo hacen. Como dice Alessan-

dra Facchi, "Esta división de los campos no tiene necesidad de ser justificada, porque es presentada como *natural*" (10). De la mano de este ámbito doméstico va la imposición de lo que Elisabeth Badinter llama el "estereotipo materno". Estos tres campos están presentes en la ley argentina: el desprecio por "lo privado", el rol de la mujer como "madre", y su consiguiente incapacidad para ejercer una identidad libre (el desprecio de lo privado es "desprecio" por lo que allí sucede: la dominación de la "madre", que no tiene acceso al otro ámbito: el "público"). Lo curioso es que estos tres campos son presentados como una "reivindicación".

Pasamos pues -después de atender la reflexión de Jaramillo sobre el feminismo y el derecho- a la crítica de los incisos e) y f) del artículo 1º de la ley de ejecución penal.

La crítica feminista puede servir para pensar mejor el derecho en general (y sobre todo el derecho penal), sostiene Isabel Jaramillo (11). "El derecho, entendido como el conjunto de instituciones formales que regulan la vida en sociedad, no podía dejar de ser uno de los principales focos de la crítica feminista, como tampoco podía dejar de ser una de las más importantes herramientas dentro de la lucha de las mujeres por alcanzar el lugar que desean tener dentro de la sociedad", sostiene Jaramillo, en *La crítica feminista al Derecho*. Leyes como la que aquí cuestionamos deben ser evaluadas también en función de ese parámetro: en función del lugar que las mujeres quieren ocupar en la sociedad. *Y en función del lugar que les asigna el Derecho*. En función de qué motivos, de qué argumentos, las "libera". Por qué las deja cumplir la prisión en el "domicilio".

Facchi, en *El pensamiento feminista*, nos dice que "la reivindicación de tratamientos especiales en base al género puede traducirse en nuevas formas de políticas de tutela de las mujeres, como aquellas difundidas en el siglo pasado y

(10) FACCHI, Alessandra. "El pensamiento feminista sobre el Derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl", en Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires, N° 6, Departamento de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires, 2004, pp. 27-47.

(11) JARAMILLO, Isabel. *La crítica feminista al Derecho*. Ed. Andes. Bogotá. 1999.

duramente combatidas por el feminismo" (12). La Ley 26.472 dispuso la prisión domiciliaria para mujeres embarazadas, madres de menores o "con personas discapacitadas a su cargo." El feminismo de la diferencia (de Carol Gilligan) hubiera aceptando esta reforma, (pensando que eso constituye una verdadera reivindicación para las mujeres, de lo que constituye su esencia, su particularidad como mujeres (13)) pero "Cuando la diferencia significa dominio, como en el caso del género, el hecho de que las mujeres afirmen esta diferencia significa afirmar las cualidades y características de la falta de poder" (Mackinnon, *Diferencia y dominio: sobre la discriminación sexual*). Que la mujer "cumpla detención en forma domiciliaria" porque "cuida a una persona..." (que puede o no puede ser su hijo o un "discapacitado a su cargo") es como decirle a la mujer "no vas a la cárcel... porque, en definitiva, aceptas el lugar que te asigna la sociedad -el hombre, es decir, la sociedad y el derecho (Ética del cuidado), sos más útil fuera de la cárcel... "cuidando" a una persona (la persona que está a tu cargo, es decir, la persona de "verdad", como dice Mackinnon) que pagando una condena (14). A la sociedad no le interesa tu "reforma" sino tu "cuidado". Tu lugar como mujer. Tal vez ese cuidado sea, en sí mismo, la condena. Una forma de marginar reafirmando una identidad vacía. De anular. De estigmatizar a la mujer. La casa termina siendo la auténtica prisión invisible de la mujer. Por eso no tiene sentido encerrarla. Porque ya está en el encierro.

No deja de ser elocuente, diría Badinter, que esos "beneficios" para la mujer sean a su vez enunciados junto a la discapacidad, la enfermedad, o la vejez. La maternidad es asociada o asimilada a un ser discapacitado. En ese sentido también la mujer es "menos". No da la talla para el castigo como el hombre.

Como se ve, entonces, los incisos e) y f) no configuran, para las mujeres, una verdadera alternativa o una auténtica reivindicación de sus derechos, y no lo son porque consolidan su papel secundario, subordinado, en la sociedad. Pareciera que el lugar

natural de la mujer, es la casa: el ámbito doméstico-privado (la privacidad, donde el derecho rara vez se entromete). *La mujer es entrenada para la "debilidad forzada" (del mundo doméstico)*, a la mujer se le asigna casi siempre un rol pasivo (15). En el fondo está la idea de que la mujer madre -la mujer "sensible"- como dijimos, no delinque: que el delito no está en su naturaleza (16) (y la mujer es, como dice Nussbaum, a menudo, la cara de lo natural, de lo animal, de los sentimientos irracionales, "maternos", no del Derecho, la ley, la Razón, la autoridad (17)). Mientras la mujer no sea "persona" no recibirá condenas destinadas a reformar personas (18).

También debemos referirnos, someramente, al lenguaje de la norma, que refuerza en sí la idea de que son sólo los hombres los que pueden cometer delitos. Pareciera que la concepción de fondo es que la mujer no delinque. O no lo hace en la misma

(15) Véase SIEGEL, Reva B., "Regulando la violencia marital", en Derecho y grupos desaventajados (comp. Roberto Gargarella), Barcelona. Editorial Gedisa. 1999. YOUNG, I.M., "Vida Política y Diferencia de Grupo: una crítica del ideal de ciudadanía universal". Castells, Carme (comp.), en Perspectivas Feministas en Teoría Política, Paidós, Barcelona, 1996, pp. 99-126.

(16) Al decir que las mujeres son más "sentimentales" y que los hombres son más "racionales" se dice que las mujeres tienen menos capacidad de "discernimiento" que los hombres (es decir, que son menos "personas"), con estos mismos argumentos se privó a las mujeres de su derecho al voto, de la educación universitaria, de la participación política, y hasta de su patrimonio.

(17) NUSSBAUM, M. El ocultamiento de lo humano. Vergüenza, Repugnancia y Ley. Ed. Katz. Buenos Aires. 2007. Cap. II. La mujer al asociarse al cuerpo es asociada a su vez a lo "vulnerable" que todo hombre quiere evitar para sí. Ser "hombre" es no ser visto "vulnerable". El hombre lucha contra la imagen de "fragilidad" que dan las mujeres. Jünger presentaba y celebraba a los soldados alemanes como "máquinas de metal". Máquinas de acero.

(18) Con esto sólo reproducimos el discurso carcelario tradicional, para distinguir el doble estándar, no significa en modo alguno que avalemos esta idea de "reformar" personas, de "re-educar" (además de que nunca se reeduca) a través del encierro o la invisibilidad de la cárcel. La cárcel agrava en todo caso lo que quiere evitar. Ese es su fracaso. De la cárcel se sale peor, pero además mayor preparado para el delito. La cárcel -con sus estigmas- causa de la reincidencia. La mejor prueba de que son medios equivocados (lo que ha usado hasta el día de hoy el Derecho Penal) para resocializar es que nunca la cárcel ha "logrado" concretar su "propósito" (Pavarini) (si es que alguna vez ése fue realmente su objetivo) Aun así se la conserva. Se conserva la pena como un hecho desnudo del poder. Sin argumentos. Sin justificación.

(12) FACCHI, Alessandra. Ob. cit. 2005.

(13) Esto es lo que cuestiona precisamente Badinter.

(14) Véase BISGAARD, Vivien. "La maternidad en la mujer presa vista desde una perspectiva de género". Tesis de Doctorado en Ciencias Sociales, Universidad La Salle, México. 1999.

medida que el hombre (por más que su delito sea idéntico (19)). Pareciera que el delito -en la mujer- es “patológico”. Que no va con su “naturaleza” (sensible) de madre (Gilligan). El delito no es un hecho porque la mujer que delinque no es libre. Porque no tiene el mismo poder de razón que el hombre, que sí es “razón” y dignidad, por eso se lo castiga: porque en su caso sí tiene sentido la reforma. En la mujer no. La mujer es “sensibilidad”. Cuerpo. Irracionalidad. No cálculo. Esto refuerza la idea de la mujer como madre, como persona “que cuida”. El lenguaje “Al interno...” podría ser remplazado por “Quien...” o “la persona que...” De todos modos, ese lenguaje muestra a las claras que (con semejanza o diferencia) la que cuida es la mujer, no el hombre, pero a su vez el estándar o parámetro es siempre el mismo, como dice Juan Capella, en *Fruta Prohibida*, el parámetro de todas las normas “universales” que hablan de “igualdad” es el hombre (por eso toda igualdad esconde un despojo, por eso la igualdad nunca se traduce en la práctica concreta entre “iguales”, por eso nunca son todos los hombres y tampoco todas las mujeres “tratados como iguales”). Esto es lo que nunca se discute. Este es el verdadero tema en cuestión para el feminismo: el lenguaje (en apariencia neutral) que habla el derecho. El derecho nunca habla un lenguaje neutral (20). Olsen viene advirtiendo desde sus primeros trabajos en Estados Unidos que lo primero que debe desnudar el feminismo es el lenguaje que hablan las normas.

El derecho defiende en última instancia como prioridad los derechos o intereses del hombre. Y no, por supuesto, como diría Wollstonecraft, a la mujer. La mujer no tenía derechos humanos ni civiles. La mujer no era alcanzada por los “derechos universales del hombre” y del ciudadano. Tiene que construir su propio derecho. Y para eso necesita hacer oír su propia palabra (21).

(19) También el feminismo radical puede cuestionar este punto: el feminismo no desconoce que las leyes están en su mayoría hecha por varones (Mackinnon agregaría: contra la mujer). El punto de la ley que analizamos es que fue hecha por mujeres con perspectiva de género. Por eso analizamos qué es lo que se reivindica en nombre de los derechos de la mujer. Porque esta ley fue presentada como una reivindicación feminista. Como un “logro” en la defensa de los derechos de la mujer.

(20) Por eso el Derecho es inseparable de la política.

(21) WOLLSTONECRAFT, Mary, *Vindicación de los Derechos de la Mujer*, Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, Madrid, 1994.

Otra crítica: tenemos que ver el contexto en el que se inscribe el beneficio: porque se sitúa a la maternidad al lado de la Vejez (inciso b)) y de la “enfermedad incurable” (inciso a)), esto tiene un contenido simbólico muy trascendente (22). Se reproduce la idea de la mujer como un sujeto débil y pasivo (“discapacitado”, su sexo, su cuerpo como “enfermedad”, dice Badinter, la maternidad se presenta como una forma curiosa de discapacidad, y de allí se construyen los supuestos “privilegios” para la mujer madre-“incapaz”, que no son sino formas de control privado sobre su cuerpo, encerrado, disciplinado en el domicilio, no libre). Esto es paradójico, porque por un lado asumimos que la mujer es la que *cuida*, que tiene cierta ascendencia sobre los varones (es el modelo de la mujer madre) y por el otro, asumimos su debilidad y la confinamos al mundo de lo doméstico, que es una forma de control (23). De encierro (Véase al respecto: Lagarde, Marcela. *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*. México. UNAM. 1993).

Esta norma (la ley 26.472) estigmatiza así el lugar de la mujer como cuidadora-madre. Le asigna ese lugar. La mujer que lo toma es “libre” de cumplir la pena en su casa. Reproduce en Argentina los parámetros del feminismo cultural o feminismo de la diferencia. Esto no significa anular una lectura crítica de la cárcel (de esto se trata el minimalismo penal, pero también una lectura transparente de los últimos doscientos años de penas muestra el fracaso de todas las teorías penales, la cárcel nunca ha resocializado, nunca ha “rehabilitado” a nadie, ha degradado, matado, pero no “educado”, “reintegrado” a la sociedad; la cárcel nunca fue pensada para “reeducar”, ni para “reintegrar” personas, de hecho la cárcel siempre fue idéntica, lo único que cambiaron por encima fueron las

(22) Elisabeth Badinter ha cuestionado duramente a las Naciones Unidas por haber inscripto o incluido por primera vez la “perspectiva de género” (es decir, el punto de vista de las mujeres) en un tratado internacional sobre personas discapacitadas. (Convención sobre las personas con discapacidad, ONU, 2006).

(23) FOUCAULT, Michel. *Historia de la sexualidad*. El uso de los placeres. Buenos Aires. Siglo XXI. 1995. FRASER, Nancy. *Política feminista en la era del reconocimiento*. Una aproximación bidimensional a la justicia de género, FLACSO-PRIGEPP. 2002. Véase MACKINNON, Catherine A. “Integrando el feminismo en la educación práctica” en *Revista Academia*. Año 3. Número 6. Ed. UBA. 2005. pp. 157-175.

“teorías” dispersas, como si fuera un juego de los discursos de los abogados maquillar lo que estaba pasando -siempre igual, siempre idéntico- detrás de los muros; no cambiaba lo que la cárcel hacía detrás de los muros, lo que iba cambiando eran las justificaciones que iba brindando el derecho para “encerrar”, para justificar el encierro, para recluir, Zaffaroni manifiesta con lucidez el error que supone siempre buscarle una función positiva a la pena, Zaffaroni entiende que esto nos conduce siempre -y nos ha conducido siempre- a un derecho penal autoritario (24)). Esto es lo que se debería pensar, no cómo evitamos que la mujer “con un discapacitado a su cargo” esté encerrada. Sino qué significa la cárcel. Para qué la tenemos. Tenemos un derecho acostumbrado a pensar que lo único que tiene que hacer es castigar, penar y encerrar personas. El derecho ya no se sabe pensarse sin la pena. Desaparece del espectro del derecho la idea de construir un mundo más justo. Un derecho del empoderamiento, y no un derecho del encierro.

La ventaja para una mujer (en estos incisos) es insustancial porque ese “margen de libertad” que se le da con la detención domiciliaria encubre la dominación -y asignación de roles fijos- que ejercen los hombres. La prisión domiciliaria es la dominación masculina presentada como “reivindicación”. Presentada como derecho. El confinamiento en la casa presentado como derecho de la mujer. Es decir, tiene un precio muy caro. Parece que la mujer logra algo para sí, pero con las personas “a su cargo”, lo que logra con su prisión domiciliaria es quitar al hombre el peso de tener que cuidar a sus hijos menores de 5 años (25), o a una persona discapacitada. El hombre debe trabajar. El no puede ni debe cuidar a sus hijos, lo debe hacer “su mujer”. Por eso el derecho libera a la mujer encarcelada y le da un tratamiento más informal, como dice Rosa del Olmo: porque su

(24) Esto nos conduce, según Zaffaroni, a un derecho penal autoritario (para Zaffaroni una adecuada lectura del liberalismo en el derecho penal conduce necesariamente al abandono de la pena, eso es lo único que puede hacer el liberalismo).

(25) Se habla siempre del “interés superior del niño”. Como dice Mackinnon el niño es una persona real, una verdadera persona, en él reside “un interés superior” que no existe para el caso de las mujeres, para el caso de la mujer madre. No hay un “interés superior de la madre”. La madre-mujer debe supeditarse al interés del niño. En eso reside su maternidad. En preservar ese “interés superior”.

lugar -su cárcel, su fábrica- es la casa. No tiene sentido su encierro. El encierro de la mujer -diría Posner- no es “eficiente” (26). Se la encierra dos veces. Pero a la sociedad le basa con sólo una.

El hombre tiene -o debiera tener- los mismos derechos y deberes -como padre de un chico menor de edad- que la madre (a éstos nos referiremos más adelante, cuanto citemos a Elisabeth Badinter y su visión de la maternidad como un “sentimiento inventado en la Historia”, Badinter entiende que no existe el “instinto maternal” en la mujer, es una construcción (27)). Si creemos (como cree Tamar Pitch) que el derecho penal estigmatiza (y simplifica) no podemos perder de vista todo lo que

(26) No deja de ser elocuente que esta corriente tan de moda en el Derecho (Law and Economics), con Posner a la cabeza, haya nacido con un trabajo de Ronald Coase, con un simbólico título: *The problem of social cost*. En esas cinco palabras estaba resumido ya el “programa” del llamado “análisis económico del derecho”. Que significa sencillamente acallar al derecho para poner en su lugar a la economía a definir lo que es eficiente y lo que no, lo que debe ser dejado de lado: el derecho laboral es presentado como un “costo altísimo”: se borra. El derecho con todo es diferente de la economía. Tiene un lenguaje propio que no debiera borrarse en nombre (en aras) de la economía, que coloniza todos los campos del saber, privándolos a cada uno de su palabra. Todo cae bajo el raso de la eficiencia (pero el derecho a veces tiene el deber de “no ser eficiente”, de ser totalmente “ineficiente”, de proteger personas pobres, sin plata, solas). Porque la economía persigue la “eficiencia”, el derecho persigue un valor muy distinto, el derecho persigue la dignidad de la persona. La economía trabaja con “medios”. Con “recursos humanos”. El derecho trabaja con personas. El derecho y la economía no se pueden fundir en un mismo “análisis”. Lo de Chicago -no es casual que en esa cuna haya nacido esta corriente de “análisis”- no es más que una cesión -y un silencio- del Derecho (recuerdo las palabras de Juan B. Justo diciendo con valor que el capitalismo no es “compatible con la ética”). El derecho no está pensado para empresarios. En tanto el derecho se convierte en una herramienta de las empresas, deja de ser derecho. Pasa a ser “eficiencia” (en nombre de la eficiencia millones de personas fueron arrojadas en la pobreza en la Argentina de los 90). Fueron precisamente los políticos educados en la Escuela de Chicago (los “Chicago Boys”) los que produjeron el colapso social de América Latina. El atraso, la miseria, la desigualdad. Llamados “progreso”, “Crecimiento”, “Inversión”, “Seguridad para las inversiones”. No para las personas. Por eso tomamos con cuidado el auge del “análisis económico del derecho”. No necesitamos un análisis económico sino un “análisis jurídico”. Un análisis, en todo caso, más próximo a la moral.

(27) BADINTER, Elisabeth. *L'Amore in piú. Storia dell'amore materno*. Milano, Longanesi, 1981.

esconden estas normas (28). El derecho no puede consolidar los roles de una sociedad despareja que discrimina (*y la discriminación de la mujer es, muchas veces, una discriminación oculta*). Muchas veces la discriminación es presentada como cultura. Como tradición. Como espectáculo. Como derecho (29). Como "naturaleza".

Veamos por ejemplo, brevemente el caso de la pornografía, cuya contracara es la libertad de expresión de la mujer. "Al reducir a la mujer a mero objeto sexual, la pornografía subordina y acalla a la mujer. Incapacita así su credibilidad y la hace sentir como si no pudiera contribuir a la discusión de los asuntos públicos" (30). Esto es lo que Owen Fiss denomina una "dinámica silenciadora". En el caso de la pornografía, esa "dinámica silenciadora" recae -o acalla, esencialmente, a las mujeres, no a los hombres. Que quedan reducidas a meros objetos sexuales sin voz. Sin rostro. Sin derecho. Quedan acalladas, mutiladas. Y "cuando eventualmente hablan, sus palabras carecen de autoridad, a tal grado que pareciera que no dicen nada" (Fiss, Owen. Ob. cit.).

Catherine Mackinnon se pregunta: ¿Por qué es la pornografía una amenaza a la igualdad de género? Porque degrada a la mujer, *minando su autonomía*. Porque se impone a las mujeres, a través de la pornografía, un rol concreto: la mirada patriarcal (31). "La vulnerabilidad de la disponibilidad sexual de la mujer -se nos permite actuar permitiendo que actúen sobre nosotras- es

(28) PITCH, Tamar. Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad, Madrid. Editorial Trotta. 2003.

(29) OKIN, S. M. "Feminismo y multiculturalismo: algunas tensiones", en Revista Feminaria, Año XV, N. 28/29. I. 1999.

(30) FISS, Owen. "El efecto silenciador de la libertad de expresión". En Revista Isonomía. No. 4. Abril 1996. p. 22 y ss. Fiss concluye que "con la pornografía, el discurso de odio y la regulación de campañas, la amenaza a la libertad que la expresión produce es más directa e inmediata". El riesgo es que -en el caso de la pornografía- la voz del hombre termine silenciado a las mujeres. Inhibiendo su participación efectiva en las discusiones públicas colectivas, se las termina marginando de todo debate.

(31) Vivimos en una sociedad que esclaviza a las mujeres. Son esclavas sexuales. Por eso el feminismo (radical) de Catherine Mackinnon se llama, también, feminismo abolicionista, porque viene a abolir la esclavitud sexual de la mujer. Viene a denunciar el acoso, el abuso. El sometimiento de la mujer.

victimización. La obra funciona con guiones pre-establecidos, la fantasía expresa ideología -no está exenta de ella- y la admiración por la belleza física natural se convierte en cosificación". Ese "objeto" es la mujer. Su mundo -donde se produce la expropiación sexual denunciada por el feminismo- es el ámbito privado-doméstico. Donde la mujer es continuamente "reenviada" por el Derecho. Vemos que no es casual el "beneficio". La sociedad -si le creemos a Mackinnon- se organiza a partir de la mujer presa/abusada en privado. El Derecho reenvía siempre a la mujer al mundo privado. Lo hace cuando la saca de la cárcel "para cuidar un menor" o un "discapacitado a su cargo" (qué significa "a su cargo") pero también cuando no toma las denuncias de violencia o acoso por ser "temas privados", "pasionales"; de "pareja". La mujer no tiene voz para el derecho. Sus denuncias no son tomadas. Muchas mueren por ello.

Podría pensarse acaso que lo que hizo el feminismo argentino fue una estrategia sutil, asumir el estereotipo (porque de hecho es así) para abusar de él para aliviar la situación de las mujeres presas. Podría ser cierto que precisamente se usan frases como "un discapacitado a su cargo", o "un menor" porque de hecho esto es así. Entonces el feminismo se monta sobre esto para aliviar la situación de la mujer encerrada. Elige un mal menor. Pero el problema es que así consolida los roles. Y esos roles son violencia. Son roles que la mujer padece por igual, adentro o afuera de la cárcel. Eso es lo que debe transformar el feminismo (y también el Derecho). Es una trampa consolidar lo que el derecho hizo con la mujer para "aprovecharse" transitoriamente de eso. El beneficio es de muy corto plazo. La mujer con prisión domiciliaria no gana nada construyendo un derecho que sigue hablando de "un discapacitado a su cargo". Para la mujer es más digno estar en la cárcel (asumiendo por igual que el hombre la injusticia que encarna la cárcel, el hombre y la mujer encerrados injustamente por igual, hombre con hombre padeciendo la cárcel) que en la casa como una esclava de género que cuida o un cuerpo que debe dejarse abusar para conservar el "beneficio", el privilegio: un embarazo. Un "menor de cinco años" a su cargo. La mujer "con un discapacitado" que cuidar podría elegir la cárcel para responder a la sociedad que la re-envía a su casa en nombre de la eficiencia. No del Derecho.

Dice Mackinnon “que el daño causado por el sexismo es real y rectificar esto en diferencias es un insulto a nuestras posibilidades”. “Mientras estos temas se planteen de esa forma, las demandas de igualdad parecerán siempre pedir ambas alternativas: lo mismo cuando somos lo mismo (incisos a) y b)) y diferentes cuando somos diferentes (incisos c) y d)). Pero esto es lo que los hombres tienen, igualdad y diferencia a la vez. ¿Por qué deberías tú afirmar tus diferencias y tus similitudes, por qué deberías luchar como mujer para tener lo que los hombres tienen por el solo hecho de serlo? Mackinnon es contundente: “Si la diferenciación es discriminación, la acción afirmativa y cualquier cambio legal en la desigualdad social es discriminación...” (32). Esto es lo que plantea esta ley bajo la sombra de la reivindicación: la acción afirmativa.

Debe integrarse la visión de Badinter (33) (de la maternidad como un construcción en la Historia) con las posiciones del feminismo de Mackinnon (y su concepto de mujer). En este punto son centrales las críticas de Mackinnon al estudio de Carol Gilligan, que había concluido que las mujeres tienen una predisposición natural al cuidado y a la sensibilidad. Que las mujeres son más sensibles “por naturaleza”. Para Mackinnon el estudio de Gilligan demuestra no lo que las mujeres son, sino lo que se hizo con ellas. Semejante sería concluir en el siglo XIX en Estados Unidos que los hombres de color son “esclavos por naturaleza”. Que su esencia es “labrar el campo”. Trabajar como “negros” (la expresión perdura hoy, se sigue usando). Este estudio contribuye según Mackinnon a poner sobre las mujeres “una sustancialización equivocada” (y a afirmar, en consecuencia, *su falta de poder*). Se presenta como identidad, y como reivindicación su silencio. El derecho no puede caer en esta paradoja. El feminismo aparece para denunciarla. No para avalar ese lugar común.

Como dice Rosa del Olmo (en *Droga y criminalización de las mujeres*), “La criminalidad se

(32) MACKINNON, Catherine. “Diferencia y dominio: sobre la discriminación sexual”, en *Sexualidad, género y roles sexuales*, Buenos Aires. Ed. FCE, 1999. p. 81. Véase también “Are Women Human? And Other International Dialogues”. Cambridge. Massachussets. Harvard University Press. 2001.

(33) BADINTER, Elisabeth. *L'Amour en plus: histoire de l'amour maternel*. Paris. Ed. Gallimard. 1982.

asocia con el sexo masculino. La criminalidad femenina se plantea en términos de enfermedad, cuyo origen se encuentra en su ginecología. Predomina así el imperativo biológico, insistiendo en que la mujer delincuente es inherentemente distinta al hombre delincuente y más propensa a perturbaciones psicológicas. En otras palabras, las teorías sobre la conducta delictiva femenina han sido sexualizadas y psicologizadas”. Quisiera poner el acento en estas reflexiones de Rosa del Olmo, porque ayudan a re-interpretar de manera crítica esta ley penal. Dice Rosa del Olmo que “históricamente, se observa un manejo en apariencia *más condescendiente*, más informal, que conduce a resolver la conducta delictiva femenina en el seno familiar”. Esto es exactamente lo que hizo la ley penal argentina (arts. 1º a 17): privar a la mujer, en realidad, del *status* mismo de “delincuente”: la mujer, en realidad, no delinque, no está(ría) en su naturaleza delinquir, lo que sí está en “su naturaleza” (y esto es lo que le prescribe, implícitamente, la ley) es asumir su rol de madre: permanecer embarazada o no en su “casa”, cuidando, como dice la ley, a “una persona discapacitada a su cargo” o “a un menor de cinco años”. El hombre ¿por qué no tiene una persona discapacitada a su cargo? (34) ¿No podría pasar? ¿Y en el caso de que eso sucediese, no debería tener él también el derecho a la prisión domiciliaria? No. Porque la sociedad delimita ese rol del cuidado a la mujer. Y no le paga por ello. Por eso le da ese “beneficio”. Esta falta de equidad en la ley revela otra cosa: la asignación de roles, la construcción de estereotipos funcionales a la economía, la división del trabajo: el hombre debe permanecer en la cárcel, que sigue siendo, con todo, un ámbito de “férreo” control de lo público. De disciplina. Y de “supervivencia”. La mujer, en cambio, es encerrada en la casa, porque pesa sobre ella el control de lo privado, ésa es su cárcel, el control que pesa sobre ella sería, pues, como dice Del Olmo, “en apariencia más condescendiente, más informal” y que “conduce a resolver la conducta delictiva -de la mujer- en el seno de la familia”. Es decir: de un modo privado, por su hombre. Esposo, amante, o marido. Esto quiere decir que la mujer “es más útil” a los intereses del hombre, a los intereses de la sociedad, en su casa que en la cárcel. Porque su casa es la cárcel (por eso no le toman las denuncias cuando escapa de

(34) Véase CUEVAS, Andrés. *La mujer delincuente frente a la ley del hombre*. México. Ed. Pax. 1991.

su casa, es re-enviada a resolver sus “problemas de alcoba”). No sirve de nada “encarcelar” a la mujer, porque la mujer, de hecho, ya está -desde que nace- encarcelada. Vive en la cárcel. Pasa de una cárcel a otra cárcel. Esa cárcel es la sociedad: es la casa, es el ámbito “doméstico”, es el trabajo donde es acosada, vista siempre como un objeto. Por eso se presenta como reivindicación su salida. La casa, entonces, es su verdadera prisión. La prisión que, como dice Virginia Woolf, le construyen los hombres con barrotes dorados. En ese sentido, lo que parece “una reivindicación” o una “gran oportunidad” para las mujeres -si uno hace una lectura lineal o superficial de la ley proveniente del proyecto de ley de Marcela Rodríguez- es, en realidad, una forma de estereotipar (y subordinar) a las mujeres. Es quitarle a la mujer mucho más que lo que se le da. Es negarle un derecho.

La cárcel no funciona, como dice Pavarini, ya se han abandonado todas las teorías y discursos legítimos en torno de ella: es una institución que ha quedado como lo que es, una institución que segrega, acumula y neutraliza. Todos en la cárcel son enemigos, no personas (*Jackos traza estas distinciones en su libro Norm, Person, Gesellschaft, hace todo el esfuerzo teórico para privar al detenido de su carácter de persona, de su condición de persona, de su dignidad humana, barrera última para no avalar la tortura. Jakobs junta dos cosas que no se pueden juntar, junta la deshumanización y el derecho, por eso está equivocado, retoma la peor tradición de Alemania*(35)). Se saca a la mujer de allí, entonces, para que haga “algo útil”: criar a sus hijos, cuidar a sus padres, o a los enfermos, a los discapacitados de la sociedad, se las “excluye” (libera) de la cárcel sólo en tanto mujeres-madres que cuidan. La mujer se ocupa de los segregados. Ellas se ocupan de todo lo que las sociedades desechan: enfermos, menores, discapacitados. Una mujer que no es “madre” no obtendrá, pues, “la libertad” (no es mujer); la salida tiene su precio: aceptar el ser mujer. De este modo, el derecho penal ejerce sobre las mujeres un fuerte poder simbólico categórico. Construye un mandato sobre la mujer. Brinda un mensaje. Establece criterios (no es liberal). El mensaje categórico es: si quedas embarazada puedes obtener tu “libertad”. La libertad queda ligada al embarazo. Este es el estereotipo -implícito- de esta ley: la

única mujer “libre” es la mujer “madre” que cuida en su casa. Mackinnon iría más allá y diría: sólo serás “libre” si dejas que estos hombres te violen (36). Si respetas el destino que te tienen pautado (el destino de madre/embarazada), podés regresar a casa. Que en esta lectura es tu cárcel. Que veas esto como “derecho” es la gran victoria del no-feminismo. No del feminismo, que apunta a generar conciencia en la mujer, a hacer visible.

Repitamos, pues, la frase de Rosa del Olmo: “históricamente, se observa un manejo en apariencia *más condescendiente, más informal*, que

(36) Debe profundizarse el sentido político-económico de la “prisión domiciliaria”: HOLLANDER, Nancy, en “La mujer, esclava de la historia o historia de la esclava”, dice que “la familia nuclear y patriarcal es la clave misma de la opresión económica de la mujer, ya que permite que el capitalista, al pagar el trabajo de un solo obrero obtenga, en realidad, el trabajo de dos” (la mujer y el hombre, o, mejor dicho, el hombre y “su” mujer) “Esto se debe -como dice Hollander- a que la mujer realiza en el hogar una tarea socialmente necesaria, produciendo con su trabajo invisible bienes y servicios sin los cuales no podría existir -dice Hollander- el sistema capitalista. Si la mujer no realizara este trabajo no remunerado, la clase capitalista debería encontrar una forma alternativa que permitiera la reproducción y el mantenimiento de la fuerza de trabajo, sólo que esta forma alternativa ya no sería gratis”. Por eso es dable repensar las ventajas de la “prisión domiciliaria” de la mujer, y a quién se beneficia, en realidad, cuando se la otorga: ¿se beneficia realmente a la mujer, que a partir de ahora debe cocinarse y proveerse a ella y a su hijo o persona discapacitada “a su cargo” de todo aquello que en la cárcel recibía gratis? O se beneficia al marido, con quien tuvo un hijo o más, para el cual, como dice Hollander, trabaja gratis? “En la sociedad capitalista, a pesar de que las tareas que la mujer realiza en el hogar son socialmente necesarias, su trabajo es menospreciado. Al no obtener dinero a cambio, el trabajo doméstico es considerado al margen de la economía, ni siquiera es considerado realmente un trabajo”. En este sentido -crítico- es que deben analizarse o repensarse los beneficios de la “prisión domiciliaria” de la mujer. Como una contribución más a la “familia”. Que dirige el padre. (HOLLANDER, Nancy. La mujer, ¿esclava de la historia o historia de la esclava? Buenos Aires. Ed. Pléyade. 1988. pp. 14-17). Si la actividad de las mujeres se limita al trabajo hogareño, entonces dependen totalmente de sus maridos en lo que hace al bienestar económico y social. Como dice Nancy Hollander, es su marido el que asegura sus medios de vida, pero para ello deberá identificarse de tal forma con él que perderá toda posibilidad de autodefinición. “Irónicamente, las mujeres han aprendido que esta condición opresiva es un privilegio, algo que deben tratar de alcanzar. Lo cierto es que desde niñas se les enseña que su objetivo principal en la vida es llegar a ser una esposa y que una mujer sin marido es, de algún modo, un ser humano incompleto” (HOLLANDER, N. Ob. cit. p. 28).

(35) JAKOBS, Günther. Norm, Person, Gesellschaft. Duncker & Humblot; Auflage 2 1999.

conduce a resolver la conducta delictiva femenina en el seno familiar, frecuentemente con la ayuda de la psiquiatría, *porque la mujer que delinque es percibida como anormal*. De ahí que sólo en casos extremos se recurriera a la prisión...". Esto, que menciona Rosa del Olmo, es exactamente lo mismo, como dijimos antes, que pasa con la ley de ejecución penal argentina. Las voces más críticas de esta nueva ley -en el momento en que el proyecto era debatido- sugirieron que las mujeres "dejarían que las violaran" (es decir, que las sometan sexualmente, para poder salir, para obtener "la ansiada libertad", prisión domiciliaria). De este modo, se consagran justamente (como dice Mackinnon, no es una casualidad), los intereses (sexuales) del hombre. Este es el punto final de la crítica, es lo que denuncia Mackinnon como base de todo orden social: la subordinación sexual femenina. Se consagra la expropiación que denuncia Mackinnon como base de la constitución del género y del Estado. De este modo la "definición" de Mackinnon de "expropiación sexual" de los hombres -sobre las mujeres- deja de parecer exagerada. Es la base del Estado y del Orden social y político. Pareciera que la ley penal misma consagra en nombre de una reivindicación esa "expropiación" (sexual, que menciona Mackinnon). La mujer, sólo si es "violada" (sólo si tiene o tuvo sexo con un hombre, no importa quién) será, en el marco de esta ley, "libre". Sólo así "obtendrá" la libertad (o la prisión domiciliaria). Sólo si se deja "apropiar" (sólo si deja apropiarse su cuerpo) por un hombre, sexualmente, heterosexualmente, podrá "salir de la cárcel" a través de su hijo. Pero no será libre si no lo hace. Sólo será "libre" la mujer embarazada, que asume el embarazo. Que tiene el hijo. No las demás. Las "rebeldes". Las "mujeres no mujeres" (esas mujeres encerradas son más "libres" que las otras, esto es lo que cuesta ver, esas mujeres levantan la dignidad de las otras).

Más importante que lo que se dice -en la ley- es lo que no se dice. Y lo que no se dice en esta ley es que la decisión que se le impone a las mujeres, es la de limitarse, o no, al ámbito de la familia: una mujer "independiente" seguirá, pues, en la cárcel, encerrada, éste es su castigo, no el delito, sino la *desobediencia*: el mensaje es claro. "Limitándola al dominio de la familia -espacio definido por el Estado para su control- se reproduce la dependencia femenina en la sociedad, sin que los agentes de control del Estado interfieran directamente. Su control recae, de este modo, en el hombre-marido,

como jefe de la familia" (Rosa del Olmo). Lo notable es que esto ha sido presentado como una reivindicación de sus derechos. Como un avance para la mujer. Es un avance que es un retroceso.

Vimos al comienzo, con el feminismo (radical) de Mackinnon cómo la autora -esencialista de género- cree que todas las mujeres comparten un rol subordinado. Esto trasciende las fronteras geográficas y culturales, también las económicas. Por eso su feminismo es esencialista. Ya que todas las culturas, en mayor o menor medida, sostiene Mackinnon, descansan en el abuso de la mujer. Vimos también que Mackinnon sitúa el eje de su planteo, no en cualquier parte, sino en la "expropiación sexual" (que reproduce la pornografía, celebrada en público y en privado). Con la crítica a esta ley penal vemos cómo los dos extremos, en apariencia dispersos, o alejados, se juntan: la expropiación sexual (que ejercen los hombres) se vincula, pues, a todas las esferas de la vida de la mujer, y no sólo a lo sexual: el metamensaje de esta ley penal argentina (en apariencia reivindicatoria de las mujeres) es que la mujer que "quiera su libertad" deberá tener relaciones sexuales (heterosexuales) con un hombre, y tener un hijo "a su cargo". O tener un "incapaz" que cuidar. La ley está, pues, sexualizada (37) (como dice Frances Olsen). La ley esclaviza. No le otorga a la mujer un derecho, sino que subordina su situación al rol de "mujer" en la sociedad. Le niega un derecho. El problema es que muchas mujeres ven esto como "lo natural" (no lo ven como una imposición de la sociedad y el Derecho) por eso -y sólo por eso- se puede hablar de "beneficio". Porque ven como natural lo que la sociedad les impone. Lo internalizan (por eso se cuestiona el feminismo de la diferencia de Gilligan). Si no vieran la maternidad como algo "natural" (de todos modos "inevitable", "soy mujer") no verían el beneficio de la prisión domiciliaria como un beneficio exclusivo. Pero esto no lo dice el Derecho. Esto es lo que calla.

El sexo, como diría Mackinnon, es el vértice de todo orden social, a tal punto de que de él depende, en este caso, que la mujer "sea libre". Que se

(37) GORE VIDAL, el escritor norteamericano, en su libro "Sexualmente hablando. Artículos escogidos sobre sexo" tiene un artículo especial titulado "El sexo es política". Madrid. Ed. Mondadori. 1998. Véase GRAZIOSI, Marina. "Infirmas sexus. La mujer en el imaginario penal", en Identidad femenina y discurso jurídico. Buenos Aires. Editorial Biblos (Alicia Ruiz, comp.), p. 142 y ss.

libere. “Por otra parte, dice Rosa del Olmo, hasta hace muy poco las estadísticas delictivas oficiales corroboraban esta situación. Más de un criminólogo afirmarían, en reuniones internacionales, que en su país la mujer sólo representa a el 1 por ciento de la población carcelaria y que, por lo tanto, la mujer no delinque” (38), es por eso que, “en nuestro contexto, lo predominante no es la liberación femenina, ni el acceso a oportunidades económicas, tampoco la familia nuclear, sino la familia matricentrada...” Esa es la familia que sigue preservando el Derecho.

Otro rasgo a tener en cuenta, aunque sea sólo de modo incidental, es éste: cuando los varones caen presos, las mujeres los visitan, los esperan, los acompañan (39). No sucede lo mismo con las mujeres: las mujeres, apresadas, se ven solas: sus maridos las abandonan. Las dejan solas. Otra razón (de peso) si se quiere, para que la mujer “quiera evitar” la cárcel a cualquier costo, y ese costo incluye, como dije, que le expropian (sexualmente) su cuerpo. La mujer quiere conservar su familia. La mujer que va presa inversamente pierde a su familia (que en esta lectura es todo lo que tiene). La mujer se entrega al hombre para no sentirse sola. En la definición del feminismo esto implica que la mujer (que quiera adaptarse a las ventajas de la ley) debe dejar que los varones usen y abusen de su cuerpo. Una vez más. Debe dejarse violar. Tolerar el abuso como un “medio”. La historia del feminismo es la historia de visibilizar estos abusos.

En la Unidad 3 (cárcel de mujeres de Ezeiza) existe un muro -las salas de “visitas” de las cárceles de mujeres están siempre vacías- que dice “marido” porque es un “mar-ido”. Que se fue. Que no viene. La mujer padece una soledad extrema. La mujer encarcelada no sirve como recurso en ningún sentido. Ni para el marido, que la abandona, ni para la sociedad, que la requiere (si no la desoye) como fuerza de trabajo para “cuidar” menores, ancianos, enfermos, discapacitados (la ética que Gilligan convierte en “derecho”, en “identidad”, la visión de la mujer-esclava, de la mujer madre,

(38) DEL OLMO, Rosa. “Droga y criminalización de la mujer”, en Revista Nueva Sociedad, Ser mujer en América Latina. N° 93, Enero- Febrero, Caracas, 1988, pp. 156-167.

(39) Hay casos recientes de mujeres asesinadas en la visita a sus maridos presos, mujeres asesinadas en las “visitas íntimas”.

que cuestiona no sólo Mackinnon, sino todo el arco del feminismo con Badinter a la cabeza). Y la cárcel -y estas leyes- acentúan las opciones: si la mujer quiere “libertad” (o prisión domiciliaria) -con el agravante de que eso implica, también, “no perder al marido”, conservarlo- la mujer deberá someterse, estrictamente, a los dictados de la ley. Así formará una “familia” (control, según Rosa del Olmo). Y la ley está hecha por los hombres. Para los (intereses sexuales de los) hombres. Ese es el lenguaje que habla la ley (Olsen). Y los dictados de la ley, como vimos, son claros: si no querés quedar encerrada (y en consecuencia, perder a tu marido) tenés que tener un “hijo menor de cinco años a tu cargo” (es decir que debés quedar embarazada para volver a “casa”), o, en su caso, “tener una persona discapacitada a tu cargo”. Este no puede ser el lenguaje del Derecho. El discapacitado puede ser también tu marido. Estas son las opciones que te da la ley (penal argentina) para que no te quedes sola. Y lo curioso es que esto se plantea como una “reivindicación” femenina. Como un derecho. Como una reivindicación de los derechos humanos de la mujer argentina. Pero está claro que no lo es (40). El precio de esos “beneficios” son la subordinación continua de la mujer al rol que la sociedad impone y al ámbito férreo en que la sociedad la subordina: la casa. El mundo privado-doméstico. Donde el derecho rara vez entra. Por eso la confina allí; porque como dijo Andrea Dworkin en su lúcido discurso en la Universidad de Duke (1985) ése es el ámbito del hombre. Por eso Dworkin se opone a que la mujer reivindique a su vez la privacidad como un “derecho”. Porque la privacidad (y la casa) ha sido en la historia todo lo contrario de un derecho para la mujer. La privacidad ha sido su prisión.

(40) La mujer sigue siendo, en este esquema, como diría Mackinnon, una esclava sexual. Con esto no quiero desacreditar, tampoco, los innumerables esfuerzos de Marcela Rodríguez para lograr “aventajar” -en el sentido de igualar- a las mujeres. Lo que digo, simplemente, es que esto, que se plantea como una gran ventaja, no lo es. Y no lo es por varias razones: la mujer sigue estando vigilada, y traslada esa vigilancia al interior de sus hogares. Pierde, de ese modo, toda intimidad. La vigilancia se perpetúa. Coincido con Pavarini, además, que admitir que la cárcel no funciona es admitir que la cárcel no funciona para nadie. No para algunos sí y para otros no. Legitimar la prisión domiciliaria, en algunos casos, es no legitimarla en otros. Y con esto tampoco estoy de acuerdo. (Sobre la pena privativa de la libertad véase PAVARINI, Massimo. Un arte abyecto. Buenos Aires. Ed. Ad. Hoc. 2007).

III. Estado, violencia y criminalización

Respecto de la criminalización de la violencia sexual, Tamar Pitch (41) entiende que la “criminalización simplifica” (el problema), pero también “exagera y dramatiza el conflicto” (entre hombres y mujeres). “Para que un problema pueda ser criminalizado debe ser definido precisa y rígidamente. La “violencia sexual” es “esto” y no otra cosa: es lo que el derecho dice que es. La criminalización selecciona una situación dentro de un arco (inmenso) de situaciones y eventos contiguos; la construye como una relación entre dos sujetos: las víctimas y los culpables, y define los criterios para la identificación de unos y otros, es decir, construye rígidamente” dice Pitch, en *Responsabilidades limitadas, actores, conflicto y justicia penal* (p. 137). ¿Y esto por qué? ¿Qué significa? Dice Pitch que existe otro aspecto importante en la “solución penal” que debe ser reconocido: la criminalización refuerza la individualización de la atribución de responsabilidad. “La responsabilidad penal es personal, criminalizar un problema significa imputarlo a individuos claramente identificables, con la consecuencia de que sólo éstos se volverán responsables del problema. El contexto social, político y cultural en el cual el problema ocurre y es percibido, tiende a desaparecer en el trasfondo”.

Esta crítica de Tamar Pitch (a la forma en que se criminaliza/simplifica y descontextualiza la violencia, no solo sexual) se acerca a los argumentos de Mackinnon, referidos, concretamente, al Derecho de Daños. Mackinnon repite -como repite Pitch- que la “individualización” (de la norma masculina) tiende a enmascarar la violencia (colectiva), es decir, que esa responsabilidad (colectiva) -de los varones- tiende a desaparecer detrás de la personificación. Se desvanece el problema. Se construyen pequeñas culpas. Este es el nivel en el que se maneja el derecho: el nivel de la culpa. No el nivel del fenómeno. Siempre se condenan, pues, individuos aislados: no se enfoca nunca el problema (la “conducta”): no se habla nunca de cómo un grupo subordina al otro. Esto el derecho no lo ve. No lo juzga. No juzga estructuras. No le importa. No analiza nunca (no llega nunca a ver) la subordinación de la mujer como base del orden

(41) PITCH, Tamar. *Responsabilidades Limitadas. Actores, conflictos y justicia penal*. Buenos Aires. Editorial Ad Hoc. 2003, pp. 136-151.

de la sociedad. “El proceso de criminalización universaliza el problema y privatiza sus causas” (dice Pitch, pero también lo descontextualiza). La criminalización, mientras legitima el problema como de interés universal, individualiza la responsabilidad por él: libera a las estructuras sociales (42), el derecho hace recaer siempre la responsabilidad sobre los individuos (43).

La simplificación “cognitiva” del problema (de la violencia sexual) (a través del proceso) implica también una “reducción política”. La criminalización implica la reducción de un asunto de política social, económica, médica, a un asunto de justicia penal. Ninguna crítica certera puede partir, así, a través del derecho. Por eso el feminismo necesita conectarse con otras disciplinas sociales: el feminismo se conecta con la filosofía, la sociología, la antropología, la literatura, la Historia (44). Por eso Mackinnon escribe una Teoría feminista del Estado. Porque ésa y no otra es la estricta dimensión que tiene el problema. Des-subordinar a la mujer es renovar todo el derecho. Es renovar el Estado. Es renovar la Teoría (alejada de la práctica)(45).

Las críticas a la criminalización de la violencia sexual (criminalización como simplificación, que hace Tamar Pitch) deben ser leídas -o pueden ser leídas- a partir de esta frase de Elana Larrauri; como dice Larrauri (en *La criminalización de un problema social, Criminología crítica y violencia*

(42) Véase también las teorías de la reacción social y del etiquetamiento, esto, que los penalistas usan para ver cómo una persona “internaliza” la forma -en general, despectiva- en que las demás la perciben (loco, delincuente, anormal, desviado, loco) equivale, también, para los roles de género, con esto quiero decir que las mujeres internalizan -y muchas veces, defienden- los valores del hombre.

(43) Por otra parte, dice T. Pitch, la identidad colectiva, construida a través de un proceso de criminalización, tiene un rostro doble, ambivalente: por un lado las mujeres que exigen “autodeterminación”, por el otro, las demandas, legítimas, de que el derecho las proteja de los daños y de los abusos.

(44) Véase la Enciclopedia de la Universidad de Stanford (voz: feminismo y pragmatismo). COPELON, Rhonda. “Intimate Terror: Understanding Domestic Violence as Torture”, en *Human Rights of Women*, University of Pennsylvania Press. 1994. RODRIGUEZ, Marcela, “Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual”, en *Las Trampas del Poder Punitivo*. Buenos Aires. Editorial Biblos. 2000, pp. 160-172.

(45) No casualmente el feminismo en EE.UU. tiene una historia vinculada a la filosofía del pragmatismo.

de género), lo que el feminismo muchas veces logra “más que dar poder a las mujeres es (ella dice que se ha producido) una sustitución del poder del marido por el del Estado”. Esto es lo que produce la criminalización. El Estado sigue siendo, siempre, un Estado Paterno, un Estado que viene a legitimar, de maneras diversas, *la subordinación* de la mujer (ley 26.472). La primera conclusión, es que el populismo punitivo no beneficia a las mujeres. Al contrario, las perjudica. Simplifica el problema. Por eso el feminismo va más allá del derecho penal, y se erige, como pretende Mackinnon, y reconoce el mismo Owen Fiss, en una auténtica teoría crítica del derecho, y en una auténtica Teoría del Estado. Por eso el feminismo necesita trascender al derecho. Necesita constituir una teoría del Estado (46). Para eso debe desnudar al Estado. Debe dejar en evidencia el lenguaje que utilizan sus normas.

IV. La igualdad del hombre y de la mujer. El esbozo de una nueva igualdad diferente

“En la esfera privada hay de hecho desigualdades entre las personas, diferencias, de riqueza, de religión, etc., pero tales diferencias quedan relegadas estrictamente a este ámbito; sólo son relevantes privadamente, a lo sumo, para los individuos concretos que entran en una relación privada particular. Tal es el tenor del relato político (moderno)”, según nos dice, en *Fruta prohibida*, Juan Ramón Capella, (...) “lo privado es -en este discurso- apolítico” (47). Quise empezar este apartado con esta frase, porque muestra, de manera clara, según entiendo, este largo proceso “de formalización” del sujeto, que queda, así, despojado de todas sus particularidades reales, concretas; y sólo a través de este camino (de despojamiento discursivo) se podrá, después, hablar de un sujeto universal (o universalizable) al estilo de Kant, o de Descartes. En el texto “*La construcción jurídica política de la modernidad*”, el autor nos dice -unas páginas después- que “Aunque todos los seres humanos son diferentes, todos los ciudadanos son (en el relato político) *iguales*. El primer paso para formalizar esta igualdad consiste en hacer

(46) MACKINNON, C. *Toward a Feminist Theory of the State*. Princeton. C. 2000.

(47) CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida*. Buenos Aires. Ed. Losada. 2005.

abstracción de sus características reales, *en quitárselas*” (p. 113, *Fruta Prohibida*) (48).

La “igualdad”, entonces, proviene de un despojo, de un despojamiento (49) (en la base de toda igualdad jurídica hay una abstracción, que redundo, como dice Capella, en un despojo, una privación, la igualdad siempre requiere, como vimos, un *patrón normativo*(50)) por lo que difícilmente podrá apelarse a esa misma “igualdad” (formal, típica del liberalismo) para reconocer situaciones de inequidad, marginación o de abuso (quedan invisibles) desigualdad social, jurídica, o política. La igualdad es desigual. La igualdad es entre iguales. La igualdad del derecho es una tautología. La mujer no puede ser “igual” al hombre porque la “igualdad” está definida solamente por hombres para ver hombres. Pero no a la mujer. No está pensada para igualar a las mujeres. Sólo los hombres son “iguales” (libres e iguales). Sólo los hombres son personas. Como recuerda Mackinnon, las mujeres no son personas. Son bastante menos que eso. La igualdad es, como operación intelectual, la forma en que la modernidad (y el liberalismo jurídico) consagran la desigualdad (51). Por eso es interesante el debate planteado por los CLS: si esto es así ¿Qué alternativas (reales) puede plantearle, a los grupos segregados, el derecho (que consagra la desigualdad mientras habla de la igualdad)?, ¿Que alternativas puede plantearle el derecho a la mujer? Tal vez muy pocas (el mismo Capella reconoce -en *Fruta Prohibida*- que esos derechos

(48) Esto es lo que favorece al hombre: favorece al hombre relegar la desigualdad al ámbito doméstico: a la familia. Ocultar la opresión. Disimular el sometimiento. Convertir el sometimiento público en sometimiento privado. Véase también: DIBLER, Ariela R. “Immoral Purposes: Marriage and the Genus of Illicit Sex”. En *The Yale Law Journal*, Vol. 115. January 2006. Number 4. Articles. pp. 756- 812. Y Higgins, Tracy E. “Democracy and Feminism” en *Harvard Law Review*. Volume 110. June 1997. Number 8. pp. 1657-1701.

(49) Véase BODELON, Encarna. “La igualdad y el movimiento de mujeres: Propuesta y metodología para el estudio del género”. En: *Working Papers* 148, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona. 1998.

(50) Como vimos, por ejemplo, en el caso de Protocolo de Asignación de Sexos ese patrón es el hombre. Todo lo que no es hombre, es mujer. La norma es la masculinidad. Todo lo que no encaja en ese molde, es “mujer”. La mujer se define por oposición: por no ser un hombre.

(51) Esta es la diferencia entre el idealismo legal y la práctica de todo derecho. De esta crítica al lugar -y al lenguaje- del idealismo en la filosofía se ocupa Bakunin en su texto *Dios y el Estado*.

políticos, así reconocidos, carecen de contenido, están *vaciados*... son derechos vacíos, los derechos de la mujer son derechos vacíos, como los propios “derechos” que analizamos aquí, en la ley penal). Más aún, dentro de la lógica del capitalismo (o si se quiere, del progreso burgués, que acompañó, como dice Hobsbawm, a la Revolución Francesa y sus derechos universales del hombre y el ciudadano y a la constitución del Estado) esos derechos -políticos- están al solo efecto de reconocer “una voz” (una sola voz) al titular de un patrimonio (“dotar a cualquier mercancía de una voz y sólo una que hable por ella...”, las personas son, como dice el autor, “primariamente voces de mercancías”). El problema de la mujer es que es ella misma (sin mercancías), es ella misma una mercancía sin voz. Un objeto que lucha por ser escuchado.

V. El esencialismo de género, camino de la igualdad material

El 40 % de las mujeres en América Latina son víctimas de violencia física, mientras que en algunos países hasta el 60% sufre violencia emocional, según se desprende de un estudio de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) presentado el 24 de noviembre de 2009 (Día Internacional contra la Violencia de Género) en Guatemala. El informe “*¿Ni una más! Del dicho al hecho: ¿cuánto falta por recorrer?*” señala que las formas de violencia son muchas: maltrato de la pareja, feminicidio, violencia contra menores de edad, acoso y violencia sexual, trata, violencia institucional, y la violencia discriminatoria contra mujeres migrantes, indígenas y afrodescendientes, entre otras.

Según el estudio de la CEPAL la violencia física sufrida por las mujeres va desde golpes hasta agresiones severas con amenazas de muerte, acompañada por una fuerte violencia psicológica, y, muchas veces, también sexual. Un 45 % declara haber recibido amenazas de sus parejas, y entre el 5 y el 11% de las mujeres reconoce haber sido víctima de violencia sexual (52). Estos números son apenas representativos. Simbólicos de una realidad aún más compleja.

Nancy Hollander, en “*La mujer, ¿esclava de la historia o historia de la esclava?*” (Buenos Aires,

(52) “*¿Ni una más! Del dicho al hecho: ¿cuánto falta por recorrer?*” CEPAL. 2009.

Ed. Pléyade, 1988) dice que “la mayoría de los varones y las mujeres han crecido rodeados por mitos que afirman que la mujer norteamericana ha alcanzado la igualdad con el varón. En realidad, por el solo hecho de haber nacido mujer, más de la mitad de la población es canalizada automáticamente hacia funciones sociales, económicas y políticas inferiores, en razón de un supuesto ideológico que ha definido que la “misión” natural de la mujer es la de ser una buena esposa, y una buena madre” (Hollander, N. *ob. cit.* p. 26). Esto, según Hollander, “limita el control que podrían y deberían ejercer (las mujeres) sobre sus propias vidas”. Sobre sus cuerpos.

“La Historia nos muestra que los hombres siempre han ejercido todos los poderes concretos; desde los primeros tiempos del patriarcado, han juzgado útil mantener a la mujer en un estado de dependencia; sus códigos se han establecido contra ella; y de ese modo la mujer se ha constituido concretamente como lo Otro. Esta condición servía a los intereses económicos de los varones; pero también convenía a sus pretensiones ontológicas y morales. Desde que el sujeto busca afirmarse, lo Otro que lo limita y lo niega le es, no obstante, necesario, pues no se alcanza sino a través de esa realidad que no es él. Por ese motivo, la vida del hombre no es jamás plenitud y reposo, es carencia y movimiento, lucha” sostiene Simone de Beauvoir, en *El Segundo sexo* (53).

Cuestionamos los postulados de la ley ejecución penal (sus postulados son los propios del feminismo cultural o feminismo de la diferencia, representado en Estados Unidos por la Prof. Carol Gilligan, cuya noción de “ética del cuidado” supone, según Mackinnon, una sustancialización equivocada de la mujer (54)). La crítica de los postulados teóricos la extendimos a una crítica puntual de los incisos que se presentan como nuevos derechos. En este sentido debe releerse la frase de Simone de Beauvoir: todos los códigos (todos los Estados) del hombre se han establecido -dice Beauvoir- *contra* nosotras, *contra* las mujeres. Esta

(53) DE BEAUVOIR, Simone, *El Segundo sexo*. Buenos Aires. Ed. Sudamericana. 1998.

(54) Mackinnon sostiene que se trata de una “sustancialización equivocada” porque ella -su feminismo- también sostiene una sustancialización, aunque muy diferente, de la mujer. Mackinnon también sostiene un esencialismo de género.

sería una primera aproximación al feminismo: explicar el Estado (la ficción misma de un contrato social, o la declaración universal de los derechos del *hombre*) a la luz de un solo factor: la subordinación, la expropiación, la violación (rutinaria, y sistemática y en tanto tal, invisible) sobre la mujer. Su exclusión política no se ve. Su expulsión de la vida política “natural” fue siempre de la mano de su “dominio” en la vida privada, de su “encierro” doméstico. Sin voz. Su vida doméstica. O lo que es igual, su vida confinada. Su “confinamiento”. Que las mujeres tengan una existencia privada y doméstica quiere decir que las mujeres son objetos (privados) del hombre. Sus “cosas” entre cosas: como los menores que cuidan. En ese terreno el hombre impone su ley. La mujer -la familia- es su patrimonio. Su posesión. Su “mujer”. Sus “hijos”. La mujer padece por el solo hecho de haber nacido mujer. El ser mujer tiene una carga -presentada como natural- cuando es una construcción social, jurídica y política: el género tiene un peso invisible que es lo que el feminismo denuncia: vuelve visible. Por eso la expresión “violencia de género” tiene pleno sentido crítico (aunque algunas autoras, como la propia Badinter, lo cuestionen) (55).

Judith Butler, en *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, (Paperback, EE.UU., 2002) afirma que “El género no debería ser concebido meramente como la inscripción cultural del significado sobre un sexo dado (una concepción jurídica), el género debe también designar el mismo aparato de producción mediante el cual los mismos sexos son establecidos”. El sexo (y el género), el cuerpo (y la identidad), se construyen. No están dados. Esto afecta a los que quedan adentro tanto (o más) que a los que quedan afuera. La mujer queda definida. Tiene un campo de acción para su identidad. De este modo, asumir el estereotipo (Gilligan) es lo que impide que la mujer (que es “mujer”, que quiere “ser mujer”) sea libre. Se vea (Mackinnon). Por eso Mackinnon denuncia la “sustancialización equivocada”. Porque la mujer no debe afirmar como propio lo que el hombre le endilga o ha hecho con ella. Su rol subordinado de “madre”. Esto es lo que la mujer que quiere ser

libre combate. Es una paradoja que para ser “libre” (de la cárcel) lo tenga que afirmar.

Claude Lévi-Strauss, en su libro sobre *Las estructuras elementales del parentesco*, opina que el matrimonio es una forma de *prestación total*. La mujer no es sólo una compañera de cama, sino que es un trabajador, una fuerza productiva. La metáfora de Lévi-Strauss puede ser de gran utilidad para el feminismo y los estudios de género: ver al matrimonio como una institución de “prestación total” (de las mujeres). Como se sabe, muchas de sus actividades no son pagas. El empleo doméstico, de hecho, como empleo informal -o no remunerado- revela que es un problema de género: el ámbito doméstico se concibe como el ámbito propicio de la mujer. La “ama” de casa. Por eso el derecho no quiere a la mujer en la cárcel. La quiere en la casa trabajando. En este sentido se puede hablar de una “prestación total”. La mujer ha sido siempre -en todos los campos- el sujeto pasivo de esta prestación. El objeto.

“El feminismo comienza por la sencilla observación de que las mujeres son personas. Luego avanza sobre la más compleja observación de que se les ha negado, para su desventaja, tan simple reconocimiento” (56). Esta es la clave del feminismo. La mujer no es hoy (ni fue nunca) tratada como verdadera persona. Es muchas culturas se la trata como bastante menos que eso. Son amas de casa, mucamas, putas, esclavas. “Esposas” (57). Por eso no cobra lo mismo que los varones, por eso no tiene los mismos derechos, ni los mismos cargos políticos, o empresariales, que los varones: la mujer tiene una existencia marginada, secundaria, el que vive, realmente, es su marido. El que vive es el hombre. No la mujer. Al que ella debe dedicar, como recuerda Anne Koedt (en *La liberación de la mujer*, año cero) sus “mejores esfuerzos” (58). Detrás de todo gran hombre hay una gran mujer: pero sólo detrás del hombre.

La igualdad en la modernidad era, como se sabe, un parámetro abstracto. Esto quiere decir que detrás de la consigna “todas las personas son

(56) MACKINNON, Catherine. Ob. cit. 1987.

(57) La palabra “esposa”, viene de estar “esposado”, esposado a algo. Atado a algo.

(58) Alfonsina Storni (Bocetos femeninos, 1921) dirá (con ironía) que la mujer “esposa” debe resignar su propia personalidad para engrandecer, o favorecer, la personalidad de su marido.

(55) VELAZQUEZ, Susana. Violencias cotidianas, violencia de género. Escuchar. Comprender y ayudar. Buenos Aires. Ed. Paidós. 2003. Violación sexual, entre el mito y la experiencia. p. 84 y ss. Véase también el Cap. 6 ¿Violencia sexual en la pareja?

libres e iguales” (cuando no lo son) se esconde un patrón falsamente universalizable: el hombre. El hombre es “la persona” abstracta del derecho. Todo lo que no se sujete a ese patrón (del hombre) abstracto -y esto vale tanto para las mujeres como para los hombres de color, o los indios, es decir, como dice Martha Nussbaum, para todo aquel que no sea un prototípico exitoso (y joven) hombre blanco universitario, etc.- no serán “personas”. Porque no son hombres. El desafío es llegar a ser hombre. Ese es el desafío que hay que cruzar para llegar a tener Derechos. Llegar a ser hombre. No mujer. No indio. No inmigrante ilegal. No “menor”. No “discapacitado”. Sino hombre. También la mujer debe llegar a ser hombre. Los indios, para los colonizadores, de hecho, no eran personas. No eran humanos. Y es por esa misma razón que no tuvieron reparos en masacrarlos. No era “pecado”. No tuvieron derechos. Había que transformarlos. Había que “convertirlos”. Había que “liberarlos”. Con las mujeres sucede lo mismo: cuando a la mujer se le niegan derechos, o se le discute su capacidad para votar o disponer de un patrimonio (libremente), no se ve eso como una verdadera negación o privación de derechos (al contrario, muchas veces se llega a decir que eso configura un favor que se le hace a las mujeres, dada su “incapacidad...” o “irracionalidad”, se hace por su bien (59)) y esto encierra el hecho de que simplemente no se ve -o no se veía- a las mujeres como personas, con la misma dignidad que los hombres (60). Por eso no se la castiga de la misma

(59) Esto es lo mismo que en nuestro ordenamiento jurídico sucede con las personas incapaces (por insania): se les designa un curador provisorio (y luego del juicio que las declara “incapaces”, uno definitivo) que excluye su voluntad, las representa (en todos los órdenes de la vida) por su “propio bien”. De este modo la persona “insana” jamás es escuchada. Porque el insano es una persona incapaz (muchas veces se presume que está loco, por eso no se lo escucha, luego se lo declara “demente”, nunca es escuchado, no tiene defensa). Incapaz de dirigirse a sí mismo. Se le niega la posibilidad de hacerlo. La teoría de la incapacidad, que existe en el Código Civil Argentino, de todos modos, está en franca violación de la Convención sobre las personas con discapacidad, de Naciones Unidas (2006), que excluye ese paradigma (tutelar) por un nuevo modelo social de la discapacidad. La Argentina ratificó (en 2008) este tratado, con lo cual está obligada a reformar el Código Civil para excluir la incapacidad por insania. Este cambio de paradigma (sobre el sujeto) comenzó a manifestarse en Argentina con la nueva ley de salud mental.

(60) FACCHI, Alessandra. “El pensamiento feminista sobre el derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove

manera. El castigo en ella es “más informal” como dice Rosa del Olmo. Menos estricto. Menos riguroso. Eso es así porque su castigo es diferente. Es otro. Responde a una lógica totalmente diferente del castigo del hombre. Su castigo se maneja por otros canales.

Desde que Aristóteles dijo en su *Política* que la mujer -como los hombres negros- eran “esclavos por naturaleza” (algo que con descaro “confirmó” científicamente la psiquiatría norteamericana siglos después, en plena emancipación (61)) que eso se hacía por su propio “bien”, la mujer fue invisible. Precisamente por eso es indispensable antes de pensar el derecho penal actual, hacer un breve repaso sobre el significado de la “igualdad” entre los varones y las mujeres. Qué rol ha jugado el derecho en la definición de esa “igualdad” presunta.

VI. El derecho como concepto masculino (62)

“Over the last thirty years, the lives of women, newly visible as such, cast a bright critical light on laws constructed by men. Women’s insistence that law respond to them, too, has exposed the sex of those the law empowers as male, in the main, and the gender of laws, even the law itself, as masculine” (Mackinnon, *Women’s lives, men’s laws*).

Sostiene Frances Olsen, que comúnmente se identifica el derecho con los lados “jerárquicamente superiores y masculinos de los dualismos” (pensamiento/sentimiento, abstracto/singular,

Stang Dahl”, en Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires. Año 3. Número 6. Ed. UBA. 2005. pp. 27-49. Véase MACKINNON, Catherine A., “Feminismo, marxismo, método y Estado: hacia una teoría del derecho feminista”, en *Crítica Jurídica. Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2006, pp. 185-191. COPELON, Rhonda. Terror íntimo: violencia doméstica entendida como tortura, en *Derechos Humanos de la Mujer, perspectivas nacionales e internacionales* (editora Rebecca Cook), Profamilia, Bogotá, 1997, pp. 110-144. Véase DI CORLETO, Julieta. “Mujeres que matan: la legítima defensa contra las mujeres golpeadas”, publicado en www.pensamientopenal.com.ar.

(61) ZAFFARONI, E. R. La palabra de los muertos. Ed. Ediar. Buenos Aires. 2011.

(62) Véase FACIO, Alda. “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, en *Género y Derecho*, Colección Contraseña, Editorial Lom, Santiago de Chile, 1999, pp. 99-108.

racional/irracional, activo/pasivo). Aunque la justicia sea representada como una mujer, según la ideología dominante el derecho es masculino y no femenino. Se supone que el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal, tal como los hombres se consideran a sí mismos. Por el contrario, se supone que el derecho no es irracional, subjetivo o personalizado, tal como los hombres consideran que son las mujeres” (63). Y esto, ¿Por qué? Porque las prácticas sociales, políticas e intelectuales que constituyen el derecho fueron, durante muchos años, llevadas a cabo casi exclusivamente por hombres. Mackinnon coincide con esta idea de que el derecho es “masculino” (de que refleja los intereses, visiones, prejuicios y valores del hombre, por la misma razón las mujeres no tienen “historia”, porque nunca tuvieron palabra (64) y que el dominio se ejerce, también, de modo masculino. Y esto, ¿a qué se debe? Se debe a que el derecho refuerza más las distribuciones de poder existentes en la sociedad. Pareciera que así, al menos, no hay “cambio” posible a través del derecho. En este sentido es “radical” el feminismo de Mackinnon: en tanto advierte que en la medida en que las mujeres se limiten a pedir “igualdad de derechos” o “igualdad de oportunidades”, estarían limitando su lucha al campo judicial y al *lobby* de los organismos, y con esto le otorgan aprobación tácita al orden social existente y abandonan la batalla por lograr más desafíos y cambios radicales (reales) (65). El desafío de la mujer es ser vista. Ser escuchada. El desafío es salir de la casa y no presentar como “reivindicación” el encierro en ella.

La conclusión de este apartado es que el destino de la mujer no es el de “madre”. La mujer es libre.

(63) OLSEN, Frances. “El sexo del derecho”, en *Identidad Femenina y Discurso jurídico*. Buenos Aires. Ed. Biblos. 2000 (Alicia Ruiz, Compiladora).

(64) Elizabeth Gould Davis, *Becksche Reihe “Frauen hatten keine Geschichte”* (Andrea von Dülmen, Wien, 1998); Erica Fischer *Gewalt gegen Frauen (mit Brigitte Lehmann und Kathleen Stoffl)*; Erica Fischer, *Mannhaft (Vernehmungen einer Feministin zum grossen Unterschied)*. Köln. 1987.

(65) MACKINNON, C. “Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence”, en *Signs: Journal of Women in Culture and Society*. V.III.1982. pp. 635 y ss. (MACKINNON, Catherine A. “Feminismo, marxismo, método y Estado: hacia una teoría del derecho feminista”, en *Crítica Jurídica. Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*. Bogotá. Ediciones Uniandes. 2006).

La maternidad es una opción y una construcción de la Historia, una construcción crítica de la sociedad, también del Derecho, en manos de los varones. Claro que la sociedad, la religión, la política, la cultura, y el derecho no siempre lo plantean de esa manera (Badinter). Plantean su opción como “lo natural”. No como opción. Es lo “mejor para el niño”. Lo mejor para la “familia”. Lo plantean como una obligación/como una esencia. No como una posibilidad. Como una decisión. La maternidad no es un derecho. Es un mandato que pesa sobre la mujer. Si la maternidad fuera un derecho -y no una obligación- la mujer no obtendría un “beneficio”. Porque chocarían dos derechos. El del Estado que castiga y el de la “libertad” de la mujer de tener hijos. Pero justamente la prisión domiciliaria como beneficio existe porque como dije la maternidad -esto es lo que hay que ver- no está pensada como “derecho”, sino como un mandato. Esto es lo que no puede defender el feminismo.

VII. Conclusión. El (nuevo y no tan nuevo) desafío de la mujer: llegar a ser persona

En *XY, la identidad masculina*, Badinter sostiene que es más fácil hacer una mujer que un hombre. La evolución viril es verdaderamente la vía más difícil. Desde su concepción, el embrión masculino lucha para no ser femenino (66). “Nacido de una mujer, mecido en el vientre femenino, el niño macho, al contrario de lo que le sucede a la hembra, se ve condenado a marcar diferencias durante la mayor parte de su vida (...). Para hacer valer su condición masculina deberá convencerse y convencer a los demás de tres cosas: que no es una mujer, que no es un bebé y que no es homosexual” (p. 51) (67). Para el hombre, como sostiene Badinter, no hay nada más humillante que pare-

(66) BADINTER, Elisabeth. *XY, la identidad masculina*. Buenos Aires. Ed. Grupo Norma. 1994. Véase también BELOTTI, Elegna Gianini. *Du coté des petites filles*. Paris. Ed. Des femmes. 1994.

(67) En rigor, desde que nacen, a las mujeres se las define negativamente. A la mujer nunca se la define por lo que es sino por lo que no es: no es un hombre. Por oposición. Según el protocolo de asignación de los sexos, todo lo que no tiene pene es mujer. O sea que ser mujer significa, sencillamente, no ser un hombre. Todo lo que no es hombre, es “mujer”. La norma como es claro, es la masculinidad abstracta. Y a la mujer se la define por lo que le falta, por lo que no tiene (que tiene el hombre). En rigor, como dice Mackinnon, no hay dos sexos, hay sólo uno: el del macho, varón. Todo se define por cercanía o alejamiento del único parámetro que existe: la masculinidad.

cer ser una mujer. “No seas nena” Se sostiene así que la mujer es distinta e inferior al hombre. La mujer es menos “persona” que el hombre (como dice Mackinnon) (68). La mujer es el parámetro de todo lo que es negativo. De todo lo que ha de evitarse. De todo lo que es negación.

Habíamos comenzado este trabajo con las reflexiones de Mackinnon en torno de las funciones del feminismo: “El feminismo comienza por la sencilla observación de que las mujeres son personas. Luego avanza sobre la más compleja observación de que se les ha negado, para su desventaja, tan simple reconocimiento” (69). Esta es la clave del feminismo liberal y del feminismo norteamericano en su conjunto, también del feminismo argentino. Tratar de entender cómo se trataba a las mujeres: tratar de entender por qué se han negado sus derechos, tratar de entender por qué las mujeres han sido marginadas continuamente de la vida política, (pública) por qué han sido obligadas a llevar, como dice Nancy Hollander, una vida privada, marginal, y doméstica, encerrada, donde padecen en silencio los abusos permanentes del hombre (70). Muchos de esos abusos aun no tienen nombre, muchos hoy son presentados como cultura. No como violencia. Sino como “espectáculo”. Su voz negada. Sus intereses negados. Sus derechos negados. Su silencio. Esa violencia el derecho no la ve. Porque el derecho es diseñado por varones que son partícipes de esa violencia. El derecho tiene allí un conflicto de intereses que se salva de una sola manera: elevando la voz de la mujer. Multiplicando las voces de las mujeres que luchan por ser escuchadas. El problema es cuando la violencia se presenta como derecho, como ley. Como “privilegio”/reivindicación por ser mujer. Esto es lo que intenta hacer visible el feminismo: ver cómo la mujer ha sido tratada como una esclava del hombre, como madre, como prostituta, pero nunca jamás como una persona.

(68) En una entrevista, Badinter decía: “Me asombra que las Naciones Unidas hayan decidido utilizar esa expresión. Una vez más, ¿qué quiere decir violencia de género? ¿Que la violencia es lo propio del hombre? ¿Que la masculinidad se define por la dominación y la opresión del otro sexo? ¿Que las mujeres ignoran la violencia? En un estudio realizado en 2002 en Quebec, 62.700 mujeres y 39.500 hombres se declararon víctimas de violencias conyugales. Es cierto: los actos de agresión no son los mismos. Las mujeres padecen con más frecuencia violencias físicas y sexuales. Por el contrario, según ese estudio, las cifras son parejas cuando se trata de violencias psicológicas. En su reciente estudio sobre la violencia contra la mujer en Francia, Amnesty Internacional afirma que cada cuatro días muere una mujer víctima de la violencia conyugal. Pero también dice que cada 15 días muere un hombre por las mismas razones. Como los hombres, las mujeres también pueden ser violentas con los más débiles: con los niños pequeños o los ancianos. Si admitimos la noción de “violencia de género” llegaremos a una definición dual y opuesta a la humanidad: los verdugos contra las víctimas, el mal contra el bien” BADINTER, Elisabeth. “El hombre no es un enemigo a batir” (Entrevista realizada por Jacqueline Remy, L’Express, 24 de abril de 2003). No necesito aclarar que Mackinnon no está de acuerdo con la posición de Badinter, que tiende a diluir la especificidad del género en el macroproblema de la violencia, sin reconocer precisamente ninguna forma de especificidad. Ninguna forma de “abordar” la violencia. Al contrario de lo que sostiene Badinter, el derecho necesita cada vez más “especificaciones” para abarcar el problema de la violencia: violencia de género, acoso laboral, violencia económica, publicidades que engañan (mentira “avalada” decía Adorno), etc. El derecho necesita ponerle nombre a la violencia. A las violencias. Esa “incapacidad” de nombrar es precisamente la contracara a la propensión absurda del derecho a repartir “penas”. El derecho reparte penas porque no sabe poner un nombre. No sabe “cómo llamar” a lo que pasa. A los fenómenos sociales que enfrenta. Es la crítica de Pitch a la simplificación jurídico-criminológica.

(69) MACKINNON, Catherine A. *Women’s lives. Men’s laws*. Cambridge, M. Harvard University Press. 2005. Introduction. Realizing law.

americano en su conjunto, también del feminismo argentino. Tratar de entender cómo se trataba a las mujeres: tratar de entender por qué se han negado sus derechos, tratar de entender por qué las mujeres han sido marginadas continuamente de la vida política, (pública) por qué han sido obligadas a llevar, como dice Nancy Hollander, una vida privada, marginal, y doméstica, encerrada, donde padecen en silencio los abusos permanentes del hombre (70). Muchos de esos abusos aun no tienen nombre, muchos hoy son presentados como cultura. No como violencia. Sino como “espectáculo”. Su voz negada. Sus intereses negados. Sus derechos negados. Su silencio. Esa violencia el derecho no la ve. Porque el derecho es diseñado por varones que son partícipes de esa violencia. El derecho tiene allí un conflicto de intereses que se salva de una sola manera: elevando la voz de la mujer. Multiplicando las voces de las mujeres que luchan por ser escuchadas. El problema es cuando la violencia se presenta como derecho, como ley. Como “privilegio”/reivindicación por ser mujer. Esto es lo que intenta hacer visible el feminismo: ver cómo la mujer ha sido tratada como una esclava del hombre, como madre, como prostituta, pero nunca jamás como una persona.

Mackinnon define al método del feminismo (radical) como “*consciousness raising*” (o elevación de conciencia) (71). “*Consciousness Raising, by contrast, inquires into an intrinsically situation, into that mixture of thought and materiality which comprises gender in the broadest sense*”, “*feminist method is consciousness raising: the collective*

(70) Véase la novela *Amor*, de Tony Morrison. Buenos Aires. Ed. Sudamericana. 2004.

(71) “The key to feminist theory consists in its way of knowing. *Consciousness raising is that way*” (MACKINNON, Catherine. *Toward a feminist Theory of the State*). Esta es la “conciencia” que precisamente tapan productos “culturales” como la pornografía. Miness, Stacey A. “*Pornography Behind Bars*”, en *Cornell Law Review*. New York. Volume 85. Number 6. September 2000. P. 1702-1741. “El término pornografía viene del griego *porne*, que significa esclava sexual, prostituta, y *graphos*, que quiere decir escritura, representación o descripción de. Así, en su aspecto etimológico, pornografía significa “escritura, representación o descripción de la esclavitud sexual y la prostitución” (CARSE, Alisa L. “*Pornography: An Uncivil Liberty?*”). En la pornografía “las mujeres desean la crueldad y ser desposeídas”, “crean escenas en las que ellas quieren desesperadamente ser atadas, golpeadas, humilladas y asesinadas; o simplemente, quieren ser tomadas y usadas”, desde la perspectiva masculina -dice Mackinnon- “esto es erótico” (Mackinnon).

critical reconstitution of the meaning of women's social experience, as women live through it". Las mujeres, silenciadas y despojadas de sus posibilidades de identificación, se convierten en "objetos de intercambio". La superación de esa condición (de inferioridad y silenciamiento, la superación de esa condición de objeto) exige el uso de este método de *consciousness raising*, usando el conocimiento -que derive de él- para lograr la transformación de las estructuras sociales. El derecho puede empezar a nombrar lo que a menudo no nombra. Lo que a menudo silencia. Se trata, en definitiva, de lograr que las mujeres obtengan el reconocimiento que el derecho (y la sociedad) les ha negado siempre: el reconocimiento de que son personas (72). Ni más ni menos personas que el hombre. Se trata de reconocer que las mujeres son personas en las mismas condiciones -y con los mismos derechos- que el hombre. Sin concesiones por ser "mujer". Sin "privilegios".

Quisiera cerrar este trabajo comentando una columna de Alfonsina Storni, publicada en el

(72) Veamos el origen etimológico de la palabra *persona*, «Persona» era, en efecto, la máscara o careta que usaban los actores de la tragedia para hablar *-per sonare*. En el derecho romano los esclavos eran hombres pero no eran personas. Eran agentes pasivos (neutrales). Según Aristóteles los esclavos carecían de entendimiento y su "esclavitud" era, en realidad, un favor que se les hacía porque se los ponía en contacto con hombres de verdad capaces de protegerlos. Hombres reales. Hombres de verdad. Algo parecido se usó para razonar la situación "frágil" de las mujeres. Las mujeres tampoco eran personas. También ellas carecían de entendimiento activo (Aristóteles separa el entendimiento activo del entendimiento pasivo, de la mujer y los esclavos). Por eso debían ser "protegidas" por un hombre. Se las debía "tutelar" como a los niños. El modelo tutelar está en la base de todo nuestro derecho (civil y penal). Este modelo "tutelar" (que tutela menores, mujeres, discapacitados, "dementes", "locos") es lo que debe cambiar nuestro derecho de raíz para volverse más democrático. Más justo. Más tolerante. Más liberal.

Diario *La Nación*, a comienzos del siglo XX. Dice Storni, en una de sus columnas (Bocetos femeninos): *A propósito de las incapacidades relativas de la mujer* (y haciendo una parodia bíblica *por culpa de aquella Eva indecente y mal criada...*) *"nos declararon incapaces para ser testigos en los instrumentos públicos, para administrar nuestros bienes siendo casadas, aun cuando estos bienes fueron heredados, y así pasamos del papá al esposo buscando el 'ardid' para vencer la letra de la ley"*. El derecho esconde, así, los estrictos intereses del hombre, y se establece, a través de él, una sociedad jerárquica, que denigra a la mujer a la vez que presenta esta estricta división de roles políticos como algo propio de "la naturaleza" (el mismo argumento que hace más de dos mil años usaba Aristóteles en Atenas, la mujer es esclava por "naturaleza", carece de "entendimiento activo", es esclava por su "bien"): *"Ay de nosotras, en cambio, si no fuéramos capaces de administrar algo mucho más importante que nuestros bienes: nuestra conciencia, nuestra vida íntima, nuestra persona toda"* (73). El drama de las mujeres sigue siendo, como dice Storni, como dice Mackinnon, como decía Rosa Mayreder en Austria, el drama de la personalidad: el drama de la mujer es, aún hoy, el drama básico de llegar a ser (vista como una) persona. De llegar a tener una voz. Para poder tener un derecho. ♦

(73) En el Tomo II de sus obras completas (págs. 949 a 952) Alfonsina Storni se pregunta si existe "realmente" un problema femenino. Su conclusión es que no, que el problema (como tal) no existe, o que el "problema femenino" es (en realidad) parte de un problema mayor. Alfonsina habla de la "dispersión" y de la "crisis de la familia", y dice que sólo habrá derechos para la mujer cuando ésta consiga -verdaderamente- su independencia económica. STORNI, Alfonsina. "¿Existe un problema femenino?"; firmado con el seudónimo Tao Lao, en el Diario *La Nación*, el 26 de Septiembre de 1920. En STORNI, Alfonsina. *Obras Completas*. Buenos Aires. Ed. Losada. 1998. Tomo II. pp. 967 y ss.

.....

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES



Las condiciones de prisión como frustración del proyecto de vida. Un ensayo a partir de la jurisprudencia de la Corte IDH y la CSJN



POR DIEGO LUNA (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Privación de la libertad en sentido positivo. III. La noción de proyecto existencial. — IV. La pena como reprogramación del proyecto de vida. — V. Jurisprudencia de la Corte IDH y CSJN. — VI. Daño al proyecto de vida y condiciones de detención. — VII. Implicancias del daño al proyecto de vida por padecimientos y muerte en prisión. — VIII. Algunas reflexiones finales.

“La prisionización puede acabar con todo proyecto de vida extra-muros como límite del deterioro” - E. Raúl Zaffaroni (1)

I. Introducción

El conocimiento científico en el campo social abarca como especie, claro está, al jurídico, en cuanto se interesa desde cierta perspectiva metodológica por una realidad cultural que no se encuentra de la forma tabicada o compartimentada en que se produce el contacto judicial que a esa experiencia se refiere. El científico del derecho no debe necesariamente trasladar a su quehacer la asignación de competencias de las jurisdicciones tribuñalicias. Si uno solo es el objeto, el provecho de su conocimiento ha de ser pasible de apreciación por la comunidad científica de la que se trate,

no obstante las particularidades de la división del trabajo (2).

Dirigimos nuestra atención al fenómeno “condiciones de detención como posibilidad de lesiones o muerte en prisión”, que se constituye en objeto de preocupación común tanto para el civilista en cuanto lo tome —por ejemplo— como antecedente de un supuesto de responsabilidad del Estado, como para el penalista en cuanto posibilite hacerle inteligible la ejecución de la pena como fenómeno jurídico de su especialidad, ya sea para fundamentar un cauce procesal determinado, por ejemplo: hábeas corpus por agravamiento de las condiciones de detención o fundamentación de un agravio constitucional para la habilitación de un recurso extraordinario.

Nos proponemos interrogar sobre las posibilidades de diálogo existentes entre civilistas y penalistas a partir de la teoría del daño al proyecto de vida. Para ello recurrimos a los fundamentos iusfilosóficos de ese instituto del derecho civil, reconocido y cimentado por prestigiosa doctrina, como así también adoptado jurisprudencialmente hace unos años por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Examinamos así la noción de “proyecto existencial” y su correlato de daño al proyecto

(*) Estas indagaciones se enmarcan en el proyecto de investigación dirigido por E. Raúl Zaffaroni, “La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución de la pena” (UBACyT 2011-2014). Han sido discutidas en las XXV Jornadas Argentina y III Jornadas Argentino-Brasileñas de Filosofía Jurídica y Social organizadas por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (28/10/11) y objeto de la disertación brindada en el marco del “Agora-Seminario Antón Oneca” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca (02/05/12). Agradezco a las Profesoras Dra. Lina Díaz Cortés y Dra. Ana Messuti por la solidaridad y el espacio brindados en la alta casa de estudios salmantina.

(1) ZAFFARONI, E. Raúl, La palabra de los muertos, Ediar, Buenos Aires, 2011, p. 540.

(2) Aunque por lo general las competencias civiles y penales recaen en jueces distintos, también existen excepciones como el caso del “Juzgado de Primera Instancia en Todos los Fueros” con asiento en Villa La Angostura, Provincia de Neuquén.

de vida, como afectación de aquél. Efectuamos un somero repaso de la jurisprudencia de la Corte IDH y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en relación a aquel instituto del derecho de daños y la tutela constitucional del proyecto de vida, para luego poner de relieve el hecho de que toda condena y su imposición de pena implican una reprogramación del proyecto de vida del condenado.

Por último, vinculamos estas nociones con las condiciones de detención carcelaria en la medida en que constituyen un impacto sobre la vida de los presos, susceptible de modificar, condicionar, dañar o aniquilar sus respectivos proyectos existenciales, tal como lo atestigua la gran cantidad de muertes al interior de las cárceles federales y provinciales.

II. Privación de la libertad en sentido positivo

Las condiciones de detención a las que son sometidas sistemáticamente las personas privadas de libertad en la generalidad de las cárceles de los sistemas federal y bonaerense, cuanto menos, tomando en consideración las adjetivaciones de los informes de la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y las condiciones que viene denunciando la Comisión Provincial por la Memoria (CPM) a través del Comité Contra la Tortura (CCT) (3), durante la última década, constituyen las circunstancias de vida a las que son empujados los presos para insertar allí y desenvolverse como una trágica prueba de obstáculos existenciales, el ya acotado margen de realización personal con el que hubieren ingresado al difícil tránsito de la vida tras las rejas.

Un somero acercamiento sociológico a las condiciones efectivas en que se verifica el encierro carcelario en las cárceles federales y provinciales posibilita la adopción de una perspectiva epistemológica superadora de la abstracta noción que ve en la pena de prisión una mera privación de

la libertad de desplazamiento. La perspectiva racionalista se detiene en la caracterización de la privación de la libertad en sentido negativo, mientras desde la perspectiva realista —que se nutre de datos empíricos— podemos valernos de la noción de privación de la libertad en sentido positivo.

Tradicionalmente se ha entendido que “la libertad de que la pena priva es fundamentalmente la libertad ambulatoria” (4). Se trata del concepto negativo de libertad, al cual cabe oponer, cuanto menos, otro concepto positivo de libertad. A partir del célebre ensayo de Isaiah Berlin “Dos conceptos de libertad” (1958), Messuti explica que la privación de la libertad en sentido positivo hace hincapié en las posibilidades restringidas al condenado, desde que, a diferencia de la noción negativa de libertad que es concebida como un “estar libre de algo”, la noción positiva de libertad alude a “ser libre para algo”. Se advierte, entonces, que “las posibilidades que se cierran cuando comienza la pena son muchísimas más que la mera posibilidad de desplazarse de un lugar a otro sin obstáculos externos”. La privación de la libertad se produce en un ambiente que niega la libertad “entendida como condición de posibilidad del goce de los demás derechos”. La privación de la libertad en sentido positivo torna visible la dimensión intersubjetiva de la libertad como constitutiva de los sentidos sociales de la convivencia humana, de la cual el condenado es sustraído. La prisión enuncia así las actividades, placeres y relaciones que el prisionero pierde en encierro por su ausencia en las interrelaciones sociales del afuera, del espacio social: familia, amistad, trabajo, diversión, educación, etc. (5).

Las condiciones de detención como circunstancia general que modaliza las condiciones de vida y de muerte de los internos, examinadas desde el punto de vista de la privación de la libertad en sentido positivo, son un condicionante ineludible para cualificar lo que la pena de prisión efectivamente pudiere representar para las personas allí alojadas, en cuanto restricción y afectación de derechos más allá de la libertad de movimiento.

(3) Ver PPN, Informes Anuales 2000, 2001, 2002, 2003-2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011. CELS Derechos humanos en Argentina. Informe 2005, Siglo XXI, Buenos Aires, 2005; Colapso del sistema carcelario, Siglo XXI, Buenos Aires, 2005. CPM-CCT, la serie titulada El sistema de la crueldad, informes 2000-2004, 2005-2006, 2006-2007, 2009, 2010, 2011.

(4) SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, tomo II, 5ª ed., TEA, Buenos Aires, 1997, p. 426.

(5) MESSUTI, Ana, La justicia deconstruida, Bellaterra, Barcelona, 2008, pp. 220-223.

III. La noción de proyecto existencial

1. *El deber ser normativo mienta un deber ser existencial*

Si las normas jurídicas son juicios (H. Kelsen) y todo juicio es una mención de algo (E. Husserl) ¿cuál es ese algo mentado por la norma jurídica? Cossio supo formular y dar respuesta a este interrogante epistemológico: siendo la conducta humana ese algo mentado por la norma, su mención no puede ser la de una cosa dada como un hecho en bruto sino la mención de la libertad, es decir la conceptualización de algo dado como una posibilidad existente en la situación. No debe confundirse la existencia de un hecho en sí mismo perceptible con la existencia de una posibilidad contenida como hecho en la situación: *el hecho de la posibilidad situacional* puede subsistir aunque no se realizare el *hecho tangible* con el que ella se consumaría y, por eso mismo, abriría su propia secuencia de posibilidades situacionales futuras (6).

Cossio afirmaba que un sentido pensado como proyecto es un sentido proyectado, tanto como programa biográfico por estar anticipado cuanto como estampación situacional por estar arrojado en su mundo circundante. Un sentido proyectado no es nada diferente del proyecto mismo con que la conducta se presenta y se actualiza en el tiempo existencial (7). Esta noción amplia y elaborada de “proyecto” comprende aspectos temporales —decisiones que se sustentan o mantienen a lo largo del tiempo sin requerir actualización intencional/consciente— y aspectos de nivel —decisiones que se toman a nivel subconsciente— y otros que contemplan aspectos de la conducta de los que no puede hacerse cargo la noción de “acción intencional”, entendida ésta como conducta positiva (8).

En línea trialista, paralela al pensamiento egológico de Cossio, Fernández Sessarego sos-

(6) COSSIO, Carlos, *La causa y la comprensión en el derecho*, Juárez Editor, Buenos Aires, 1969, pp. 157-158.

(7) COSSIO, Carlos, *La causa y la comprensión en el derecho*, Juárez Editor, Buenos Aires, 1969, n. 7, p. 28.

(8) VILANOVA, José M., “Constitución originaria de los sentidos jurídicos”, en *El concepto de derecho. Estudios iuspositivistas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 76-77; del mismo autor, *Tratado sobre el libre albedrío*, Dunken, Buenos Aires, 1998, p. 179.

tiene que es posible distinguir la libertad, que ontológicamente es el ser mismo del hombre y, por lo tanto, eliminable sólo con su muerte, del ejercicio de esta libertad a través de su fenomenalización, es decir, mediante su aparición en el mundo exterior como conductas intersubjetivas (9). De ello se sigue que una cosa es el hecho de conducta que se exterioriza y otra, la posibilidad de despliegue de esa conducta en cuanto ejercicio de libertad; que no obstante, por ser una posibilidad real, es también un hecho de la realidad. La libertad consiste en la relación de la existencia con su propio futuro, por la cual éste se le ofrece como un repertorio de posibilidades, cuya suma lógica es necesaria, pero cada una de ellas, individualmente, es contingente. Depende de cada quien determinar cuál o cuáles de ellas se hagan reales al hacerse pleno presente el futuro, así meramente presentado, como posibilidad-necesidad. Siguiendo a Vilanova, la libertad es el tránsito de lo posible a lo real (10).

Según Vilanova, en todo obrar o hacer humano hay un objeto o propósito que es el tema o figura del acto, propósito sin embargo que no se encuentra presente en el tiempo cosmológico de los relojes, pero sí está presente como futuro más o menos próximo, como futuro inmediato a decidir y procurar en el tiempo propio de la existencia (11). Se trata ni más ni menos que de proyectar, dando sentido a nuestros actos, y de actuar, con ese sentido proyectado, de acuerdo con el programa de nuestra existencia.

2. *El ser humano es temporal y proyectivo*

El ser humano es tiempo. Al decir de Messuti, el ser humano no está en el tiempo como lo están las cosas de la naturaleza; el ser humano es, en su ser mismo, temporal (12). En palabras de Aftalión: “a

(9) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, “Algunas reflexiones sobre la antijuridicidad del delito y las penas privativas de la libertad a la luz de la teoría del derecho”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, UNAM, México, 1996, p. 884; también en *LA LEY*, 1996-B, 885.

(10) VILANOVA, José M., “Libertad, norma y valor”, en RODRIGUEZ GARCIA, Fausto (coord.), *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*, t. II, UNAM, México, 1987, p. 719.

(11) VILANOVA, José M., *Proyecto existencial y programa de existencia*, Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 59.

(12) MESSUTI, Ana, “Delito, pena, tiempo: una proporción imposible”, *elDial.com*, DC8A6, Albremática, 2005.

diferencia de la experiencia natural, la existencia humana no es algo que transcurre en los carriles del tiempo, sino que es una estructura intrínsecamente temporal: es un *élan*, una actividad creadora, un desarrollo, una libertad, que tienen metido dentro de sí al tiempo” (13). El ser humano constituye un proceso temporal, abierto, donde el pasado condiciona el presente y, desde éste, se proyecta el futuro. De ahí que pueda afirmarse que todo proyecto-programa señala una anticipación de la libertad sobre su meramente óptico presente, constituyendo una anticipación de futuro que podemos caracterizar como un *deber ser* (14).

El derecho como objeto es conducta humana en su alteridad coexistencial y el ser humano expresa su conducta en libertad: libertad metafísica fenomenalizada (exteriorizada en el mundo). De manera que el proyecto existencial no se expresa en un ciego *poder ser* lanzado en explosión hacia al vacío, sino en un *deber ser existencial* orientado como realización vital o vocacional hacia algo. La existencia humana, al ser un ser para la muerte, tiene los minutos contados, lo cual explica la necesidad de su empleo prudente en cada caso. De lo que también deriva el hecho de que tengamos que justificar cada acto mediante nuestro proyecto vital. Sostenía así Machado Neto: “De ahí que la libertad humana no pueda ser un simple ‘poder ser’ como pura explosión de libertad sin sentido, sino un deber ser” (15).

El futuro está dado en el presente en forma de proyecto. Si el ser humano es temporal es también y por consiguiente, un ser histórico. La libertad en el tiempo, la vida temporal de la libertad, hacen posible que cada ser humano se proyecte, se realice, despliegue su personalidad, tenga una biografía y una identidad (16). El ser humano es

(13) AFTALION, Enrique R., *Crítica del saber de los juristas*, UNLP, La Plata, 1951, p. 95.

(14) VILANOVA, José M. y GOTTHEIL, Julio, *Seminario sobre los valores orden y seguridad y el ser del derecho*, Instituto de Estudios Iusfilosóficos, Ediciones de Revista Notarial, Separata del N° 785, Buenos Aires, 1968, p. 10.

(15) MACHADO NETO, Antonio Luiz, *Fundamentación egológica de la teoría general del derecho*, trad. Juan Carlos Manzanares, Eudeba, Buenos Aires, 1974, p. 124.

(16) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, “El daño al proyecto de vida”, en Diké, Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, disponible en http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.pdf. Agrega Fernández

biológico y biográfico a la vez. Como expresaba Ymaz, “Es propio de la rara condición del hombre el transcurrir simultáneamente en el mundo de la naturaleza y en el mundo del espíritu. Se dan en el primero los aspectos fenoménicos de la conducta, su substrato perceptible, que tiene la existencia instantánea característica del tiempo cronológico. Se da en el segundo el sentido espiritual de esa conducta, que perdura en el presente existencial de su protagonista” (17). Esa dualidad la acredita —tomando un ejemplo elocuente de Fernández Sessarego— el fenómeno de los hermanos gemelos, que siendo clones naturales (comparten el mismo código genético a partir de la división del mismo óvulo fecundado), su identidad genética no impide que cada uno, por ser constitutivamente libre, posea un proyecto de vida propio y una determinada personalidad (18).

La temporalidad que somos permite el despliegue del proyecto de vida dentro del tiempo existencial, del tiempo de cada ser humano. Por ello, libertad, coexistencialidad y temporalidad hacen posible la formulación, decisión y realización del “proyecto de vida”. Se vive proyectando y se proyecta viviendo la vida temporal de la libertad. Es imposible para el ser humano, en cuanto ser libre y temporal, dejar de proyectar. Esta es la importancia del “proyecto” para nuestras vidas.

IV. La pena como reprogramación del proyecto de vida

Desde la fenomenología existencial, Vilanova ha esclarecido que no sólo existe programación de conductas genéricas a partir de normas generales, sino también programación —y re-programación— de conductas particulares, con las normas individuales como lo son las sentencias judiciales

Sessarego: “El ser humano, para realizarse en el tiempo tanto ser libre, debe proyectar su vida. La vida resulta, así, un proceso continuado de hacer según sucesivos proyectos. El proyecto tiene como condición la temporalidad. En el presente decidimos lo que proyectamos ser en el instante inmediato, en el futuro, condicionados por el pasado”.

(17) YMAZ, Esteban, “Los problemas de la retroactividad”, LA LEY, t. 83, Buenos Aires, 1956, p. 901.

(18) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, “El concebido en el derecho contemporáneo”, lección magistral pronunciada el 11/11/10 en ocasión de ser investido Doctor Honoris Causa por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Perú; disponible en <http://www.usat.edu.pe/usat/files/2011/01/Discurso-Sessarego.pdf>.

(19). Toda programación de una conducta como obligatoria va acompañada de una programación subsidiaria, para el caso de incumplimiento de esa conducta, consistente en una agravación de la situación del sujeto responsable de ese incumplimiento. Ello supone una reprogramación de la conducta del sujeto sancionado (20). Desde el derecho penal, vinculando proyecto y temporalidad, Zaffaroni sostiene en similar sentido que “la condena siempre es un momento limitativo o condicionante del proyecto existencial del penado, que se desenvuelve en el tiempo de cada quien” (21).

La libertad ontológica o libertad metafísica, en cuanto ser mismo del hombre, no puede privarse radicalmente mediante cualquier tipo de reclusión en un establecimiento carcelario. El recluso no pierde su radical libertad, no se lo priva de la misma, sino que tan sólo se le limita o restringe severamente su ejercicio. El sentido de la libertad renace inmediatamente a cada instante del cumplimiento de la pena dentro del margen otorgado por la restricción misma, ya que la supresión total de la libertad existencial se consume sólo con la muerte (22).

También la hermenéutica jurídica ha llegado a conclusiones similares. Afirma así Messuti que la privación de la libertad —no sólo como pena, sino también como cautela— no priva únicamente de la libertad de movimiento y todo lo que ella su-

(19) VILANOVA, José M., “Constitución originaria de los sentidos jurídicos”, en El concepto de derecho. Estudios iuspositivistas, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 75.

(20) VILANOVA, José M., “Las normas como programación”, en El concepto de derecho. Estudios iuspositivistas, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 70-71.

(21) ZAFFARONI, E. Raúl, “Cronos y la aporía de la pena institucional”, en AA.VV., Liber ad honorem Sergio García Ramírez, t. II, UNAM, México, 1998, p. 1523; también en ZAFFARONI, E. Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, Derecho Penal. Parte General, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 171.

(22) “Es claro que mientras exista la vida humana no estamos jamás frente a una cosa; sólo con la pena de muerte se consigue este resultado; pero con ello también se lo saca del Derecho al transgresor. Precisamente sí, según ya hemos visto, en la vida del encarcelado reaparece la libertad jurídica en sus nuevas acciones, es porque la vida plenaria no es jamás una cosa ni puede en ella ser transmutada” (COSSIO, Carlos, La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, p. 684).

pone durante cierto tiempo. Se está privando así, durante cierto tiempo, de la vida misma que constituye ese cierto tiempo con sus posibilidades de despliegue en cuanto proyecto existencial (23).

La noción de “pena” alude, al igual que cualquier concepto normativo, a la conducta humana plural: “toda pena es —afirma Zaffaroni—, sin duda, un trato que se depara a una persona” (24). En igual sentido, Raffo sostiene que “no se trata de definir el concepto de sanción, sino de describir el fenómeno sanción como fenómeno de conducta” (25). El tiempo numerado de la pena, bajo la concepción racionalista del tiempo como medida uniforme, oculta “las incalculables posibilidades de experiencias de vida que se cierran durante el tiempo de la pena en la medida en que se cierran las relaciones intersubjetivas que constituyen la vida social que define la existencia humana” (26). Siguiendo a Cossio, consideramos que todo fenómeno de experiencia jurídica, por tratarse de un acto humano, “no se hace jurídicamente inteligible de por sí por la simple circunstancia de corresponder totalmente a la descripción conceptual que de él hace la norma. Esto significa un formalismo racionalista que no se encuentra en la experiencia judicial de ninguna parte. Para hacerse inteligible, siendo un hecho real, tiene que ser referido a la inteligencia que la misma realidad contuviere; sólo que no a otra realidad que a la de la persona que lo hace, es decir, a su autor, la cual no es ningún mero pensamiento normativo, sino realísima realidad de carne y hueso en alma y en espíritu. La tesis del racionalismo, de que basta la plena concordancia del acto con la norma para que aquél se torne jurídicamente inteligible, lleva al contrasentido lógico-trascendental de que se podría hablar —y así habría de hacerlo la teoría— de un acto sin la persona, es decir, de un homicidio sin homicida o de una venta sin vendedor”, o de

(23) MESSUTI, Ana, La justicia deconstruida, Bellaterra, Barcelona, 2008, p. 20.

(24) ZAFFARONI, E. Raúl, “Las penas crueles son penas”, en Lecciones y ensayos, N° 66, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 20. “...la ejecución de la condena penal implica el trato concreto a una persona” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, Derecho Penal. Parte General, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 171).

(25) RAFFO, Julio, “El concepto de sanción”, La Ley, 1975-D, Buenos Aires, 1975, p. 513.

(26) MESSUTI, Ana, La justicia deconstruida, Bellaterra, Barcelona, 2008, pp. 19-20.

una pena de prisión sin preso, agregaríamos nosotros (27). El propio Cossio escudriñó el deficitario planteo epistemológico que permite al jurista hablar de sanción sin sujeto sancionado, al señalar: “es curiosa la desviación que tiene la teoría jurídica: ha prescindido, en la concepción, de la vida del transgresor como si ella no fuera un dato de la experiencia jurídica después del entuerto. Y nos ha hablado de la sanción, a veces como si fuera el mero acto de fuerza por aparte; y otras veces como si fuera el acto del juez” (28).

Reformulado el planteo desde esta perspectiva egológica, la comprensión de la pena, en cuanto tramo de la vida del condenado cobra una significación vital que la aleja de la hipóstasis lógico-matemática en que la había ubicado en racionalismo, reduciéndolo como problema al de la cuantificación o “cómputo” de la pena. El tiempo existencial se presenta así como una condición de posibilidad para el conocimiento de la juridicidad de la conducta humana, ya sea en su modo de ser como *ilícito*, ya como *sanción*. Vilanova entendía que “el sentido existencial pleno de un tramo o tiempo cualquiera de conducta de la vida humana, está dado por la plenitud de ese tiempo, tanto en lo que no es más que *circunstancia* como en lo que es *libertad*” (29). Se comprende así que, en cierta medida, el efectivo consistir de toda sanción como dato de experiencia jurídica que es conducta humana coexistencial, pueda y deba conformarse también y fundamentalmente con lo que hiciere o vivenciare su protagonista (30).

Podemos afirmar así que el problema hermenéutico de comprensión de la pena no está en el *esclarecimiento significativo* de la expresión verbal contenida en la sentencia que la pronuncia (“veinte años de prisión”, por ejemplo), sino en el *esclarecimiento axiológico* de la reprogramación de la vida biográfica de la persona sancionada, que es el objeto mentado por dicha significación y que el condenado vive en acto como realización o frustración de su propio proyecto de vida. La pena

de prisión se proyecta efectivamente en el futuro existencial del condenado como modalidad de su propia vida en ciertas condiciones de encierro, integrando así su horizonte existencial en cuanto se actualiza en su presente representando la clausura de unas posibilidades y la apertura de otras (31). Semejante integración existencial no se agota con la excarcelación, sino que por ser un acto de poder, la imposición de la pena —según sostiene Cossio— penetra en la intimidad de cada quien en toda su vida y por toda su vida. La privación de la libertad que se ha padecido —al igual que otras sanciones jurídicas— es algo imborrable que subsiste en la intimidad como algo presente para siempre y condiciona desde adentro de la propia vida sus posibilidades futuras aun después de que haya transcurrido el episodio en el que la sanción tenía su sentido específico (32).

Se ha dicho que perder el tiempo es rigurosamente malgastar la vida; a lo que agregaríamos: quitar el tiempo es descontar parte de la vida misma y restringir su proyecto. Sobre esta base y dando un paso más en el razonamiento, llegamos a concluir que la afectación o reprogramación que se imponga al proyecto de vida a través de una pena privativa de la libertad y en función de sus circunstancias ejecutivas, puede aparejar como consecuencia la frustración radical de lo que implica el *destino* de una persona, el sentido mismo de su proyecto vital.

El concepto de “destino” utilizado aquí no debe confundirnos por su pesado lastre que se alinea en la tradición filosófica animismo-causalismo-naturalismo, sino que debe ser entendido en sentido coloquial, en alusión a la vida que se gana mediante el ejercicio del libre arbitrio inherente a

(31) LUNA, Diego, “La noción de tiempo existencial como superación del positivismo jurídico en la razonabilidad de la pena”, en ZAFFARONI, E. Raúl (dir.), *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales*, Ediar, Buenos Aires, 2012, p. 287. Replantear el problema de la proporcionalidad de la pena desde la noción de proyecto existencial hace girar sobre una bisagra el modo tradicional de enfoque en la medida en que ahora la “proporcionalidad o razonabilidad aparece, como se ha dicho, como esclarecimiento axiológico de la reprogramación de la conducta del sujeto a partir del delito y en el presente existencial de la sentencia, en cuanto que ésta otorga un nuevo sentido a la vida del condenado” (cit., p. 290).

(32) COSSIO, Carlos, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, p. 606.

(27) COSSIO, Carlos, *La causa y la comprensión en el derecho*, Juárez Editor, Buenos Aires, 1969, pp. 50-51.

(28) COSSIO, Carlos, “Norma, Derecho y Filosofía”, *LA LEY*, t. 43, Buenos Aires, 1946, p. 994.

(29) VILANOVA, José M., *Proyecto existencial y programa de existencia*, Astrea, Buenos Aires, 1974, pp. 83-84.

(30) COSSIO, Carlos, *Teoría de la verdad jurídica*, Losada, Buenos Aires, 1954, p. 117.

todo ser humano. Sostiene Vilanova al respecto, denunciando la base aristocratizante de la noción de “destino”, su arraigo en las ambiciones desmedidas de algunos en detrimento de otros, y su incompatibilidad con una concepción de la libertad humana sin agregados limitativos, válida por igual para todos los hombres: “El pensar que estamos determinados por las obligaciones cotidianas —que nosotros mismos nos hemos creado—, por algo así como el ‘destino’ o por lo que fuere, es una forma de huir de la libertad” (33).

Lo dicho hasta acá nos permite conjeturar la gravedad de las consecuencias que los daños al proyecto de vida pueden ocasionar a la persona encerrada, susceptibles de generar frustraciones o menoscabos que, a menudo, podrán acarrear vacíos existenciales difíciles o imposibles de colmar. Como se ha dicho, la total frustración del proyecto de vida acarrea la pérdida del sentido de la existencia, la razón de ser del vivir (34).

V. Jurisprudencia de la Corte IDH y CSJN

La Corte IDH introdujo la noción de proyecto de vida en los casos “Loayza Tamayo”, “Niños de la Calle” y “Cantoral Benavides” (35) en los años de transición del siglo XX al XXI. También lo reconoce en el caso “Gutiérrez Soler”, entendiéndose así que *“el concepto de proyecto de vida tiene un valor esencialmente existencial, atendiéndose a la idea de realización personal integral. Es decir, en el marco transitorio de la vida, a cada uno cabe proceder a las opciones que le parecen acertadas, en el ejercicio de la plena libertad personal, para alcanzar la realización de sus ideales. La búsqueda de la realización del proyecto de vida*

(33) VILANOVA, José M., Tratado sobre el libre albedrío, Dunker, Buenos Aires, 1998, pp. 19 y 34.

(34) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, “Deslinde conceptual entre ‘daño a la persona’, ‘daño al proyecto de vida’ y ‘daño moral’”, en Diké, Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, disponible en http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecaautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.pdf.

(35) Corte IDH, casos “Loayza Tamayo vs. Perú”. Reparaciones y Costas (Serie C), N° 42, sentencia del 27/11/98; “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala” (Serie C), N° 63, Fondo, sentencia del 19/11/99 y (Serie C), N° 7, Reparaciones y Costas, sentencia del 26/05/01; “Cantoral Benavides vs. Perú” (Serie C), N° 88, Reparaciones y Costas, sentencia del 03/12/01.

desvela, pues, un alto valor existencial, capaz de dar sentido a la vida de cada uno” (36).

En la jurisprudencia de la Corte IDH, el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas. El “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen un alto valor existencial y su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad. Siguiendo a García Ramírez y anticipando el desarrollo de los acápites siguientes, puede afirmarse que el “daño al proyecto de vida”, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable (37). El daño al proyecto de vida importa así una afectación o suspensión del *ser* mismo, en cuanto este *ser* se exterioriza en un *poder* —llegar a— *ser*, un *deber ser existencial*.

En el caso “Furlan”, la Corte IDH reafirma la noción de daño al proyecto de vida, señalando que *“atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas. El proyecto*

(36) Corte IDH, caso “Gutiérrez Soler vs. Colombia”. Fondo, Reparaciones y Costas (Serie C), N° 132, sentencia del 12/09/05. Voto razonado del juez Cançado Trindade, párrafo 3.

(37) GARCIA RAMIREZ, Sergio (coord.), Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, UNAM, México, 2001, p. 258. En particular el caso contencioso de la Corte IDH, caso Loayza Tamayo vs. Perú. Reparaciones y Costas, (Serie C), N° 42, sentencia del 27/11/98. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, “El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Revista del Centro de Educación y Cultura, Corte Superior de Justicia del Cono Norte, año I, vol. 1, Lima, 2004, ps. 11-48.

de vida se expresa en las expectativas de desarrollo personal, profesional y familiar, posibles en condiciones normales. Esta Corte ha señalado que el 'daño al proyecto de vida' implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Dicho daño se deriva de las limitaciones sufridas por una persona para relacionarse y gozar de su entorno personal, familiar o social, por lesiones graves de tipo físico, mental, psicológico o emocional. La reparación integral del daño al 'proyecto de vida' generalmente requiere medidas reparatorias que vayan más allá de una mera indemnización monetaria, consistentes en medidas de rehabilitación, satisfacción y no repetición". Además, establece una doctrina que vincula la afectación del proyecto de vida, con las consecuencias derivadas de una excesiva duración del proceso. La Corte IDH sostuvo así que *"el impacto producido por la demora en el proceso judicial y su ejecución no sólo le provocaron sentimientos de angustia, ansiedad, incertidumbre y frustración, sino lo afectaron gravemente desde su niñez en su desarrollo personal, familiar, social y laboral, privándolo de la posibilidad de construir un proyecto de vida propio, autónomo e independiente"* (38). En un desarrollo más reciente, la Corte IDH vinculó el proyecto de vida con la libre opción y ejercicio de la propia orientación sexual. El caso "Atala Riffo y niñas" sostuvo que *"el alcance del derecho a la no discriminación por orientación sexual no se limita a la condición de ser homosexual, en sí misma, sino que incluye su expresión y las consecuencias necesarias en el proyecto de vida de las personas (...) la orientación sexual de una persona también se encuentra ligada al concepto*

(38) Corte IDH, caso "Furlan y Familiares vs. Argentina" (Serie C), N° 246, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 31/08/12, párrafos 285 y 320. Sebastián Furlan sufrió una fractura de cráneo y daños cerebrales graves, cuando tenía 14 años de edad, que le ocasionaron una discapacidad motora, psíquica, del habla y trastorno de su personalidad, como consecuencia del impacto del travesaño de un arco, mientras jugaba al fútbol en un campo abandonado del Ejército en la localidad bonaerense de Ciudadela. Se advirtió una excesiva prolongación del proceso judicial ante los tribunales argentinos que se inició en 1988 y obtuvo sentencia en 2000, reconociendo una indemnización que terminaría siendo cobrada en bonos cuyo monto total podría hacerse efectivo recién en 2016. La precaria condición económica de su familia, sumada a lo anterior, hizo que el joven no pudiera acceder al tratamiento adecuado por falta de recursos con los que hubiera contado en caso de haber recibido una indemnización oportuna.

de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones" (39).

A partir del caso "de la Masacre de Las Dos Erres", la Corte IDH estableció una doctrina según la cual *"la denegación de justicia en perjuicio de las víctimas de muy graves violaciones a derechos humanos, como lo es una masacre, se presentan una diversidad de afectaciones tanto en la esfera individual como colectiva. En este sentido, resulta evidente que las víctimas de una impunidad prolongada sufran distintas afectaciones por la búsqueda de justicia no sólo de carácter material, sino también otros sufrimientos y daños de carácter psicológico, físico y en su proyecto de vida, así como otras posibles alteraciones en sus relaciones sociales y la dinámica de sus familias y comunidades"* (40).

La CSJN, por su parte, ha sostenido en materia civil, laboral y de familia, que el derecho a conformar el propio proyecto de vida viene garantizado constitucionalmente y que es exigible la reparación de la frustración del desarrollo pleno de la vida que implique una reformulación del proyecto de vida (41).

En la década del '80 del siglo pasado, en el caso "Portillo" sobre libertad de culto, afirmó: *"El ám-*

(39) Corte IDH, caso "Atala Riffo y niñas vs. Chile" (Serie C), N° 239, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24/02/12, párrafos 133 y 136. En el caso se discutía la discriminación e injerencia arbitraria en la vida privada de la señora Atala. En el proceso judicial sobre la custodia y cuidado de sus tres hijas, su orientación sexual y principalmente la expresión de dicha orientación en su proyecto de vida, fueron la base principal de las decisiones mediante las cuales los tribunales chilenos resolvieron retirarle la custodia de las niñas.

(40) Corte IDH, caso "De la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala" (Serie C), N° 211, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24/11/09, párrafo 266. La doctrina se mantiene en los casos "Masacres de Río Negro vs. Guatemala", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 04/09/12; "Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana", Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24/10/12; "Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador", Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 25/10/12; por citar los más recientes.

(41) "Ascua" (Fallos 333:1361; rta. 10/08/10).

bito de posible violencia estatal al fuero interno abarca el sistema de valores no necesariamente religiosos en los que el sujeto basa su propio proyecto de vida” (42). A mediados de la misma década, en el conocido caso “Sejean”, el juez Bacqué había afirmado la inconstitucionalidad de la imposibilidad legal de disolución del vínculo matrimonial sobre la base de que ello “impide la libre elección de un proyecto de vida e invade así el ámbito de privacidad, conculcando la garantía establecida en el art. 19 de la Constitución Nacional”, en la medida en que “la Constitución Nacional asegura a todos los habitantes de la Nación el derecho de elegir su proyecto personal de vida, siempre que ello no perjudique a terceros ni ofenda a la moral pública” (43).

Ya en la última década, en los precedentes “Milone” y “Aquino”, la CSJN sostuvo que la discapacidad permanente y total ocasionada al trabajador *“repercutirá no sólo en la esfera económica de la víctima, sino también en diversos aspectos de su personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural y social, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida, y un trance de tamaña gravedad llevará seguramente al trabajador —y, en su caso, a la familia de éste— a una profunda reformulación de su proyecto de vida, razón por la que el medio indemnizatorio reparador, de ser inadecuado, puede añadir a la mentada frustración, una nueva, tal como sucede con el sistema originariamente previsto por la LRT que reduce drásticamente el universo de opciones que le permitirían al trabajador reformular dicho proyecto” (44). En el caso “Suárez Guimbard”, considerando el supuesto del cobro en cuotas de la indemnización por muerte de un trabajador, la CSJN sostuvo que esa modalidad de pago *“impide a quienes reclaman en un pago único el capital depositado, el ejercicio de un ámbito de libertad constitucionalmente protegido, en el que se inserta la formulación de su proyecto de vida, ya modificado traumáticamente por la muerte del trabajador” (45).**

(42) “Portillo” (Fallos 312:496; rta. 18/04/89).

(43) “Sejean” (Fallo 308:2268; voto del Dr. Jorge Antonio Bacqué; rta. 27/11/86).

(44) “Milone” (Fallos 327:4607; rta. 26/10/04) y “Aquino” (rta. 24/06/08).

(45) “Suárez Guimbard” (Fallos 331:1510; rta. 24/06/08).

Mencionamos, por último, en materia estrictamente penal, el conocido precedente “Gramajo” sobre la inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado, en el que la CSJN sostuvo: *“En un Estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la constitución no puede admitir que el propio Estado se arrogue la potestad —sobrehumana— de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad o, si se prefiere, mediante la pena o a través de una medida de seguridad” (46).*

VI. Daño al proyecto de vida y condiciones de detención

El examen de la situación y contexto en que se producen los malos tratos, torturas y muertes en las cárceles argentinas, nos permite reflexionar sobre la posibilidad de reparación del llamado daño al proyecto de vida, como capítulo específico del derecho de daños. Pero también la reflexión sobre el asunto puede ser capitalizada por el penalista. No por ser el derecho de daños una cuestión de los civilistas, sus investigaciones y avances en la jurisprudencia nacional e internacional deben quedar en la oscuridad para el pensamiento penal.

El reconocido jurista peruano Carlos Fernández Sessarego, varias veces citado de manera obligada en este trabajo, ha escrito mucho sobre este asunto en materia civil. Nosotros nos preguntamos: ¿cabe indagar desde el derecho penal al respecto? Si la imposición del encierro carcelario —ya sea a título preventivo o como pena— implica la reprogramación del proyecto existencial del condenado, tal como lo afirmara hace tiempo José Manuel Vilanova, pues los años de encierro —como postula actualmente Ana Messuti— representan la privación de las posibilidades mismas de vida por cierta cantidad de años: ¿qué ocurre cuando esa reprogramación vital es arbitraria, desproporcionada, injusta? O lo que es lo mismo, en términos normativos convencionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: “cruel, inhumana o degradante”. ¿Qué ocurre con ese trato dispensado al recluso que, pretendiendo ser sanción en sentido jurídico, es a la vez un acto

(46) “Gramajo” (Fallos 329:3680; rta. 05/09/06).

ilícito que ocasiona un daño al proyecto de vida del sujeto sancionado?

Fernández Sessarego efectúa un esfuerzo de deslinde y considera el daño al proyecto de vida como un caso extremo de daño psíquico provocado por una profunda afectación psicósomática que altera el sentido existencial de la vida misma: la existencia pierde significado, se trunca de raíz el sentido valioso del vivir, se frustra el proyecto existencial (47). Para una mejor comprensión del concepto, en cuanto daño indirecto causado por un daño directo en el soporte psicósomático del ser humano, resulta pertinente citar a Pégola y Ayala. Desde su perspectiva antropológica personalista contrapuesta a la concepción científico-naturalista, consideran que la idea implícita en el concepto de salud debe incluir, además de todo lo biológico-natural, la personalidad del sujeto, protagonista esencial, único y singular de la imposible experiencia que significa mantenerse sano a lo largo de la vida (48).

Para el penalista, el objeto de preocupación ha de ser la efectiva afectación de ese proyecto de vida del recluso —en cuanto es desenvolvimiento programático de la propia libertad— con la limitación de la libertad misma que implica el encierro carcelario preventivo o mediante la imposición efectiva de una pena privativa de la libertad, cuando en su faz ejecutiva deviene en un padecimiento sistemático que se traduce en confiscación de derechos. Advertir que la privación de la libertad, considerando la libertad en sentido

(47) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, “El daño al proyecto de vida”, en Diké, Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, disponible en http://dike.pucp.edu.pe/biblioteca/autor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF.

(48) PERGOLA, Federico y AYALA, José María, *Antropología médica. Medicina para la persona*, CTM, Buenos Aires, 2005, p. 51. Explican los autores que “todo estado de enfermedad lleva implícita la impronta personal biológica y, fundamentalmente, psicológica del paciente. Sentimientos y emociones propios de cada persona que definen y constituyen su subjetividad suscitan las distintas variaciones de la enfermedad que padece, es decir, en la emergencia del cuadro sintomático interviene la personalidad toda del paciente. Sobre su esencial constitución heredada (predisposición), se añaden todas las vicisitudes propias de su experiencia vital, sean personales, familiares y sociales. En suma, el resultado es un sujeto sometido a un conjunto de accidentes aleatorios que le depara el tramo histórico que le toca transitar” (ob. cit., p. 86).

positivo, implica una exclusión del espacio social y conlleva una privación de las posibilidades de vida en comunidad del preso, permite apreciar la cercanía —mientras más profunda sea la restricción de las posibilidades— que guarda con la supresión misma del sujeto como posibilidad, es decir con la muerte (49). Toda sanción tiene cierto sentido anulativo que puede llegar, tal como lo afirmara Cossio, “en las penas privativas de libertad, a anular parcialmente a la persona e incluso a anularla definitivamente con la muerte” (50).

Más allá de la función latente que pueda asignarse a la prisión preventiva, también es interesante problematizar las consecuencias que la privación de libertad anticipada puede acarrear al proyecto de vida de la persona sometida a proceso penal. Erbetta describe las cosas por su nombre cuando afirma que desde el derecho procesal se sigue diciendo que el encarcelamiento preventivo es una medida cautelar, algo así como un embargo: como si fuera posible cautelar, en tiempo existencial, el cuerpo y alma de una persona o restituir un pedazo de su vida (51).

1. El Estado tiene el deber de garantizar el proyecto de vida del preso

El reconocimiento por parte de la Corte IDH del daño al proyecto de vida como una categoría independiente de los daños material e inmaterial, representa una de sus perspectivas más interesantes. La Corte IDH ha señalado reiteradamente que se trata de una categoría autónoma, determinada por la responsabilidad del Estado y que se produce cuando una violación a los derechos humanos altera las posibilidades de desarrollo de una

(49) MESSUTI, Ana, *La justicia deconstruida*, Bellaterra, Barcelona, 2008, p. 240.

(50) COSSIO, Carlos, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, p. 600.

(51) ERBETTA, Daniel, *Relaciones entre el derecho penal y procesal penal a raíz de la teoría general del proceso*, LA LEY, 2006-D, 1141. Agrega Erbetta: “Es claro que si el Estado pretende cumplir una función esencial que le es propia y exclusiva (afianzar la justicia=asegurar el juicio) a costa de la persona del imputado, cuando menos —en caso de sobreseimiento o absolución— debería proporcionarle un vale a cuenta de otro proceso/pena o indemnizarlo (con independencia de las indemnizaciones que correspondan en función de las fuentes de responsabilidad extracontractual)”.

persona, no en cuanto a lo que dejó de percibir pecuniariamente como consecuencia de la violación, sino respecto a lo que ella pudo ser, a sus posibilidades de hacer de su vida un medio para la felicidad o satisfacción personal (52).

Según García Ramírez, en la jurisprudencia de la Corte IDH el concepto “se elabora en torno a la idea de realización personal y tiene como referencias diversos datos de la personalidad y el desarrollo individual, que sustentan las expectativas del individuo y su capacidad para acceder a ellas; hay un límite o factor de calificación: la racionalidad o razonabilidad de esas expectativas; no se trata de elucubraciones sin sustento, fantasías, ilusiones impracticables” (53).

La Corte IDH ha entendido que el Estado debe tomar las medidas necesarias para asegurar a todo detenido la oportunidad de “fortalecer su proyecto de vida, a pesar de su encierro” (54). Por su parte, la CSJN ha señalado que no puede permitirse que el Estado se arrogue la potestad —sobrehumana— de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía de la imposición de una pena (reproche de la culpabilidad) o a través de una medida de seguridad (neutralización de la peligrosidad) (55). El Estado no está facultado lícitamente a entrometerse en el proyecto de vida de cada quien (principio de reserva), imponiendo modos de vida o condicionamientos morales, políticos, familiares; a la vez que debe posibilitar el desenvolvimiento del proyecto vital en el medio libre o durante el encierro, sin distinción entre encarcelamiento cautelar o condenatorio.

Ese derecho al proyecto de vida reconocido constitucionalmente por la CSJN y convencionalmente por la Corte IDH, ha de ser al menos

(52) GALDAMEZ ZELADA, Liliana, “Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N° 3, PUC Chile, Santiago, 2007, pp. 453-454.

(53) GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Estudios jurídicos*, UNAM, México, 2000, p. 349.

(54) Corte IDH, Instituto de Reeduación del Menor c. Paraguay (Serie C), N° 112, sentencia del 02/09/04, párrafo 164.

(55) CSJN “Gramajo” (Fallos 329:3680; rta. 05/09/06).

considerado no sólo al momento de imponer una pena de encierro carcelario, como se ha llegado a postular (56), sino también y fundamentalmente al momento de decidir y hacer efectivo el encierro cautelar. La prisión preventiva se presenta en esta parte del mundo, como la concreta realidad sociológica vivenciada por cerca de las dos terceras partes de los sujetos alcanzados por el sistema carcelario (57). De ahí la trascendencia de la cuestión.

El pensamiento racionalista podrá decir que cinco años de prisión preventiva impuestos a un joven de 18 años de edad hasta los 23, es exactamente lo mismo que condenarlo a los 23, a vivir cinco años de encierro. Pues 5 es igual a 5, sean peras, manzanas o años de prisión preventiva legalmente previstos y judicialmente impuestos. El iusfilósofo realista y el penalista que mantiene los pies sobre la tierra saben que no es lo mismo. Ni qué decir de las circunstancias de encierro que el hipotético joven de nuestro ejemplo podría padecer en esa etapa de su adolescencia en muchas de las cárceles o institutos tanto federales como provinciales, donde deberá jugarse a cada día su vida y su salud. Ni hablar de cómo se cierran las posibilidades vitales teniendo por delante la incertidumbre de la condena por dictarse, esperada desde el encierro; lo que no es igual a llegar al juicio en libertad, desarrollando vitalmente las posibilidades surgidas durante el tiempo ganado con anterioridad.

En el fallo “Gatica” (58) la CSJN se encargó de ratificar el principio ya sentado en el caso “Badin” (59), ocasión en la cual afirmó que el Estado tiene,

(56) OBLIGADO, Daniel H., “Ausencias en la determinación judicial de la pena”, *LA LEY*, 2005-C, 1441.

(57) Tomando solamente la información del Estado Nacional y la Provincia de Buenos Aires, se advierten los siguientes datos: Servicio Penitenciario Federal, al 15 de agosto de 2008, sobre una población total de 9.297 alojados, 4.983 son procesados (53,6%). Si se considera la situación por variable extranjero, a diciembre de 2007 la tasa de procesados asciende al 63,43% (1221 internos), debiendo tener en cuenta que el 81,66% de los extranjeros, pertenecen a países americanos (Fuente: <http://www.spf.gov.ar>). El Servicio Penitenciario Bonaerense da cuenta de que para el año 2005, sobre una población total de 24.802 alojados, 20.513 eran procesados, lo que equivale a alrededor 84% de los internos (Fuente: <http://www.spb.gba.gov.ar>).

(58) Fallos 332:2842, rta. 22/12/09.

(59) Fallos 318:2002, rta. 19/10/95.

por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y la responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia, obligación que se manifiesta en el respeto a su vida, salud e integridad física y moral. Recordó también la conocida jurisprudencia de la Corte IDH que establece que el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. Se produce así una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia, una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna (60).

2. Reparación del daño al proyecto de vida en la Corte IDH

La reparación asociada al daño o menoscabo en el proyecto de vida de la víctima, es —precisamente— uno de los temas de mayor interés y novedad abordados en la jurisprudencia de la Corte IDH desde finales del siglo pasado a estos tiempos. En general el asunto se analiza y resuelve en forma separada a los daños materiales y morales que ordinariamente examina el tribunal (61).

En la jurisprudencia de la Corte IDH, la reparación tiene dos vertientes: la estrictamente patrimonial —o bien, si se prefiere, apreciable o convertible en términos económicos—, y la que no reviste esta naturaleza y se dirige a obtener decisiones o actuaciones públicas de diverso carácter: así, la persecución del delito, la expedición o la supresión de normas, la adopción de medidas no patrimoniales en beneficio de la víctima, etcétera (62).

En la sentencia de reparaciones del caso “Loayza Tamayo”, seguido contra el Estado peruano por

(60) Casos “Hermanos Gómez Paquiyauri”; “Juan Humberto Sánchez”; “Bulacio”; “Cárcel de Urso Branco”; e “Instituto de Reeducción del Menor”, entre otros.

(61) GARCIA RAMIREZ, Sergio, Estudios jurídicos, UNAM, México, 2000, p. 348.

(62) GARCIA RAMIREZ, cit., p. 357.

la detención ilegal y las torturas que la profesora María Elena Loayza Tamayo sufrió durante su incomunicación y privación de libertad, la Corte IDH trató el daño al proyecto de vida y aunque consideró que se había producido ese tipo de daño, no lo tradujo en un reconocimiento económico, absteniéndose de cuantificarlo. La primera sentencia en la cual la Corte IDH accedió a una medida de reparación del daño al proyecto de vida, fue la recaída en el caso “Cantoral Benavides”, también seguido contra Perú por la detención ilegal y tortura de Luis Alberto Cantoral. La Corte IDH consideró probado que los hechos que afectaron a Cantoral dañaron su proyecto de vida y en consecuencia ordenó, para restablecerlo, que el Estado proporcionare a la víctima una “*beca de estudios superiores o universitarios, con el fin de cubrir los costos de la carrera profesional que la víctima elija —así como los gastos de manutención de esta última durante el período de tales estudios— en un centro de reconocida calidad académica escogido de común acuerdo entre la víctima y el Estado*” (63).

En el caso “Villagrán Morales” (conocido como “Niños de la Calle”), seguido contra Guatemala por la ejecución de cinco niños indigentes, de acuerdo a lo resuelto por la Corte IDH y lo que surge del voto razonado del Juez Augusto A. Cançado Trindade, se desprendería como criterio que el daño al proyecto de vida operaría sólo respecto de personas vivas (64). La Corte no fijó una reparación por la destrucción del proyecto de vida de los jóvenes asesinados, pero tuvo presente esas particulares circunstancias al momento de

(63) Corte IDH, caso “Cantoral Benavides vs. Perú” (Serie C), N° 88, Reparaciones y Costas, sentencia del 03/12/01. A los efectos de la reparación, se tuvo por probado que Cantoral Benavides tenía 20 años al momento de su detención, ocurrida el 6 de febrero de 1993, realizaba estudios de biología en la Universidad Nacional de San Marcos, y efectuaba labores pedagógicas informales que le permitían obtener ingresos ocasionales; estuvo encarcelado cuatro años, cuatro meses y diecinueve días. Fue indultado el 24 de junio de 1997 y liberado al día siguiente. Durante su encarcelamiento y como consecuencia de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes a que fue sometido, sufrió padecimientos psíquicos y físicos, como consecuencia de los cuales sufrió y continuó sufriendo trastornos de salud.

(64) Corte IDH, caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala” (Serie C), N° 77, Reparaciones y Costas, sentencia del 26/05/01.

fijar en equidad la reparación en concepto de daño moral (65).

En el caso “Gutiérrez Soler”, como se ha dicho, reconoció el daño al proyecto de vida como categoría autónoma e impuso una reparación propia (beca de estudios universitarios, además de la publicación de la sentencia). Sin embargo se advierte allí un fuerte contraste entre los votos de los jueces Jackman y Cançado Trindade, su principal impulsor. Con la partida de este último a la Corte Internacional de Justicia, no obstante la presencia —por un tiempo— de Sergio García Ramírez en la Corte IDH, lejos de desarrollarse en esplendor, la doctrina del daño al proyecto de vida atravesó un proceso que podría hacer pensar en su dilución en el genérico daño inmaterial juntamente con el daño moral, susceptible de apreciación pecuniaria.

No obstante, en los últimos años se advierte una especie de estabilización de doctrina en la que persiste la caracterización inicial, con la admisión de reparaciones más allá de lo meramente pecuniario. La categoría sigue siendo utilizada por la Corte IDH, aunque no se ha encargado de ampliar o profundizar su estudio sistemático. Por ejemplo, ante la apropiación de un niño sobreviviente de la denominada “Masacre de Las Dos Erres” perpetrada en Guatemala en 1982, la Corte IDH consideró que *“en el caso del sobreviviente Ramiro Osorio Cristales el sufrimiento por la sustracción y retención ilegal por el Kaibil Santos López y separación de sus familiares derivó en afectaciones no sólo psicológicas sino también a su proyecto de vida dentro de un entorno familiar, inclusive en su destierro. En función de la falta de elementos para ordenar una medida adecuada para recobrar o reorientar su proyecto de vida, procede una indemnización adicional por dichos daños”* (párrafo 293 y nota 283).

En dos ocasiones el asunto había sido abordado durante el 2011. En el primero de ellos se reconoció el reclamo de daño al proyecto de vida, aunque sin rechazar esa categoría de daño invocado, la Corte IDH dejó entender en “Gelman” que se encontraba abarcado por *“el cambio en las condiciones de vida y las restantes consecuencias de*

orden inmaterial o no pecuniario (...) sufridas por María Macarena Gelman”. Lo englobó como daño inmaterial e impuso en calidad de reparación el dictado de la sentencia misma, más un monto en dinero fijado *“en equidad”* (66). Esta perspectiva ya había sido adoptada en casos anteriores, como el del “Penal de Castro Castro” del año 2006 (67). En el segundo caso, “Abrill Alosilla”, la Corte IDH sostuvo, sin negar la existencia del instituto en sí, que no estaba probado el daño al proyecto de vida, pues en cuanto especie de daño inmaterial debe ser probado por la parte actora detalladamente (68).

En 2012 la Corte IDH, en el caso “Atala Riffo y niñas” reconoció el daño al proyecto de vida y siguiendo la línea de aquellos precedentes, lo incluyó como daño inmaterial susceptible de indemnización en equidad. Ese mismo año, la Corte IDH en el caso “Furlan” antes citado no sólo reconoció que se configuraba un supuesto de daño al proyecto de vida y reafirmó la caracterización de su doctrina jurisprudencial, sino que además de fijar una indemnización por daño inmaterial, estableció una sanción específica orientada a la reparación integral de la drástica alteración del horizonte existencial que padeciera Sebastián Furlan. Entendió que *“el proyecto de vida de Sebastián Furlan quedó gravemente afectado”*, estableciendo una reparación específica no pecuniaria en los siguientes términos: *“la Corte considera necesario que se le ofrezca acceso a servicios y programas de habilitación y rehabilitación, que se basen en una evaluación multidisciplinaria de las necesidades y capacidades de la persona (...) Por tanto, el Tribunal ordena al Estado argentino la conformación de un grupo interdisciplinario, el cual, teniendo en cuenta la opinión de Sebastián Furlan, determinará las medidas de protección y asistencia que serían más apropiadas para su inclusión social, educativa, vocacional y laboral”* (párrafos 287 y 288).

(66) Corte IDH, caso “Gelman vs. Uruguay” (Serie C), N° 221, Fondo y Reparaciones, Sentencia del 24/02/11.

(67) Corte IDH, caso del “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú” (Serie C), N° 160, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 25/11/06.

(68) Corte IDH, caso “Abrill Alosilla y otros vs. Perú” (Serie C), N° 223, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 04/03/11.

(65) Corte IDH, caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala” (Serie C), N° 77, Reparaciones y Costas, sentencia del 26/05/01, párrafos 89 y 90.

VII. Implicancias del daño al proyecto de vida por padecimientos y muerte en prisión

Lo dicho en el acápite precedente nos lleva a postular que resulta posible relacionar el concepto de daño al proyecto de vida con los supuestos de malos tratos, torturas y muertes ocurridas al interior de los establecimientos carcelarios. Máxime si se tiene en cuenta la jurisprudencia de la CSJN que ha entendido, en materia de derecho laboral, que la muerte del trabajador puede constituir una *modificación traumática del proyecto de vida* de sus causahabientes (“Suárez Guimbard”), así como la incapacidad permanente y total puede impactar sobre el proyecto de vida no sólo del afectado, sino también en su familia (“Milone” y “Aguino”).

Si la incapacidad permanente y la muerte del trabajador son susceptibles de impactar en el proyecto de vida de sus familiares, no se ve por qué razón no habría de ocurrir lo mismo en caso de la muerte de un preso, puesto que el daño al proyecto de vida, tal como lo entiende la Corte IDH, no está vinculado a lo que ha dejado de percibir económicamente el sujeto afectado. Calderón Gamboa considera, opinión que compartimos, que el proyecto de vida de los familiares puede verse afectado como consecuencia de la afectación de la víctima directa (69). Sin embargo, el proceso de consumación de ese daño al proyecto de vida y los mecanismos de su reparación deben ser individualizados y acreditados de manera separada según cada familiar, y no como consecuencia directa e inmediata del caso (70).

1. ¿Es posible de reparación el proyecto de vida del preso dañado por su paso por la cárcel?

Se impone la reflexión en torno del impacto que sobre el proyecto de vida del detenido pueden

(69) Así, por ejemplo, en el caso “Furlan” antes citado, la Corte IDH reconoció: “Como consecuencia de las perturbaciones sufridas, el señor Claudio Furlan construyó un proyecto de vida alrededor de su hermano con discapacidad y del padre a su cargo, de manera tal que, por ejemplo, en su momento, se cambió al horario nocturno en la escuela para poder acompañar a su hermano y actualmente vive muy cerca de la casa de Sebastián Furlan para estar a su disposición en caso de una emergencia” (párrafo 263).

(70) CALDERON GAMBOA, Jorge F., “La reparación del daño al proyecto de vida en casos de tortura”, en Memorias del Seminario. Los Instrumentos Nacionales e Internacionales para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura, Comisión Europea - Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2005, n. 18, p. 218.

provocar las condiciones en que se verifica el encierro carcelario. Calderón Gamboa cita como ejemplo de daño al proyecto de vida el caso de un recluso quien a consecuencia de los golpes que recibió por parte de sus custodios, sufrió el estallamiento de las vísceras, por lo que le fue extirpado el páncreas y el bazo. Derivado de eso se le diagnosticó una incapacidad permanente total, la que le impediría realizar ciertos trabajos durante toda su vida, además de necesitar atención médica y medicamentos acordes con su estado de salud. Tal supuesto constituye un caso en el cual “la violación de derechos humanos no recae en el derecho a la libertad personal, sino que se presenta específicamente en la integridad física; sin embargo, ocasiona un impedimento en el desarrollo proyectivo o libertad existencial de la víctima, siendo lógico que las afectaciones en la esfera física modificarán de por vida su desarrollo normal” (71).

La imposición violenta y forzada por las circunstancias, de salud en este caso (sean físicas, psíquicas o ambas), constituye una afectación del proyecto de vida en la medida en que reorienta el horizonte existencial de una manera no deseada ni elegida por el damnificado. El daño al proyecto de vida se consume en la medida de la imposición de un futuro o destino que no es el resultado de una programación vital como desenvolvimiento de la libertad propia del individuo, en cuanto expresión de la dignidad e identidad personales. Se le impone a la persona privada de la libertad, como consecuencia de padecimientos ilegítimos, un destino que no es fruto de la libre elección: he ahí el daño al proyecto existencial. En definitiva, se daña el proyecto de vida en la medida en que se vulnera la realización personal del individuo, a través de una afectación de su libertad para conducir el proyecto deseado (72).

(71) CALDERON GAMBOA, Jorge F., “La reparación del daño al proyecto de vida en casos de tortura”, en Memorias del Seminario. Los Instrumentos Nacionales e Internacionales para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura, Comisión Europea - Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2005, pp. 219-220.

(72) CALDERON GAMBOA, Jorge F., “La reparación del daño al proyecto de vida en casos de tortura”, en Memorias del Seminario. Los Instrumentos Nacionales e Internacionales para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura, Comisión Europea - Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2005, p. 213. “El componente claro en materia de derechos humanos consiste en identificar que esas afecta-

Calderón Gamboa sostiene que “no puede existir una reparación estándar, pues los proyectos de vida, como las personas, cambian dependiendo de las culturas. El objetivo primordial de esta reparación es rescatar o reorientar ese proyecto de vida perdido y, dependiendo de la latitud del planeta en que nos ubiquemos, será que en la vida de cada cultura unas cosas tomen mayor valor que otras” (73). No obstante, a los efectos de una paulatina fijación de criterios de reparación, Fernández Sessarego propone tomar como referencia los precedentes de la Corte IDH ya que “ha delineado y aplicado en la práctica jurisprudencial algunas modalidades de reparación del ‘daño al proyecto de vida’, las cuales han de enriquecerse cuando los pensadores, los juristas o los jueces vayan encontrando a través del tiempo, con imaginación y sensibilidad, nuevos criterios para cumplir con reparar adecuadamente tan grave daño a la persona como el que frustra su ‘proyecto de vida’ truncando su destino” (74).

Resulta ilustrativo el siguiente pasaje de Calderón Gamboa: “tampoco podemos pensar que a una persona que se le privó de su proyecto de vida por años, al momento de estar en posibilidad de recobrarlo, ésta desee realizar exactamente el mismo proyecto planteado años atrás; será válido que éste replantee sus metas y el Estado, al igual, deberá reparar el daño y brindar los elementos necesarios para hacer realidad la nueva formulación del proyecto, pues fue éste quien lo coartó arbitrariamente. Por lo tanto, la reparación no consiste en otorgar lo que se supone es el resultado del desarrollo de ese proyecto, sino en proveer los medios indispensables para desarrollarlo y alcan-

ciones no tienen razón de ser, ya que no son consecuencia natural de la vida, sino actos perpetrados por quienes tienen el deber de ser garantes respecto de los gobernados, lo que reviste el hecho de gravedad” (p. 214).

(73) CALDERON GAMBOA, Jorge F., “La reparación del daño al proyecto de vida en casos de tortura”, en *Memorias del Seminario. Los Instrumentos Nacionales e Internacionales para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura*, Comisión Europea - Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2005, p. 219.

(74) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, “El proyecto de vida, ¿merece protección jurídica?”, en *Persona. Revista electrónica de derechos existenciales*, N° 75, 2008, disponible en <http://www.revistapersona.com.ar/Persona75/75Sessarego.htm>.

zarlo en relación con la magnitud y afectación que se causó en el caso específico” (75).

La pregunta que encabeza este acápite, cuya respuesta queda abierta a posteriores indagaciones, permite reflexionar y dimensionar lo que la recuperación de la libertad (excarcelación o agotamiento de la pena), cuando no también el egreso gradual y anticipado dentro del régimen progresivo de la pena, puede representar en el desenvolvimiento del proyecto de vida del condenado. Estimamos que además podría generar la inquietud acerca de los supuestos de reparación por responsabilidad del Estado: casos de prisión preventiva con posterior absolución, los de condena por error judicial o los derivados de la muerte del interno.

A nuestro modo de ver, el manejo de las nociones de condena como reprogramación del proyecto existencial, privación de la libertad en sentido positivo y afectación del proyecto de vida por las condiciones de detención, nos lleva a apreciar que también acarrearían responsabilidad del Estado, muchos casos de agotamiento de la pena en los que la persona regresa al medio libre, sin poder encontrarle sentido a su vida como consecuencia de los padecimientos sufridos durante el encierro carcelario.

Fernández Sessarego reflexiona que “las dificultades para reparar los daños a la persona, en general, se acentúan si tenemos en consideración aquellos cuyas consecuencias afectan la calidad de vida de la persona —daños al ‘bienestar’ o daños ‘existenciales’— y, con mayor razón, si lo que se tiene que reparar son las consecuencias de un daño a la libertad fenoménica, a la frustración, menoscabo o retardo del ‘proyecto de vida’ de cada cual” (76). Este menoscabo o retardo del proyecto

(75) CALDERON GAMBOA, Jorge F., “La reparación del daño al proyecto de vida en casos de tortura”, en *Memorias del Seminario. Los Instrumentos Nacionales e Internacionales para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura*, Comisión Europea - Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2005, p. 217.

(76) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, “El proyecto de vida, ¿merece protección jurídica?”, en *Persona. Revista electrónica de derechos existenciales*, N° 75, 2008, disponible en <http://www.revistapersona.com.ar/Persona75/75Sessarego.htm>. Suscribimos la siguiente afirmación, profunda del autor citado, respecto de la formación de los jueces: “Para afrontar la delicada tarea de

de vida suele ser característico de la persona que ha transcurrido un tiempo prolongado en prisión y que ha dejando “suspendida” su vida misma, sus vínculos familiares, sociales, culturales, etc.

VIII. Algunas reflexiones finales

No se trata de imponer al penalista la ciega importación de una figura o avance de las investigaciones propias de la dogmática civilista, sino de asumir y aceptar que esa rama del derecho se encuentra —al menos en este aspecto— a una altura iusfilosófica superior que la alcanzada por el saber penal. Si el derecho civil ha podido hablar del daño al proyecto de vida o proyecto existencial y tematizar en su rama específica el problema de su reparación (teorías del daño a la persona), se debe en parte a que los civilistas han sabido elevarse al plano general de la teoría del derecho con sólida base de antropología jurídica y así advertir un dato ontológico evidente: la existencia de la persona humana —destinataria de las normas de derecho— se exterioriza en el mundo interactuando y proyectando su conducta en el tiempo existencial.

Si esto último es correcto en el plano general del derecho, alguna consecuencia ha de poder ver el penalista en su rama específica del saber jurídico. Derecho Penal y Derecho Civil —vale subrayar la obvedad— tienen en común ser ambos y ante todo, *Derecho*. Creemos que el horizonte de proyección de este asunto va más allá de la teoría de la pena, desde que toda sanción es, por supuesto, conducta humana del sujeto sancionado. Puede alcanzar también a la teoría del delito, que se ocupa de la conducta del autor del ilícito y por lo tanto no debería desatender el dato evidente de que toda conducta es proyectiva y se enmarca en un proyecto de vida más amplio.

Sin embargo, reducir el complejo entramado de las condiciones de detención como condiciones de posibilidad de una muerte violenta en el interior de un establecimiento de cualquiera de los servicios penitenciarios de las diversas jurisdicciones, a “*un incumplimiento irregular de su función*” por parte del Estado, en la terminología

reparar adecuadamente las consecuencias de los daños a la persona se requiere de juristas y de jueces que reúnan ciertos mínimos requisitos, como los de contar con una especial sensibilidad humana y una preparación académica para conocer mejor lo que antes se ignoraba: la estructura existencial del ser humano”.

de la jurisprudencia de la CSJN citada en “Gatica”, constituye una simplificación conceptual que silencia el drama existencial que subyace como realidad mentada por esa significación jurídica.

La condena penal constituye, en términos conceptuales, una reprogramación de la conducta del sujeto sancionado como correlato del ilícito que se le atribuye. Lo mentado por la sentencia condenatoria es la propia vida del condenado bajo ciertas condiciones impuestas en ese mismo acto. En el plano ejecutivo de la pena de prisión, fijada en el programa de la sentencia, lo mentado es la propia existencia del recluso en cuanto es su propia vida la que transcurre en el encierro y lo que la pena significare vivencialmente para él, no es escindible de lo que constituyere su proyecto existencial. He ahí, a nuestro modo de ver, el campo fértil para el penalista dogmático que procure valerse de los aportes más lucidos de los iusfilósofos que nos han servido de guía en esta indagación (Cossio, Vilanova, Messuti, Fernández Sessarego).

Aspiramos a que estas reflexiones puedan generar la inquietud de problematizar algunos límites epistemológicos del tradicional modo de abordar el estudio de las condiciones de detención, desde la perspectiva jurídico-penal, como mero derecho de ejecución penal. Nuestro objetivo estará cumplido si hemos logrado despertar alguna inquietud en civilistas o penalistas, respecto de la posibilidad de articular en sus tareas cotidianas (demandas por daños, incidentes de ejecución penal, etc.) o cuestionarse en sus reflexiones teóricas, la problemática derivada de la condición ontológica del ser humano en cuanto objeto de conocimiento jurídico y a la vez, sujeto plenario portador de proyecto de vida y plenitud existencial propios.

Lo más importante en la vida del ser humano es cumplir con el destino que se ha trazado durante su existencia, realizarse como persona, ejecutar su “proyecto de vida”. De no ser así, la vida pierde su sentido, su razón de ser. Cabe entonces, en esta frustrante circunstancia, volver a preguntarse: ¿para qué vivimos si no podemos ser lo que decidimos ser? (77) ◆

(77) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, “El proyecto de vida, ¿merece protección jurídica?”, en *Persona*. Revista electrónica de derechos existenciales, N° 75, 2008, disponible en <http://www.revistapersona.com.ar/Persona75/75Sessarego.htm>.

RECURSO DE APELACIÓN

Régimen de Faltas. Suspensión del proceso a prueba denegada. Requisitos de procedencia del recurso. Sentencia definitiva o equiparable. Gravamen. Rechazo. Disidencia.

***Hechos:** El juez rechazó la aplicación de la suspensión del proceso a prueba respecto del imputado por la infracción prevista en el art. 1.1.5 de la Ley 451 de la Ciudad de Buenos Aires. Apelada la resolución por el acusado, la Cámara declaró mal concedido el recurso.*

1. — El recurso de apelación interpuesto por el imputado por la infracción prevista en el art. 1.1.5. de la Ley 451 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ante el rechazo de la aplicación de la suspensión del proceso a prueba debe ser declarado mal concedido, pues el auto apelado no constituye una sentencia definitiva en los términos del art. 56 de la Ley local 1217 y el acusado no logró demostrar gravamen que amerite equiparlo a tal.

2. — En un proceso en el que se investiga la infracción prevista en el art. 1.1.5. de la Ley 451 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debe aplicarse la Ley local 3956 que previó en su art. 36 la suspensión del proceso a prueba aunque en la actualidad esté derogada, pues durante su vigencia fue aplicable al caso —se ordenó la remisión de las actuaciones a la justicia penal contravencional y de faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y se recibieron en el juzgado— y resulta más favorable al imputado (del voto en disidencia del Dr. Delgado).

CPenal, Contravencional y de Faltas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 2012/10/17. - Delabella, Carlos Alberto s/infr. art. 1.1.5 - Ley 451.

[Cita on line: AR/JUR/67453/2012]



CONTEXTO NORMATIVO DEL FALLO

Leyes 451 (Adla, LX-E, 5916) 1217 (Adla, LXIV-A, 658)

Proceso penal, ley más benigna y derecho al mejor derecho

POR **FERNANDO AVILA**

Sumario: I. Introducción.— II. El régimen de faltas como integrante del poder punitivo estatal.— III. Ley más benigna. Las garantías y el proceso.— IV. ¿Violación al principio de prohibición de regresividad?— V. Derecho al mejor derecho.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

El fallo que comentamos fue dictado por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 17 de octubre de 2012 en el marco de la causa N° 3823-00-CC/2012, caratulada “Delabella, Carlos Alberto s/ infr. art. 1.1.5 - Ley 451”.

El organismo intervino luego de que la defensa interpusiera recurso de apelación contra la decisión del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas 3 de la Ciudad, por la que se rechazó el pedido de aplicación de suspensión del proceso a prueba, debido que al momento de su petición la ley vigente (ley 1217, restaurada por la ley 4191) no contemplaba esa posibilidad. La defensa alegó que se había vulnerado el principio de ley más benigna ya que el instituto era procedente, de acuerdo con el texto del régimen especial de faltas derogado.

La causa tiene su origen en cuatro actas de comprobación efectuadas entre el 24 de julio de 2010 y el 28 de mayo de 2011. La ley 3956 sancionada el 13 de octubre de 2011 y promulgada de hecho el 4 de noviembre de ese año preveía la posibilidad de otorgar la suspensión del proceso a prueba en el régimen de faltas (1). La ley 4128, publicada en el

(1) Artículo 36.- Suspensión del proceso a prueba. En cualquier momento y hasta inmediatamente antes del debate o durante éste cuando se produzca una modificación en la calificación legal que lo admita, el/la presunto/a infractor/a podrá proponer la suspensión del proceso a



JURISPRUDENCIA VINCULADA

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, Gómez, Gastón Martín, 04/06/2010, La Ley Online, AR/JUR/30795/2010; Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, Calle García, Modesto, 18/07/2007, La Ley Online, AR/JUR/5322/2007

2ª Instancia.— Buenos Aires, octubre 17 de 2012.

Considerando:

Previo a resolver sobre la cuestión traída a conocimiento de esta Alzada, se impone un análisis tendiente a determinar la admisibilidad de la vía intentada.

Adelantamos que la pieza procesal en estudio no satisface los requisitos exigidos para la interposición de un remedio de esta naturaleza, por los fundamentos que a continuación expondremos. Ver en similar sentido lo resuelto en las causas N° 7751-00-CC/2012, "Filippa, Carlos Jorge s/infr. art. 2.1.2 - Ley 451", del 14/06/2012; N° 47806-01/CC/2011, "Recurso de queja

en autos Cozar, Cristian Adrián s/infr. art. 2.1.1. Ley 451", del 14/06/2012; N° 5128-00/CC/2012 "Ferradas, María Josefina y Rossetti, Pablo Manuel s/infr. art. 1.3.22- Ley 451", del 14/08/2012; N° 34388-00/CC/2011 "Gilmer S.A. s/infr. art. 4.1.22-Ley 451, del 14/08/2012 y N° 13440-01/CC/2012 "Recurso de queja en autos Tejon, Héctor y Perazzo, Agustín SH s/infr. art. 2.2.12 - Ley 451", del 25/09/2012.

En primer lugar, cabe destacar que conforme expresáramos en anteriores pronunciamientos es criterio del Tribunal que la ley procesal a aplicar en las causas en trámite ante estos estrados la indicará la fecha en la que se excitó la intervención de la Alzada, esto es, el día de la interposición del recurso (1).

(1) Causas n° 16593-01-CC/2006, carat. "Recurso de queja en autos García, María Eugenia y Ricco, Daiana Giselle (Crisostomo Alvarez 2825) s/infr. art. 116 Ley 1472", rta. el 12/10/2007, n° 29101-00-CC/2007, carat. "Bottali, Miguel Angel s/inf. art. 116, 117 y 118 Ley 1472", rta. el 28/11/2007, n° 27329-01-CC/2007 carat. "Incidente de nulidad en autos Fernández Gibaut, Paul Antonio s/infr. art. 111 Ley 1472", rta. el 29/11/2007 y n° 25793-01-CC/2007, carat. "Incidente de nulidad en autos Vezanni, Luis Alberto s/inf. art. 116 Ley 1472", rta. el 17/12/2007.

boletín oficial el 8 de febrero de 2012, suspendió el plazo de aplicación de la ley 3956 por ciento veinte días y, finalmente, la ley 4191, sancionada el 14 de junio de 2012, derogó la ley 3956, recobrando vigencia la ley 1217. Es decir que la ley 3956 que admitía la posibilidad de suspensión del proceso a prueba rigió desde el 2 de diciembre de 2011 hasta el 16 de febrero de 2012, abarcando un tramo del proceso iniciado contra el peticionante.

La Cámara, por mayoría, consideró que el recurso había sido mal concedido sin ingresar al fondo de la cuestión planteada, aunque sostuvo en un apartado que era *"criterio del Tribunal que la ley procesal a aplicar en las causas en trámite*

ante estos estrados la indicará la fecha en la que se excitó la intervención de la Alzada, esto es, el día de la interposición del recurso". De acuerdo a esta premisa, la discusión en relación con la ley más benigna devenía estéril, ya que el recurso había sido interpuesto cuando tenía plena vigencia la ley 1217.

El juez Sergio Delgado, en disidencia, sostuvo que debía hacerse lugar al recurso de la defensa. Explicó que existe una íntima vinculación entre el ordenamiento penal y el derecho administrativo sancionador, ya que comparten la manifestación punitiva del Estado contra los habitantes. Los principios y garantías del derecho penal se extienden al derecho administrativo de corte sancionador. Finalmente analiza los hechos y las circunstancias temporales en las que se produjeron para luego sostener que debe aplicarse en el caso la ley más benigna de modo ultraactivo.

Nos interesa abordar la cuestión de la separación entre derecho penal sustantivo y adjetivo, el principio de irretroactividad de la ley penal, la

prueba. El tribunal convocará a una audiencia oral con citación al peticionario, al Ministerio Público Fiscal. Luego de escuchar a las partes resolverá si concede la suspensión del proceso, con las condiciones de cumplimiento que estime pertinentes, o la deniega. Cumplidas las condiciones impuestas, el/la juez/a, previa vista al Ministerio Público Fiscal, dictará sobreseimiento. En caso de incumplimiento dispondrá la continuación del proceso o la prórroga de la suspensión, según corresponda.

En el caso en trato la apelación traída a nuestro conocimiento se dedujo el día 30 de agosto del corriente (ver fs. 99 vta), es decir, 18 días después de la entrada en vigor de la Ley N° 4191, mediante la cual se derogó la Ley N° 3956 - Procedimiento de Faltas Especiales- y la Ley N° 4.128 (que suspendía la aplicación de la Ley N° 3956 por el término de 120 días), por lo que cualquier discusión sobre la cuestión deviene estéril.

Sentado ello e ingresando en el análisis de la admisibilidad del recurso, el art. 56 de la ley 1217 dispone que “[l]a sentencia definitiva es apelable con efecto suspensivo en los casos de inobservancia manifiesta de las formas sustanciales prescriptas para el trámite o decisión de la causa, violación de la ley o arbitrariedad”. Por lo tanto, únicamente cuando se dirige contra una sentencia definitiva y el desarrollo argumental de los agravios contenidos en la apelación se enmarca en alguno de esos supuestos, el recurso es procedente.

En el caso de marras el auto apelado no constituye una sentencia definitiva stricto sensu en los términos aludidos en el art. 56 del código ritual, y la defensa no logra demostrar gravamen que amerite equipararlo a una sentencia definitiva.

La ley procedimental de aplicación en la especie (ley 1217) establece, respecto de las resoluciones re-

caídas en el procedimiento judicial de las infracciones, remedios impugnativos dirigidos sólo a enervar la sentencia definitiva. En efecto, el recurso de apelación —art. 56— designa sólo a éstas como objeto de la tramitación allí reglada; el de queja —art. 58— procede “cuando el/la Juez/a deniegue el recurso de apelación o para el caso de retardo de justicia”; finalmente, el recurso de inaplicabilidad de ley —art. 59—, “cuando la sentencia de una sala de Cámara contradiga a otra de distinta Sala...”. Este escueto portal de acceso a la discusión de lo ya jurídicamente derivado y concluido carece, a diferencia del orden contravencional y del relacionado con las competencias penales del fuero, de una explícita remisión al Código Procesal Penal de la Nación u otro cuerpo adjetivo que permita de algún modo integrar lo allí no reglado.

Tal especial carácter del ordenamiento en observación conduce a concluir que ha sido voluntad manifiesta del Legislador la de exigir, a efectos de la procedencia de la vía recursiva, concretos requisitos —delineados del modo descripto— y obviar las mentadas referencias normativas en su perfil de herramienta legal subsidiaria, pues, de haber meritado necesaria la conexión con el ceremonial nacional —o con algún otro, o aun diseñar otros aspectos del procedimiento— lo habría hecho.

aplicación de la ley más benigna como excepción y su estrecha relación con la noción del derecho al mejor derecho.

Previo, una pequeña digresión. La suspensión del juicio a prueba es un instituto de naturaleza ambivalente y su ubicación sistemática no es un indicador irrefutable de su naturaleza sustantiva o adjetiva (2). Tiene capacidad extintiva de la acción penal, poniendo fin al proceso (por ello se admite recurso de casación contra su denegación y la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha llegado a considerar su rechazo como gravamen no susceptible de reparación ulterior, en tanto restringe el derecho del procesado a poner fin a la acción y evitar la imposición de una pena (3)) y, por otra parte, se considera que representa la instauración del principio de oportunidad en el marco de un proceso regido por el principio de legalidad procesal. Algunos autores manifiestan

que su característica esencial es la de ser una medida alternativa a las penas (4).

Por sus consecuencias prácticas (evitar el castigo) creemos que su perfil sustantivo es el que prevalece y así, su ubicación entre las normas procedimentales -sin perjuicio de la postura que desarrollaremos a continuación- no debería ser un argumento para excluir su análisis a la luz del principio de ley penal más benigna.

II. El régimen de faltas como integrante del poder punitivo estatal

La telaraña del poder punitivo del Estado no se agota en sus manifestaciones más violentas en términos cuantitativos (derecho penal), sino que se compone de una extensa red de micro-expresiones cotidianas como lo son el derecho contravencional, el poder disciplinario, el derecho administrativo, etcétera.

(2) MAURACH - ZIPE, “Derecho penal, Parte General”, T. I, Ed. Astrea, 1994, p. 52.

(3) CSJN, Fallos 320:2451.

(4) DEVOTO, Eleonora A., “Probation e institutos análogos”, Ed. Hammurabi, 2ª edición., p. 120 y ss.

La conclusión que antecede se condice con la línea jurisprudencial emanada de nuestro más alto Tribunal Nacional, en cuanto ha resuelto que “no cabe admitir una interpretación de las disposiciones legales o reglamentarias que equivalga a la prescindencia de su texto, si no media debate y declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad, pues la exégesis de la norma debe practicarse sin violencia de su letra y de su espíritu” (2); y ello en orden a la pacífica doctrina en la materia “...no cabe presumir la inconsecuencia o falta de previsión del legislador, razón por la cual las normas deben ser entendidas evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, procurando adoptar como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor” (3).

Sucede que “...esa función jurisdiccional a cargo de la administración es constitucional, a condición de que

(2) C.S.J.N., carat. "A.F.I.P. v. Povolo, Luis Dino s/infracción al art. 40 de la ley 11.683", 11/10/01.

(3) Conf. doctrina de Fallos: 310:195; 312:1614 y 1849; 313:132 y 1149; 314:458; 315:727; 319:1131; 320:2701; 321:2453 y 324:1481, entre muchos otros.

Una de las particularidades de esta porción del ejercicio punitivo estatal radica en que se produce una relación inversamente proporcional entre la cuantía del castigo amenazado y la expansión del control y del castigo finalmente aplicado (a menor gravedad del castigo mayor es su aplicación efectiva).

La grandilocuencia del derecho penal y las “graves” conductas que pretende atrapar tienden a dulcificar y dejar en segundo plano el espectro de la punición que se encuentra fuera de su ámbito inmediato de aplicación. La cantidad de personas que se ven atrapadas a diario por el régimen de faltas o contravencional es sensiblemente mayor a las que atrapa el derecho penal. La menor intensidad aflictiva relativa que poseen las sanciones en el marco del régimen de faltas -en relación con el derecho penal- provee a esta herramienta de una aparente inocuidad que la convierte en un excepcional instrumento de control y dominación social. Esta macrocefalia del derecho penal tiene una consecuencia preocupante: las garantías constitucionales destinadas a proteger al ciudadano frente al Estado no se aplican -ni preocupan- de igual modo en los niveles inferiores de esta tradicional clasificación (derecho procesal penal, derecho de faltas, etcétera).

cuando los órganos de la administración obren como jueces haya siempre posibilidad de una instancia de revisión o recurso ante un órgano del poder judicial (control judicial ulterior suficiente)” —Bidart Campos, Germán J., Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Buenos Aires, Ed. Ediar, 1986. Tomo II, pág. 314—.

Por lo expuesto, corresponde declarar mal concedido el recurso interpuesto por la defensa.

El doctor *Delgado* dijo:

Primera cuestión.

En cuanto a la admisibilidad del recurso interpuesto, el apelante ha fundamentado su recurso en una posible inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva conforme a lo establecido en el art. 43 de la ley 3956, por escrito y tempestivamente.

En razón de lo expuesto, el recurso interpuesto por la defensa particular es formalmente admisible, debiéndose tratar los agravios vertidos.

El régimen de faltas es, como el penal, una manifestación de la coerción estatal contra el ciudadano. Como tal, merece idéntico o quizá mayor (por la característica expansiva señalada) abordaje que el derecho penal, buscando aportar un cauce racional a las pulsiones de poder para evitar lamentables desbordes, que tienen terreno más fértil para producirse allí donde la atención y la preocupación por la plena vigencia del estado de derecho es menos rigurosa, a tono con la subestimación de su capacidad aflictiva.

III. Ley más benigna. Las garantías y el proceso

Pensar la realidad punitiva escindida en compartimientos estancos, donde la normativa procesal y el derecho penal de fondo sólo tienen una relación en la que la primera es el instrumento realizador del segundo es, además de una postura tradicionalmente difundida y aceptada, una visión sesgada de la realidad basada en una bucólica visión de aquélla como una herramienta neutral.

El derecho procesal -en el marco del poder punitivo- cumple un incuestionable rol garantizador. Cualquier separación que pueda trazarse entre el derecho penal sustantivo y el adjetivo (por ejem-

Segunda cuestión.

Se iniciaron las presentes actuaciones a raíz del labrado de las actas de comprobación que a continuación se detallan:

1) N° 3-00198278 con fecha 24/7/10, por “obstrucción procedimiento con agresión a personal con apoyo policial y epítetos irreproducibles”,

2) N° 3-00312866 con fecha 4/3/11, por “falta de higiene consistente en grasitud acumulada de vieja data en ducto de extracción de campana y en utensilios de cocina en sector cocina al momento de la inspección”.

3) N° 3-00332767 del 28/5/11, por “no exhibir seguro de responsabilidad civil contra terceros de letrero sobre vía pública vigente”.

4) N° 3-00332766 del 28/5/11, por “permitir trabajar sin libreta sanitaria a Denisse S. Galanti DNI ...”.

A fs. 71/72vta la defensa solicita la suspensión del juicio a prueba en razón de entender que se debe aplicar de la ley 3956 que resulta más benigna al permitir

en el caso la aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba.

Al respecto entiendo que corresponde hacer lugar a la pretensión del apelante por los argumentos que a continuación expondré.

En primer lugar debo referirme a los principios que rigen en materia penal y su vinculación con el régimen de faltas. En este sentido ya he plasmado mi criterio en la causa n°27227-00-CC/11 “Dielo S.A. s/ inf. art. 4.1.22 y otros L 451- Apelación”. Allí expuse que si bien el marco en que nos vemos insertos es el determinado por las normas que regulan el derecho administrativo sancionador en la Ciudad, entiendo que existe una íntima relación entre dicho ordenamiento y el ordenamiento jurídico penal, pues ambos comparten una manifestación coercitiva por parte del Estado que tiene como destinatarios a sus habitantes. La Corte Suprema de Justicia ha reconocido naturaleza penal a las multas impuestas por la administración cuando tienden a prevenir y reprimir la violación de las disposiciones legales pertinentes, en forma ejemplarizadora e intimidatoria, para lograr el

plo, en el ámbito académico) se diluye cuando se consideran su comunión ideológica y funcional respecto de la política criminal de un Estado y las consecuencias de su puesta en funcionamiento para el ciudadano sometido a proceso.

Las garantías constitucionales de toda persona encuentran su primer bastión de defensa en el entramado procesal del ordenamiento jurídico. Tanto el derecho penal como el procesal penal tienen como normas primarias la Constitución y las convenciones internacionales, ya que a ambos incumbe la preservación del estado de derecho, y cada principio limitador tiene su correspondiente versión penal y procesal penal (5).

Una clara y difundida limitación a esta deseada correspondencia es la que encontramos con respecto al principio de irretroactividad de la ley penal.

El principio de irretroactividad de la ley penal (y la aplicación retroactiva o ultraactiva de la ley penal más benigna) tiene carácter constitucional (artículo 18 de la CN) y convencional (artículo 9° CADH) y es un derivado del principio de legalidad.

Básicamente el sentido de este principio es impedir que alguien sea penado por un hecho que no era considerado delito al momento de su comisión o que se imponga una pena más grave que la prevista al tiempo de su comisión. La excepción a este principio es el caso de la ley más benigna, donde frente a casos de leyes sucesivas, tendrá vigencia aquella cuya aplicación sea más beneficiosa para la persona sometida a proceso y así podrá darse que una ley derogada se aplique aun a sucesos posteriores (de modo ultraactivo) o que una nueva ley se aplique a hechos anteriores (de modo retroactivo).

En palabras de Zaffaroni: “*La ley penal más benigna no es sólo la que desincrimina o la que establece una pena menor, pues (a) puede tratarse de la creación de una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, de un impedimento a la operatividad de la penalidad, etc., (b) puede provenir también de una nueva modalidad ejecutiva de la pena, el cumplimiento parcial de la misma, las previsiones sobre condena condicional, probation, libertad condicional, e incluso, las consecuencias procesales*” (6).

(5) ZAFFARONI, E. R. - ALAGIA, A. - SLOKAR, A., “Derecho penal, Parte General”, Ed. Ediar, 2ª edición, p. 165.

(6) ZAFFARONI, obra citada, p. 121.

acatamiento de los preceptos legales (Fallos 289:336; 270:381; 294:420, entre otros).

Alejandro Nieto explica la extensión de los principios y garantías del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador. Para este autor, ello ocurre por varias razones entre las que se encuentran la: "Constitucional: Los principios inspiradores del Derecho Penal son progresistas en cuanto que suponen una garantía de los derechos de los individuos. De aquí que sea más conforme con el espíritu democrático de la Constitución (se refiere a la española) —y con el Estado de Derecho— la igualación "por arriba" de ambos ordenamientos. Dogmática: El Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal convencional forman parte de una unidad superior —el Derecho Punitivo del Estado— que hasta ahora venía identificándose con el Derecho Penal en sentido estricto. En rigor, por tanto, cuando se imponen al Derecho Administrativo Sancionador los principios del Derecho Penal no es porque se considere a éste de naturaleza superior, sino porque tales principios son los únicos que se conocen —hasta ahora— como expresión del Derecho punitivo del Estado." (Dere-

cho Administrativo Sancionador, Segunda edición ampliada, p. 119; ed. Tecnos; 1994; Madrid, Reino de España).

En situaciones como la de autos, en donde existe un proceso iniciado bajo una ley con un procedimiento judicial más benigno, derogado en la actualidad obliga, además si corresponde, la aplicación a determinar de la ley procesal más benigna.

Al respecto, se ha dicho que "La ley penal más benigna no es sólo la que desincrimina o la que establece pena menor, pues (a) puede tratarse de la creación de una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, de un impedimento a la operatividad de la penalidad, etc.; (b) puede provenir también de otras circunstancias, como el menor tiempo de prescripción, una distinta clase de pena, una nueva modalidad ejecutiva de la pena, el cumplimiento parcial de la misma, las previsiones sobre condena condicional, probation, libertad condicional, e incluso las consecuencias procesales." (Zaffaroni Eugenio Raúl, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro, Derecho Penal —Parte General—, Ed. Ediar, pág. 115).

Mientras que en el ámbito penal sustancial los tribunales y la academia no dudan en declarar plenamente vigente este principio, cuando se analiza su aplicación en el terreno del derecho procesal penal la cuestión cambia considerablemente.

Los procesalistas, en general, sostienen al analizar la ley procesal penal en relación con el tiempo, que la misma es de aplicación inmediata al futuro en todos los casos. Entienden que el proceso penal no debe ser considerado una unidad, sino antes bien una multiplicidad de fracciones orientadas a un fin. Es así que a partir de la entrada en vigencia de una nueva ley procesal, regirá para todos los actos futuros inmediatos a cumplirse aun cuando el proceso se encontrare ya iniciado bajo la vigencia de la norma anterior (7).

La dogmática en general (8) señala que el principio de irretroactividad es únicamente aplicable al ámbito del derecho penal sustancial, no teniendo

vigencia en el derecho procesal penal. Roxin parte de la misma clasificación aunque sostiene que el límite entre el derecho penal sustantivo y adjetivo, en cuanto a la prohibición de retroactividad, se desdibuja cuando se trata de condiciones o impedimentos de procedibilidad de la acción que afectan a la admisibilidad del conjunto del proceso (9).

La posición diametralmente opuesta (10) (que compartimos) se construye sobre dos frentes convergentes. Por un lado implica una visión del proceso penal como unidad dotada de un sentido político criminal y no como una sucesión de hechos aislados orientados a un fin. A partir de esta

general", T. I, Ed. Astrea, 1994, p. 197 y ss.; CERESO MIR, José, "Derecho Penal, parte general", Ed. B de F, p. 221.

(9) ROXIN, Claus, "Derecho Penal Parte General", T. I, Ed. Thomson Civitas, 1ª edición, p. 164.

(10) BINDER, Alberto M., "Introducción al derecho procesal penal", Ed. Ad-Hoc, 1ª edición, p. 129 y ss.; PASTOR, Daniel, "Prohibición de la aplicación retroactiva de normas penales sustantivas, adjetivas y ambivalentes", LA LEY, 2002-B, 682 - Suplemento Penal 2002 (marzo), 1; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, "Derecho penal. Parte general", Ed. Ediar, 2ª edición, p. 123.

(7) CLARIA OLMEDO, Jorge A., "Tratado de derecho procesal penal", T. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1ª edición, p. 149 y ss.

(8) JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas, "Tratado de derecho penal, parte general", Ed. Comares, 5ª edición, p. 149; MAURACH - ZIPF, "Derecho penal, parte

A su vez, sostienen Esteban Righi y Alberto A. Fernández que “El principio de retroactividad de la ley más favorable comprende también a los preceptos procesales. Así por ejemplo cuando el nuevo ordenamiento amplía las posibilidades de defensa, establece requisitos de procedibilidad antes no contemplados, o permite una libertad bajo fianza de la que no gozaba el procesado. Desde un punto de vista formal, se ha sostenido que el concepto de “ley más benigna”, por estar previsto en una norma del Código Penal, no rige para situaciones procesales. En el derecho argentino se establece así una limitación que no surge del art. 2º del Cód. Penal, que en principio debe regir respecto de cualquier ley penal, sustantiva o adjetiva, que sea más favorable al infractor. A lo que el principio de irretroactividad apunta es a proteger a los ciudadanos de que las previsiones legales relativas a su comportamiento no serán modificadas ex post en su perjuicio. Si lo que sucede a posteriori de cometido el hecho es la adopción de un régimen más favorable, ese cambio de concepción jurídica debe beneficiar al acusado...” (“Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena”, pág. 93, Ed. Hammurabi).

En sentido concordante con los autores citados, entiendo que debe aplicarse ultra-activamente la norma derogada pero que durante su vigencia fue aplicable al caso, cuando la misma resulta más favorable. En el caso, la ley 3956, previó la suspensión del proceso a prueba en su art. 36 como una vía alternativa para enfrentar el conflicto.

Bajo el criterio interpretativo que propugno, entiendo que debe hacerse lugar a la pretensión esgrimida por el apelante, siendo en definitiva la resolución aquí en crisis contraria a la normativa aplicable al caso concreto, ello en razón de la benignidad de la ley que se omite aplicar. Así lo imponen las circunstancias temporales del caso concreto que aquí se analiza.

Se debe tener presente en primer término el plazo temporal de vigencia de la ley 3956. A tal fin, el Código Civil en su artículo 2º, dispone: “Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial”.

consideración holística del proceso amalgamado por la política criminal, puede trazarse una relación de equidad entre el modo de comprender la irretroactividad de la ley y el correlativo principio de ley más benigna en el ámbito del derecho penal y del procesal penal. Se debe entender como ley más favorable la que fortalece el sentido político criminal del proceso tal como ha sido previsto en la Constitución Nacional.

En lo que hace al sistema de garantías como límite al poder estatal, el derecho penal es una unidad que no puede ser desdoblada en derecho penal sustantivo y derecho penal adjetivo. Ambas caras del derecho penal cumplen un esencial rol limitador de la arbitrariedad estatal.

No existe mayor diferencia entre la irretroactividad de la ley penal sustancial (y su consecuente principio de aplicación de la ley más benigna) y el régimen de la irretroactividad de la ley procesal penal.

Siguiendo a Binder (11), si una variación afecta el sentido político criminal garantizador, la nue-

va ley podrá ser aplicada retroactivamente o la anterior ultraactivamente en la medida en que se considere más benigna. La posibilidad de acceder a la suspensión del juicio a prueba es un derecho (12) de la persona sometida a proceso, posibilidad cuya existencia, al erigirse como obstáculo para la efectiva sanción, califica como más benigna que su opuesto. Su fundamento se encuentra en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal (en sentido amplio) como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico.

IV. ¿Violación al principio de prohibición de regresividad?

El principio de progresividad de los derechos humanos, y su contracara: la prohibición de regresividad, se encuentran estipulados en el artículo 26 de la CADH (13). En su aspecto po-

(12) VITALE, Gustavo L., “Suspensión del proceso penal a prueba”, Ed. Del Puerto, 2ª edición; DEVOTO, Eleonora A., ob. cit.

(13) Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan

(11) BINDER, ob. cit.

La ley 3956 que estableció un régimen especial de faltas fue sancionada el 13/10/11, promulgada de hecho el 4/11/11 y publicada en el Boletín oficial (n° 3798) el 24/11/11. Su art. 36 previó la posibilidad de que fuera otorgada la suspensión del proceso a prueba.

A su vez, el 22/12/11 fue sancionada la ley 4128, cuya publicación en el Boletín oficial ocurrió el 8/2/12, mediante la cual se suspendía por el plazo de 120 días la aplicación de la ley 3956. Aclara la normativa, que durante el plazo de suspensión el procedimiento se regirá por las disposiciones de la ley 1217.

Finalmente, el 14/6/12 se sanciona la ley 4191, mediante la cual se establece la derogación de la ley 3956 y de la ley n° 4128.

Por lo que se puede concluir que el espacio temporal de vigencia de la ley 3956 ha sido desde el 2/12/11 al 16/2/12 (ocho días posteriores a su publicación, en ambos casos).

En el caso de autos, las actas de comprobación datan del 24/7/10, 4/3/11, y 28/5/11. Asimismo, surge a fs. 14/17 la resolución definitiva n° 17482/UAAFE/2011 con fecha 9/11/11 por medio de la cual se declara la validez de las actas señaladas supra, siendo notificado el infractor el 15/11/11 (fs. 18). A fs. 19 obra el informe del Agente Administrativo de Faltas por medio del cual informa la vigencia de un nuevo procedimiento de faltas especiales (ley 3956) y ordena la remisión de las actuaciones a la justicia penal contravencional y de faltas (fechado el 2/12/11) recibidas en el juzgado interviniente el 16 de febrero de 2012.

sitivo consiste en el compromiso estatal de implementar medidas legislativas o de otro carácter tendientes a mejorar los estándares de derechos previstos en el orden local, mientras que su faz negativa (prohibición de regresividad) tiende a prohibir modificaciones legislativas o de otro orden que disminuyan los niveles preexistentes de derechos y garantías.

En el caso, la Ciudad, luego de implementar un régimen especial de faltas que contemplaba el acceso al derecho de la suspensión del proceso a prueba, optó por derogarlo, otorgando plena vigencia al sistema anterior, donde no existía tal posibilidad.

Independientemente de los motivos manifiestos por los cuales fuera derogada la ley, lo cierto es que el juez llamado a solucionar el conflicto no puede integrar la ecuación interpretativa eludiendo el principio en análisis.

No sólo debe considerarse que la ley procesal también debe aplicarse ultra o retroactivamente en casos de mayor benignidad sino que en la interpretación del caso concreto que debe realizar el juzgador al momento de resolver el caso, la prohibición de regresividad debe integrar la

ecuación valorativa debido a su incuestionable trascendencia.

V. Derecho al mejor derecho

Cuando se desarrolla la idea del derecho al mejor derecho se piensa en la posibilidad de una persona de encontrar amparo en una norma que no rige formalmente en su ámbito territorial más próximo pero que sí se encuentra vigente en algún otro que se ve sometido a la misma área de influencia de una norma común (Constitución provincial, nacional, tratados). Es una cuestión de aplicación del mejor derecho posible desde un análisis territorial.

Sucede que cuando se habla de la aplicación retroactiva o ultraactiva de la ley más benigna, sea esta procesal o penal, en realidad se desarrolla otra faceta del derecho al mejor derecho largamente aceptada: el derecho del ciudadano sometido al poder punitivo estatal de acudir a la norma que mayor reparo le otorgue frente a la embestida normativa. En este caso el derecho al mejor derecho se analiza en clave temporal.

Básicamente, desde la comisión del hecho, si han tenido vigencia dos normas sucesivas, sin importar su naturaleza o contenido, debe permitirse a la persona escoger, entre ellas, la que resulte en mayores beneficios para su situación procesal.

El derecho al mejor derecho del ciudadano ante el poder punitivo no puede encontrar un obstáculo fruto de una clasificación. La postura

de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Habiendo reseñado brevemente las circunstancias relevantes de la causa, se puede advertir que durante el breve plazo de vigencia de la ley 3956 se ordenó la remisión a la jurisdicción, siendo recibidas en el juzgado interviniente, el último día de su vigencia. Por lo tanto, debió haberse aplicado el procedimiento especial que establece la ley 3956 en el primer acto de intervención jurisdiccional y aún cuando se prosiga la tramitación del proceso bajo las actuales normas rituales, corresponde aplicar ultraactivamente al caso la norma del art. 36 en la redacción dada por la ley 3956, en tanto acordó el derecho del aquí imputado a obtener la suspensión del proceso a prueba. No puede ser un impedimento la suspensión y posterior derogación de la normativa en cuestión, en razón del principio de aplicación de la ley más benigna, el cual debe primar en el caso de autos.

Por todo lo expuesto, voto por revocar la resolución de fs. 82/84 y dar el correspondiente tratamiento al proceso de autos de acuerdo al régimen establecido en el art. 36 de la ley 3956, ultraactivamente aplicable al caso. Así voto.

En consecuencia, habiendo concluido el Acuerdo, el Tribunal, por mayoría, resuelve: I. Declarar mal concedido el recurso de apelación introducido a fs. 94/99 por la defensa. II. Tener presente las reservas planteadas a fs. 99. Tómesese razón, notifíquese bajo constancia en autos a la Fiscalía de Cámara y devuélvase a la primera instancia interviniente donde deberán practicarse las restantes notificaciones. Sirva lo aquí proveído de atenta nota de envío.— *Fernando Bosch.* — *Marcela De Langhe.* — *Sergio Delgado.*

que sostiene en general que la retroactividad o ultraactividad de la ley penal más benigna no se aplica al derecho procesal penal es consecuencia de una clasificación teórica y como tal, una mera ordenación arbitraria de la realidad. No puede obligarse a una persona a soportar las consecuencias de una norma que refleja sin demasiado brillo el sistema de garantías que debe protegerlo cuando en algún momento que va desde la comisión del hecho al momento de valoración rigió otra que le reportaba una mejor posición relativa frente al poder estatal.

Relacionado estrechamente con el derecho al mejor derecho se encuentra el derecho a la igualdad de trato, que es uno de los estándares en los cuales el derecho internacional de los derechos humanos se ha cimentado, hablamos, en general, del derecho de cada individuo a gozar de un trato igualitario frente a la ley, sin discriminaciones de ninguna índole.

En el modelo propuesto implícitamente por la mayoría de la cámara al resolver, dos personas que cometen la misma infracción el mismo día en la misma ciudad recibirían un trato diametralmente diferente si es que una de las causas es

resuelta antes que se produzca una modificación sustancial a la ley procesal que implique un trato notablemente desventajoso para el que ha quedado rezagado en la burocracia punitiva.

VI. Conclusiones

El poder estatal de sancionar es uno solo, más allá de la diversidad de manifestaciones y la arbitrariedad de sus clasificaciones. Derecho contravencional y derecho penal son expresiones del poder afflictivo del Estado. Derecho procesal penal y derecho penal sustantivo no son más que las caras de una misma moneda. La inagotable obligación de pensar el sistema punitivo buscando expandir el cúmulo de garantías exige ubicar siempre, a pesar de cualquier clasificación normativa o académica, el foco conflictual en el ejercicio del poder estatal.

Negar en términos absolutos la posibilidad de ultraactividad o retroactividad de la ley más benigna bajo la aparentemente aséptica distinción entre lo sustancial y lo adjetivo de esta rama del derecho público no es más que una limitación insostenible de las garantías del ciudadano frente al poder punitivo estatal. ♦

.....

DELITOS ECONÓMICOS

Delitos de los mercados y de la globalización. Una lectura criminológica de los daños sociales y los delitos sufridos por los PIGS

POR CAMILO ERNESTO BERNAL SARMIENTO (*)

Sumario: 1. Más que una confusión, ¿qué son los mercados y quiénes los gobiernan? — 2. Los mercados crearon la crisis, pero la Troika la agravó...— 3. Sacrificando a los PIGS en los altares de los mercados. Una mirada a los daños sociales. — 4. Delitos estatal—corporativos y crímenes de la globalización. Posibles lecturas criminológicas. — 5. La importancia de las investigaciones futuras. — 6. Trabajos citados.

En medio de una nueva crisis económica y financiera del capitalismo global surgida como consecuencia del colapso de la burbuja inmobiliaria en Estados Unidos en el año 2007 y su posterior contagio al resto de las economías mundiales, amplios sectores de la ciudadanía comunitaria y no comunitaria en el ámbito de los países denominados “PIGS” (Portugal, Italy, Greece and Spain) están viendo amenazados su existencia actual y su futuro vital para las próximas décadas.

Una de las causas principales de esta zozobra colectiva proviene de la implementación acelerada de un conjunto de políticas y prácticas neoliberales de ajuste fiscal, recorte del gasto público, desmonte de derechos y privatización de los servicios públicos del Estado de bienestar que son ordenadas por algunas instituciones financieras internacionales (en adelante, IFIs) como el Banco Central Europeo (BCE), el Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Comisión Europea (CE) (1), como respuesta a la crisis de la deuda pública

de los PIGS y, sobre todo, a las presiones de los mercados financieros.

Estas políticas se han impuesto como verdaderos golpes de Estado y son una manifestación de la dictadura que tales mercados ejercen sobre algunas sociedades europeas y sus sistemas políticos (Bernal Sarmiento *et al.*, 2013). Su aplicación generalizada ha traído como consecuencia un aumento de la desigualdad social y un creciente sufrimiento de amplios sectores de la población de estos países que ha llegado incluso a la muerte de varias decenas de habitantes. No hay duda de que por la magnitud del daño social que masivamente ocasionan y por la extensión en el tiempo que tendrán sus consecuencias para la salud, la vida y el bienestar de los habitantes tales políticas pueden ser calificadas como criminales.

Utilizando las herramientas provenientes de la criminología y la zemiología, el presente texto ofrece una propuesta de análisis e interpretación de los hechos que llevaron a la crisis económica y a la posterior recesión en los llamados PIGS, y su relación con los daños sociales y los delitos cometidos por los mercados, las corporaciones, los Estados y las instituciones financieras internacionales.

1. Más que una confusión, ¿qué son los mercados y quiénes los gobiernan?

netarias, así como a sus acciones en pro de la continuidad del euro en la crisis actual.

(*) Investigador del Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona.

Las traducciones del inglés que se usan a lo largo del texto son propias con excepción de Hillyard, P. and Tombs, S. ([2004] 2013. Agradezco a Iván Vidal, Iñaki Rivera, Diana Salcedo, Alejandro Forero y a Leonardo Bernal por sus pertinentes comentarios a versiones anteriores de este texto.

(1) Es claro que la Comisión Europea, órgano ejecutivo principal de la Unión, no es en sí misma una institución financiera internacional. Sin embargo, para efectos de este trabajo, se hará referencia a sus políticas financieras y mo-

Desde el inicio de la crisis y de la recesión económica en los PIGS, los televisores, la radio, las páginas de los periódicos y las redes sociales fueron inundados con los constantes reclamos de un poderoso actor político y económico siempre insatisfecho con las ofertas de los gobiernos endeudados. Los mercados “reclaman”, “rechazan”, “no obtienen medidas que los conforten”, “exigen mayores certezas”, “deben ser calmados” y un largo etcétera (Navarro & López, 2012, pp. 194-195). Dichas expresiones han terminado por construir en el imaginario colectivo una imagen humanizada de los mercados, dotada de una voluntad impersonal y siempre objetiva, a la cual deben someterse las decisiones de los políticos y las preferencias de los ciudadanos.

Mas, ¿qué son en realidad los “mercados”? Las múltiples referencias mediáticas y populares coinciden con la expresión “mercados financieros”, que de acuerdo con la teoría económica se definen como aquellos espacios (físicos o virtuales) donde se intercambia un determinado tipo de productos: títulos financieros. Estos facilitan el encuentro de agentes con necesidades de financiación (administraciones públicas, empresas u hogares), con otros que están dispuestos a utilizar sus ahorros para proporcionar a los primeros dicha financiación (Alvarez Peralta, 2011, p. 15). En una apretada síntesis, puede decirse que los cuatro mercados financieros más importantes son los de deuda, acciones, divisas y derivados. Los mercados de deuda permiten la negociación de títulos que son emitidos por gobiernos (deuda pública) y grandes empresas (deuda privada) con la finalidad de financiar sus actividades. Los mercados bursátiles, por su parte, facilitan el intercambio de acciones emitidas por empresas que cotizan, cuya propiedad da derecho a una parte del beneficio de la empresa correspondiente (dividendos). Los mercados de divisas ofrecen el intercambio de unas monedas nacionales por otras. Finalmente, los mercados de productos “derivados” negocian tomando como base otros activos ya existentes (acciones, títulos de deuda, préstamos, divisas, etc.), sobre los que se establecen determinados contratos en función de su evolución futura (Alvarez Peralta, 2011, p. 17 y 18).

El volumen de dinero que se mueve en estos mercados es sencillamente espeluznante y explica con suficiencia su importancia para las economías nacionales: se calcula que cada año los mercados

mueven 3.450 billones de euros, frente a los 45 billones que supone el PIB mundial. Es decir, producen 76 veces lo que genera la economía real. Se sabe que más de 4 billones de dólares se destinan diariamente a la especulación financiera en los mercados de divisas, sin que estos capitales paguen un solo céntimo en impuestos. De hecho, si se les aplicara un gravamen menor al 2% del valor diario de la especulación financiera, las Naciones Unidas obtendrían, en un solo día, el dinero necesario para erradicar el hambre en el mundo durante todo un año, esto es, 70.000 millones de dólares (Navarro & López, 2012, p. 160; Ruiz de Almirón & Pastrana, 2012).

Esta explicación muestra que las exigencias de los mercados sólo pueden provenir de los agentes económicos que realizan sus intercambios en dichos espacios, y que lejos de la imagen mediática que ellos mismos promueven, los “mercados” y sus dueños no son objetivos e imponen sus intereses políticos y económicos al resto de la sociedad global. Por ello es necesario correr el velo para descubrir a los titiriteros del capitalismo neoliberal: los principales arquitectos de la política y verdaderos amos de la humanidad y del mundo, como advertía Adam Smith (Chomsky, 2012, p. 44).

El núcleo duro del capitalismo financiero mundial está compuesto, actualmente, por un conjunto disímil de empresas y corporaciones transnacionales (en adelante, CN) (2) que tienen la característica principal de concentrar la mayoría de los activos, las transacciones y, por esto mismo, el poder del mercado global. Según el Banco Mundial para el año 2003 de las cien economías del planeta 51 eran corporaciones transnacionales y 49 eran países (Navarro & López, 2012, p. 27). Mas su poder ha venido aumentando con el paso del tiempo. En 2011, tres investigadores del Instituto Federal de Tecnología de Zurich analizaron 43.060

(2) De acuerdo con la OCDE las corporaciones transnacionales “operan en todos los sectores de la economía. Por lo general, comprenden las empresas u otras entidades establecidas en más de un país y ligadas de tal modo que pueden coordinar sus actividades de diversas formas. Mientras que uno o más de estas entidades pueden ser capaces de ejercer una influencia significativa sobre las actividades de los demás, su grado de autonomía dentro de la empresa pueden variar considerablemente de una empresa multinacional a otra. La propiedad puede ser privada, del Estado o mixta” (OCDE, 2011, p. 17).

corporaciones y llegaron a la conclusión de que sólo 737 de éstas controlan el 80% de los activos de esas transnacionales. La concentración del poder económico es mayor en el caso de las denominadas “super-entidades”, 147 empresas que a través de complejas redes de control directivo controlan el 40% del valor total de las corporaciones en el mundo. Las tres cuartas ($\frac{3}{4}$) partes de estas super-entidades son intermediarios financieros, esto es, bancos e inversores institucionales (Vitali *et al.*, 2011, pp. 5 y 6).

Así las cosas, los mercados y sus dueños tienen nombres y apellidos y conforman una verdadera “corporatocracia” (3). Las corporaciones transnacionales más activas en la crisis global fueron principalmente los bancos comerciales (4), los bancos de inversión (5), los inversores institucionales (6)

(3) El término “corporatocracia” hace referencia a una pequeña cofradía de hombres “poderosos que dirigen las corporaciones más grandes del mundo, los gobiernos más poderosos, y la historia del primer imperio verdaderamente mundial”. De acuerdo con John Perkins, antiguo gángster económico (*economic hit man*) y acuñador del término, este grupo está estrechamente unido por unos objetivos comunes. Sus miembros pasan con facilidad de los consejos de administración de las corporaciones transnacionales a los cargos públicos, y viceversa. El mejor ejemplo es Robert McNamara, antiguo presidente del Banco Mundial, que había pasado de su puesto como presidente de Ford Motor Company a la secretaría de Defensa durante los períodos presidenciales de Kennedy y Johnson, y de allí al Banco Mundial (Perkins, [2004] 2009).

(4) La banca comercial de los Estados Unidos está representada por el Citigroup, JP Morgan Chase, Bank of América, mientras que la banca europea está personificada en los bancos Barclays, USB, HSBC, Deutsche Bank, BNP Paribas, Santander, BBVA (Alvarez Peralta, 2011, p. 19; Navarro & López, 2012, p. 195).

(5) La banca de inversión que se movía en los segmentos más especulativos de los mercados fue reestructurada como consecuencia de la crisis en 2008. En EE.UU. hacían parte de este sector Lehman Brothers, Bear Stearns, Merrill Lynch, Morgan Stanley y Goldman Sachs (Alvarez Peralta, 2011, pp. 19 y 20; Navarro & López, 2012, p. 196).

(6) Los inversores institucionales (fondos de inversión, fondos de pensiones, compañías de seguro y *hedge funds* o fondos de inversión de alto riesgo) constituyen un poderoso agente económico de especulación financiera, al punto de que algunos analistas los consideran como “la mano invisible que mueve la cuna europea”. Los fondos más poderosos son BlackRock, Pimco, JP Morgan, Paulson & Co, Soros Fund Management y Bridgewater Pure Alpha (Alvarez Peralta, 2011, p. 20; Ruiz de Almirón & Pastrana, 2012).

y las agencias de calificación de riesgo (7), como se verá a continuación.

2. Los mercados crearon la crisis, pero la Troika la agravó...

La crisis económica, social, ecológica y geopolítica que viven los PIGS es el resultado del predominio de la especulación económica improductiva en los mercados financieros del ámbito global y de la dependencia que las economías nacionales tienen de esos mercados para su propio funcionamiento (Askenazy *et al.* [2010] 2011, p. 10 y ss.). Dicho predominio proviene de un efecto económico simple y a la vez perverso: la producción de bienes y servicios de la economía real, por muy intensiva que sea, no puede competir con las altas tasas de rentabilidad y la vertiginosidad con las que los mercados financieros pueden obtener réditos para las inversiones del capital. En consecuencia, los grandes cantidades de capital se desplazan de manera definitiva a las actividades financieras especulativas (financiarización de las economías), trayendo de la mano el deterioro continuado de la producción real, del empleo y de la generación de ingreso en la actividad productiva. El efecto directo en las personas también es simple: menores ingresos y peores condiciones de vida para millones de seres humanos (Navarro & López, 2012, pp. 164-165; Chomsky, 2012, p. 61).

De acuerdo con el credo neoliberal que ha impulsado el crecimiento de los mercados en las últimas tres décadas, éstos deben funcionar libres de ataduras y regulaciones porque son eficientes y constituyen el único mecanismo de asignación eficaz de capital. Pero la realidad ha demostrado justo lo contrario: éstos no son eficaces, y por el contrario, contribuyen a aumentar las desigualdades por su tendencia intrínseca a acumular “capital ficticio” y a generar burbujas desconectadas de la economía real, evoluciones de precios excesivas e irracionales que, al estallar, provocan graves crisis financieras (Askenazy *et al.*, [2010] 2011, pp. 12 -14; Alvarez Peralta, 2011, p. 16).

(7) Las agencias de calificación de riesgo o *rating* son las encargadas de valorar el riesgo de impago de una empresa o Estado que emite títulos. Moody's, Standard & Poor's y Fitch son las principales calificadoras internacionales de riesgo crediticio, y juntas controlan alrededor de 90% del mercado de calificaciones de empresas y países (Medialdea García, 2011, p. 24 y ss.).

Cómo es sabido, en los últimos años los bancos comerciales y de inversión, los inversores financieros y otros agentes económicos impulsaron una feroz especulación económica, libres de ataduras legales y en busca de ganancias espectaculares en el corto plazo, sobre la deuda privada, entre otras sobre las hipotecas *subprime* o basura, creando una enorme burbuja financiera que explotó cuando el sobreendeudamiento de los bancos multinacionales fue imposible de ocultar.

Las consecuencias del estallido también son conocidas. A pesar de la responsabilidad directa de los bancos en la crisis, por haber ignorado de manera consciente el “riesgo sistémico” (8), éstos tuvieron que ser rescatados (considerados *too big to fail*) con cientos de miles de millones de dólares o euros de dinero público para evitar el colapso de varias economías, tales como EE.UU., Gran Bretaña, Alemania, Francia, Irlanda, Portugal, Italia, Grecia y España (Navarro & López, 2012, p. 193; Sanabria Martín, 2011, p. 21 y ss.; Harvey, [2010] 2012, p. 216). Por las restricciones de la Banca Central Europea algunos de estos países tuvieron que endeudarse con la banca privada francesa y alemana para obtener esos recursos, socializando con sus ciudadanos las pérdidas de los especuladores y creando un problema de deuda soberana donde no existía antes. Sin importar la creciente indignación de la ciudadanía para con este fraude, los gobiernos permitieron que los bancos explotaran al máximo el llamado

“riesgo moral” (9) (Sandel, [2009] 2012, p. 21 y ss.; Chomsky, 2012, p. 49).

La gran recesión que empezaron a sufrir los PIGS a partir de 2008 trajo consigo una caída de la producción, del empleo, del comercio y del turismo. Así que los países debieron aumentar el gasto público a pesar de la caída en la recaudación de los impuestos con el fin de evitar una recesión mayor. Esto generó que la deuda pública creciera exponencialmente y se hiciera impagable como en los casos de Grecia, Irlanda y Portugal. Buscando recursos algunos gobiernos decidieron recurrir a los mercados financieros ofreciendo títulos de deuda pública, que pronto fueron objeto de una amplia especulación gracias a la elevación de las primas de riesgo que las agencias de calificación hicieron de la deuda soberana. Así, por ejemplo, el gobierno griego se vio en la obligación de ofrecer más de 10% de rentabilidad por sus títulos de deuda pública (Askenazy *et al.*, [2010] 2011, pp. 21-23; Navarro & López, 2012, p. 183 y ss.; Morelo Simarro, 2011, pp. 45-46).

Cuando el riesgo de impago de la deuda pública griega se hizo público en mayo de 2010, los gobiernos alemán y francés y el Fondo Monetario Internacional (FMI) se comprometieron a brindar asistencia económica a Grecia, creando simultáneamente el Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera para “salvar” eventualmente a España, Portugal, Irlanda e Italia. No obstante, esta ayuda no fue gratuita. En contrapartida, los países rescatados han tenido que aplicar las políticas neoliberales más estrictas, bajo la supervisión directa de la Troika (Comisión Europea, Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional): recortes sustanciales del gasto público, incluida la justicia; privatización de la seguridad social y de los servicios del Estado de bienestar (sanidad, educación, servicios sociales, vivienda social); reducción o eliminación de la asistencia

(8) El riesgo sistémico hace referencia a la probabilidad de que un mercado o incluso todo el sistema financiero colapse como consecuencia de un esquema de especulación financiera altamente rentable pero riesgosa. En esta situación la quiebra de un solo agente pone en riesgo el sostenimiento del resto de participantes del mercado (Chomsky, 2012, p. 49). El conocimiento de la teoría económica sobre esta clase de riesgos está en ciernes, como se desprende de la anécdota narrada por Harvey: “Cuando su majestad la Reina visitó la London School of Economics en noviembre de 2008, preguntó cómo era posible que ningún economista hubiera previsto la crisis financiera. Seis meses después, los economistas de la academia británica le enviaron una carta excusándose en cierta medida: ‘En resumen, Majestad -concluía-, la incapacidad de prever el ritmo, la amplitud y la severidad de la crisis y de afrontarla, aunque tuvo muchas causas, fue principalmente un fallo en la imaginación colectiva de mucha gente brillante, tanto en este país como internacionalmente, para entender los riesgos del sistema como totalidad” (Harvey, [2010] 2012, p. 195).

(9) El riesgo moral es un concepto tomado del mercado de los seguros y hace referencia a la situación que se crea cuando alguien toma una decisión altamente riesgosa sin importarle sus posibles consecuencias, ya que al final su póliza de seguro acudirá en su rescate. En el caso de la burbuja inmobiliaria, los grandes bancos del mundo actuaron de manera irresponsable, participando en transacciones riesgosas y de altos beneficios, porque sabían que eran demasiado grandes para caer y por ello podían beneficiarse de una “póliza seguro de rescate” de sus gobiernos nacionales (Sala Martín, 2012; Chomsky, 2012, p. 49).

y la protección social, recorte de derechos laborales, reducción de salarios y pensiones, entre otras (Navarro & López, 2012, p. 176; Askenazy *et al.*, [2010] 2011, p. 54; Harvey, [2010] 2012, p. 216). Algunas de estas políticas son la aplicación de una técnica estándar de privatización del Estado de Bienestar (Mediterráneo, en este caso) a través de su recorte: desfinanciar los servicios públicos, por ejemplo, la sanidad, asegurarse que funcionan mal, movilizar el malestar de los beneficiarios y luego entregárselo al capital privado para su uso y disfrute (Chomsky, 2012, pp. 64 y 65).

Como puede observarse, estas terapias de choque económico dirigidas supuestamente a garantizar la tranquilidad de los mercados financieros y el control del déficit público en los PIGS son tan sólo la demostración del enorme poder político que las corporaciones transnacionales y las instituciones financieras internacionales (en adelante IFIs) están ejerciendo en el ámbito global. Su capacidad para producir verdaderos golpes de Estado al ritmo de los mercados, como los casos de Irlanda, Italia o Grecia, se beneficia sin duda de la absoluta incapacidad de los gobiernos y las democracias nacionales para imponer límites políticos o jurídicos a la especulación financiera que se mueve en el ámbito global y de resistirse a la imposición de políticas anti-democráticas y generadoras de daños sociales masivos. Dicho poder contribuye a la creación de un régimen de gubernamentalidad de carácter neoliberal que intercambia el gobierno público y político de la economía por el gobierno privado y económico de la política (Ferrajoli, 2013; Stiglitz, 2012).

3. Sacrificando a los PIGS en los altares de los mercados. Una mirada a los daños sociales

Una comprensión cabal de las circunstancias fácticas que motivaron la grave situación social que viven los habitantes de los PIGS depende de la formulación de una distinción analítica entre dos contextos históricamente diferentes pero interrelacionados: 1) la producción de la crisis en la economía mundial y su posterior contagio a Europa, y 2) la implementación, por parte de los gobiernos de los PIGS, de las políticas de ajuste estructural que son impulsadas-ordenadas por la Troika.

Si se asume esta distinción es posible afirmar que tanto la crisis como las respuestas a la misma

son la consecuencia de las decisiones políticas y económicas que, en cada contexto, tomaron las corporaciones transnacionales, los Estados y las Instituciones Financieras Internacionales en relación con los mercados financieros. Por lo tanto, las consecuencias lesivas -deseadas o no- de esas mismas decisiones también les son atribuibles. De este modo, es posible preguntarse: ¿las corporaciones transnacionales y los Estados ocasionaron daños sociales durante la producción del tsunami financiero que afecta a los PIGS? ¿Las políticas de ajuste estructural que han impulsado-ordenado las IFIs y los gobiernos generaron también daños sociales? (10). Como es obvio, las respuestas no son fáciles y plantean varios desafíos conceptuales y políticos que aquí solamente se dejarán planteados por falta de espacio y que implican un desarrollo más amplio en el futuro.

Un primer desafío está relacionado con la calificación de los daños producidos por las corporaciones transnacionales, los Estados y las IFIs. En el ámbito de las ciencias sociales son posibles distintas lecturas de estos daños, según sean analizados por la economía, la sociología, la salud pública o la ciencia política, pero quizás la más pertinente para el estudio que aquí se plantea proviene de la *zemiología* (del griego, "*zemia*", que significa daño) o el enfoque criminológico del daño social (*social harm approach*) (Hillyard *et al.*, 2004, pp. 1, 276; Hillyard & Tombs, [2004] 2013).

Los estudios de esta corriente reciente de la criminología británica han advertido que el derecho penal y la criminología siempre han tenido dificultades para denominar e investigar los daños sociales masivos producidos por las corporaciones y los Estados, y en tiempos más recientes, para investigar las conductas criminógenas de los agentes económicos de la economía global, como las IFIs. Estas dificultades se han convertido en tensiones teóricas y prácticas de gran calado que desafían a

(10) Es oportuno advertir que este trabajo no insinúa que todos los Estados, las corporaciones transnacionales y las instituciones financieras internacionales se comportan siempre y en todos los casos buscando generar daño o infringiendo las leyes nacionales o el derecho internacional. Esta sobregeneralización es equivocada e injusta y no permite identificar con claridad los comportamientos delictivos que deberían ser prevenidos y sancionados, como los que ocurrieron durante la producción de la crisis económica europea reciente y durante la producción de sus respuestas de ajuste económico.

los propios sistemas de justicia penal (Hillyard & Tombs, 2004, pp. 13 y 14; Tombs & Hillyard, 2004; Dorling *et al.*, [2005] 2008, p. 88 y ss.; Hillyard & Tombs, 2007, pp. 12 y 13).

Es por ello que los criminólogos de esta línea de pensamiento han propuesto ir más allá del crimen y de la criminología para indagar el amplio espectro de eventos y condiciones, socialmente creadas, que afectan el bienestar de las personas durante su curso vital, y que ellos califican como daños sociales. Desde su perspectiva, deben investigarse “las actividades de Estados locales y nacionales, y de corporaciones que son perjudiciales para las personas, ya sea respecto de la falta de alimentos sanos, la vivienda o calefacción inadecuadas, los bajos ingresos, la exposición a varias formas del peligro, la violación de derechos humanos básicos, y la *victimización frente a varias formas de crimen*” (Hillyard & Tombs, 2004, pp. 18-20; Hillyard & Tombs, 2007, pp. 17-18; Pemberton, 2007, p. 46).

Los investigadores proponen clasificar los daños sociales en físicos, sexuales, económicos — financieros, emocionales y psicológicos, y aquellos que afectan la seguridad cultural. Todos estos impactan no sólo a los hombres y las mujeres como individuos, sino que también lesionan a las familias y sus comunidades. Los investigadores recuerdan además que estos daños no se distribuyen aleatoriamente y que recaen sobre personas de diferentes clases sociales, géneros, grados de capacidad física, grupos raciales y étnicos, edades, y preferencias sexuales, etc. Su impacto también es diferenciado, siendo más gravoso para los pobres, los jóvenes, y sobre todo las mujeres (Hillyard & Tombs, 2004, pp. 18-20; Hillyard & Tombs, 2007, pp. 17-18; Pantazis, 2004).

Particularmente, los daños económicos y financieros incluyen la pobreza, el desempleo y sus efectos personales y sociales, así como la pérdida de dinero en efectivo y de propiedades. Los criminólogos británicos advierten que ésta es una subcategoría altamente problemática por cuanto las sociedades capitalistas tienen como fuerza motriz de su organización el principio de pérdida financiera. No obstante, advierten que los principales daños incluidos en esta categoría tienen que ver con “en una variedad de formas de fraude, que incluye la venta fraudulenta de pensiones e hipotecas, la apropiación indebida

de fondos por parte del gobierno, de empresas o de individuos privados, aumento de los precios de los bienes y servicios a través de la cartelización y los pactos de fijación de precios, y la redistribución de la riqueza y los ingresos de los más pobres a los más ricos con impuestos regresivos y políticas de bienestar” (Hillyard & Tombs, 2004, pp. 19-20; Hillyard & Tombs, 2007, p. 17).

Desde el punto de vista de la economía política los estudiosos de la zemiología han llamado la atención sobre los daños producidos por el sistema capitalista y el neoliberalismo, clasificándolos en cuatro grupos principales: 1) los daños producidos por la dinámica del mercado, 2) las desigualdades crecientes que esta forma de organización de la vida económica y social produce sistemáticamente, 3) los daños ocasionados por la producción y distribución de bienes y servicios, y finalmente, 4) los daños ocasionados por el consumo de bienes y servicios (Tombs & Hillyard, 2004, p. 44). Es claro, dicen los investigadores, que algunos de estos daños y desigualdades se producen “ya sea como resultado de la volatilidad los mercados internacionales de capital en donde la especulación monetaria crea estragos económicos dentro de los países, o por las exigencias de las instituciones como el FMI, el Banco Mundial o la Organización Mundial del Comercio”. La característica clave de estos daños y desigualdades producidos sistemáticamente por los mercados y la globalización neoliberal es que son una consecuencia directa de la tolerancia de los Estados, que les permiten a las entidades mundiales no rendir cuentas, y a las empresas actuar de una manera relativamente libre. La desregulación estatal de los mercados y la falta de control sobre su funcionamiento, facilitaron, como mínimo, la producción de estos daños (Tombs & Hillyard, 2004, pp. 44-45).

Es evidente, a la luz de estos planteamientos teóricos que los habitantes de Portugal, Italia, Grecia y España son víctimas de daños sociales masivos de carácter económico, financiero y contra la seguridad cultural, los cuales son la consecuencia directa de la especulación financiera y de las políticas de ajuste estructural que están impulsando-ordenando el Banco Central Europeo (BCE), el Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Comisión Europea (CE).

Tales daños son cada vez más visibles: 1) un aumento de la desigualdad social que impacta

de manera particularmente gravosa a los pobres, los inmigrantes no comunitarios, los jóvenes y las mujeres, 2) la pérdida de ingresos como consecuencia del crecimiento de las tasas paro, de la destrucción de puestos de trabajo, de la reducción de las pensiones y del aumento del endeudamiento personal, 3) la pérdida de bienestar social por el desvío de la inversión pública para el rescate de la banca privada, 4) el crecimiento de la deserción y el fracaso escolar, y 5) el aumento de los costos para el tratamiento de las enfermedades, etc. (Vidal Tamayo, 2013; Salcedo López, 2013). En sus versiones más extremas, verdaderamente criminales, las políticas de ajuste estructural están matando a la gente, llevándola a la cárcel o expulsándola de la Unión Europea. Así, por ejemplo, algunos investigadores de salud pública han mostrado que el ajuste impuesto a Grecia ha venido acompañado de un aumento de las tasas de suicidios, de los homicidios, de problemas de salud mental y de las infecciones por VIH (Vidal Tamayo, 2013; Cabezas Chamorro, 2013; Navarro & López, 2012, p. 179).

El carácter destructivo de estos daños económicos y financieros es potenciado por la combinación de la creciente desigualdad social y el paulatino aumento del sufrimiento humano, que es relegado al estatus de “colateralidad” del modo de producción y acumulación capitalista neoliberal. A pesar de su impacto en el bienestar y el futuro de varios miles de personas, los creadores de la crisis y los encargados de resolverla esperan que los individuos busquen soluciones biográficas a las contradicciones sistémicas de esta forma de capitalismo salvaje (Bauman, 2011, pp. 18 y 76). No cabe duda de que esta doble victimización, por la volatilidad de los mercados y por la necesidad de asumir las consecuencias de la crisis económica, amenaza la existencia actual de los habitantes de los PIGS y su futuro vital para las próximas décadas, enfrentándolos incluso al abismo de una generación perdida (Stiglitz, 2012; Vidal Tamayo, 2013).

4. Delitos estatal-corporativos y crímenes de la globalización. Posibles lecturas criminológicas

El segundo desafío que se desprende de las preguntas planteadas arriba tiene que ver con la identificación del carácter criminógeno de los mercados financieros. Partiendo del supuesto de

que éstos no pueden delinquir, por no tener vida propia más allá de los agentes económicos que intervienen en ellos, ¿quiénes son entonces los responsables de tales delitos? ¿Es posible calificar como delictiva la actuación de la Troika en la implementación de las políticas de ajuste estructural? ¿Es el Estado una víctima más de los mercados y las IFIs, o comparte con ellos su responsabilidad? De nuevo las posibles respuestas implican la consideración de varios aspectos teóricos.

Desde la clásica pregunta de Sutherland ¿es el delito de cuello blanco realmente delito?, la criminología se ha estado preguntado por la naturaleza de los comportamientos de los poderosos. No hay duda de que el abordaje de los crímenes de guante blanco y de las corporaciones le permitió a la criminología salir de las cloacas donde estudiaba a imperfectas minorías para concentrarse en los individuos y grupos que configuran organizaciones privadas y públicas, y claro está mercados financieros (Sutherland, [1949] 1999, p. 331; Ruggiero, [1999] 2005, pp. 18 y 19). Este salto cualitativo sirvió para tomar conciencia del carácter inseparable que existe entre los grandes poderes y los grandes crímenes.

No obstante, la piedra de toque de estas investigaciones ha estado siempre relacionada con la atribución de la etiqueta de criminal a comportamientos que se ubican en una zona de penumbra donde las fronteras entre lo legítimo, lo prohibido por la ley y los actos criminales es muy difícil de establecer. Como advierte la teoría de la derrota pírrica de Reiman, el sistema de justicia penal fracasa en la lucha por el control del delito, siendo incapaz de reducirlo sustancialmente o eliminarlo. Sin embargo, dicho fracaso beneficia a quienes se encuentran en posiciones de poder, en la medida en que hace parecer -a través de imágenes distorsionadas, de espejos de carnaval- que los delitos graves y el peligro real para la sociedad provienen principalmente de los pobres. El sistema penal logra este resultado tanto por lo que hace como por lo que deja de hacer. Se niega a etiquetar y a tratar como delito un gran número de actos de los ricos que producen igual o más daño en la vida y en la integridad física que los delitos de los pobres, mientras que no hace cumplir la ley con rigor en contra de los ricos cuando cometen actos que son definidos como delictivos (Reiman, 2005, pp. 1-8).

En efecto, los delitos de los poderosos se caracterizan porque aquellos individuos o corporaciones que poseen una mayor cantidad y variedad de libertades y de recursos tienen también mayores posibilidades de asignar definiciones criminales a otros, y de repeler las que otros les asignen. Ellos tienen, además, mayor libertad de movimiento para controlar los efectos de la actividad criminal, y usualmente no permiten que ésta se haga evidente o sea definida como tal (Ruggiero, [1999] 2005, p. 218; Ruggiero, 2011, p. 159; Ferrajoli, [2007] 2011, p. 354).

Este modo de actuación permite advertir que las dificultades que existen para clasificar un delito como de cuello blanco se combinan con las que pueden encontrarse para establecer si se ha cometido un delito de este tipo. Luego de un largo debate en los últimos 50 años acerca de los posibles criterios identificadores de los delitos de los poderosos, algunos criminólogos reconocieron la existencia de “un *continuum* que va desde el delito (en un extremo) hasta el comportamiento dañoso (en el otro)” (Ruggiero, 2011, pp. 161, citando a Slapper and Tombs, 1999, *Corporate crime*). Este *continuum*, fundado en el daño social que producen dichos comportamientos, permite extender la etiqueta criminal desde acciones claramente definidas como ilegítimas hasta acciones percibidas como dañosas (Ruggiero, 2011, p. 161). De este modo es posible concluir que la criminalidad económica y financiera, como objeto de estudio criminológico, hace referencia tanto a la que es definida como tal por la ley penal, como a los comportamientos no criminalizados pero socialmente lesivos -ya sea por no estar tipificados penalmente o porque, estando penalizados, no son perseguidos- (Bergalli, 1983, p. 61).

A la luz de estas consideraciones es posible concluir en que en la crisis económica de los PIGS y en su respuesta se llevaron a cabo una serie de comportamientos delictivos que envuelven un complejo entramado de conexiones entre individuos e instituciones (corporaciones transnacionales, bancos, agencias de calificación de riesgo, instituciones financieras internacionales y los propios Estados), los cuales se materializaron en los espacios físicos y virtuales de los mercados financieros. Así, se produjo un complejo entramado de especulación financiera desregulada, burbujas inmobiliarias, fraudes, expolio, tolerancia estatal y políticas de ajuste estructural que configuran

nuevas formas híbridas de delincuencia de cuello blanco (Friedrichs, 2007, p. 9; Friedrichs, 2010, pp. 189 y 190). La gravedad de estos delitos y su alto impacto nocivo ponen en cuestión el valor de la democracia, de los derechos humanos y del imperio de la ley en el marco de globalización económica neoliberal, hecho que sin lugar a dudas plantea nuevos desafíos para la investigación criminológica, como se examinará a continuación.

4.1. *Los delitos estatal-corporativos (state-corporate crime)*

Una primera línea de trabajo está relacionada con el análisis de la posible responsabilidad conjunta que pueden tener los Estados y las corporaciones en la comisión de algunos delitos. Como es sabido, durante muchos años los criminólogos investigaron de manera separada la delincuencia organizada del Estado (*state organized crime*), y la criminalidad financiera y de las corporaciones (*corporate crime*) (Bergalli, 1983; Rothe *et al.*, 2009; Friedrichs, [2002] 2009). La construcción de una barrera conceptual artificial entre estas áreas impidió el reconocimiento de un hecho inexorable: cuando los poderes político y económico persiguen intereses comunes su capacidad de generar daños sociales masivos se amplifica (Michalowski & Kramer, 2006, p. 1).

El reforzamiento de las interacciones mutuas, legales e ilegales, entre el Estado y los mercados se explica porque, en la estructura capitalista de inversión y producción, las metas de los negocios (grandes rendimientos, mercados seguros y salud de la economía) se convierten en los objetivos de los gobiernos, y el interés nacional (salud de la nación) se identifica progresivamente con las necesidades sistemáticas del capitalismo corporativo (Ross, 2012, pp. 156, citando a Parenti 1995, *Democracy for the few*).

Solamente a comienzos de los años 90 del siglo pasado un pequeño grupo de investigadores norteamericanos propuso integrar de ambos marcos interpretativos, focalizándose en las acciones ilegales o socialmente perjudiciales que ocurren cuando se produce una comunidad de intereses entre los Estados y las corporaciones. A partir de entonces surgió una nueva forma híbrida de delincuencia de cuello blanco que fue denominada como delito estatal-corporativo (*state-corporate crime*). En su formulación original, éste se define

como aquellas “acciones ilegales o socialmente perjudiciales que resultan de una interacción mutuamente reforzada entre: 1) las políticas y/o prácticas en la búsqueda de las metas de una o más instituciones de gobernanza política y 2) las políticas y/o prácticas en la búsqueda de las metas de una o más instituciones de producción y distribución económicas” (Kramer & Michalowski, [1993] 2006, p. 20; Friedrichs, [2002] 2009). Por su parte, un investigador argentino ha propuesto denominar a estas formas delictivas como “delito económico organizado”, el cual se define como “la organización delictiva dedicada a negocios legales-ilegales de una cierta complejidad político-jurídica con la necesaria participación de instituciones y/o funcionarios estatales, que producen una recompensa económica importante y que gozan de una impunidad e inmunidad social-penal” (Pegoraro, 2002, p. 8).

De acuerdo con los criminólogos norteamericanos que propusieron originariamente esta teoría, las relaciones de desviación entre organizaciones pueden tomar dos formas: delitos estatal-corporativos iniciados por el Estado y delitos estatal-corporativos facilitados por el Estado. El delito iniciado por el Estado se produce cuando las empresas que han sido contratadas por el gobierno, se involucran en una desviación organizacional bajo la dirección o con la aprobación tácita de ese gobierno (Kramer & Michalowski, [1993] 2006, p. 21). Por su parte, el delito facilitado por el Estado se produce cuando las instituciones reguladoras del gobierno no restringen las actividades desviadas de negocios, ya sea por la connivencia directa entre la empresa y el gobierno o porque se adhieren a los objetivos compartidos cuyo logro se vería obstaculizado por una regulación agresiva (Kramer *et al.*, 2002, pp. 271-272).

Un sugerente desarrollo académico reciente plantea extender las formas de delito estatal-corporativo, reconociendo el carácter iniciador y facilitador que pueden tener las corporaciones. Así, el delito iniciado por la corporación se produce cuando las empresas emplean directamente su poder económico para obligar a los Estados a tomar acciones desviadas. Por su parte, el delito facilitado por la corporación se produce cuando las corporaciones proporcionan los medios para la criminalidad del Estado (venta de armas, por ejemplo), o cuando no alertan a la comunidad nacional o internacionales acerca de la crimina-

lidad del Estado, porque estas prácticas desviadas benefician directa o indirectamente a la corporación en cuestión (Lasslett, 2010).

Las explicaciones para la existencia de estas formas delictivas varían con frecuencia. Para sus creadores originales, el comportamiento criminal o desviado en el ámbito de la organización es el resultado de la coincidencia de tres factores catalizadores de la acción: existe una presión fuerte para la consecución de objetivos, están disponibles medios ilegítimos para alcanzarlos y son percibidos como atractivos, y el control social efectivo es bajo o está ausente (Kramer & Michalowski, [1993] 2006, p. 24; Kramer *et al.*, 2002, p. 210; Kauzlarich & Matthews, 2006, p. 242). Otros reconocen seis razones distintas para la existencia de estos delitos: 1) la pretensión de las empresas de minimizar los costos y de este modo incrementar los beneficios para proteger a las corporaciones de las pérdidas, 2) establecer relaciones interpersonales cercanas para mitigar la posibilidad de controles gubernamentales al comportamiento de las corporaciones, 3) falta o bajo nivel de comunicación en el proceso de producción, los trabajadores y los supervisores, 4) inexistencia, ambigüedad o pobreza de la legislación de control (incluyendo las políticas y las prácticas), 5) inexistencia o mal funcionamiento de cuerpos de vigilancia de la actividad corporativa, 6) inexistencia o falta de recursos económicos para las agencias regulatorias gubernamentales (Ross, 2012, p. 157). Finalmente, otros investigadores argumentan que la acumulación, el mantenimiento y la expansión tanto de la riqueza como del poder, en sí mismo considerado, son fuerzas motivadoras inextinguibles en estos delitos (Friedrichs, [2002] 2009, p. 48).

Los creadores originales de esta teoría argumentan que los catalizadores para la acción delictiva se desarrollan en tres niveles de análisis, que son a su vez, niveles de acción organizacional: 1) el entorno institucional, que hace referencia a los objetivos y los medios de desarrollo económico y político de una sociedad -nivel político-económico-, 2) el organizacional, que vincula el entorno institucional con la manera como las personas que ocupan posiciones en una organización están condicionadas por los requerimientos que se exigen de su rol y por los procedimientos internos -nivel organizacional-, y 3) el interaccional, que se ocupa de las relaciones sociales que dan sentido a la experiencia individual, a través de la interacción

social limitada de la organización, también denominada nivel individual- (Kramer & Michalowski, [1993] 2006, p. 24; Michalowski & Kramer, 2007; Green & Ward, 2004, p. 19 y ss.).

Esta teoría se ha aplicado para investigar la participación de varias empresas alemanas y de algunos bancos suizos en la realización del holocausto nazi, la responsabilidad de la Nasa y de la empresa Morton Thiokol en la explosión del trasbordador espacial Challenger, y más recientemente, para estudiar la defraudación de la corporación Enron, la participación de empresas privadas, sobre todo de mercenarios, en la invasión de los EE.UU. a Irak, y el carácter criminógeno de la industria de la construcción en el Reino Unido (Tombs & Whyte, 2009; Kauzlarich & Matthews, 2006; Rothe, 2009).

La vigencia de los planteamientos de esta teoría para analizar los delitos cometidos durante la crisis financiera española se mostrará a continuación.

Como es sabido, el estallido de la reciente burbuja inmobiliaria española marca el fin de un ciclo alcista de la economía en donde el modelo de gobierno impulsó la liberalización del mercado de la tierra, abandonando la visión de la vivienda como un *bien de uso* para insertarla como un *bien de cambio* en el mercado especulativo.

El origen de este ciclo es conocido. La expansión de la oferta se produjo por la recalificación de terrenos protegidos para convertirlos en suelos urbanizables (Ley de Suelo de 1998) y por una nueva política de vivienda. Por su parte, la expansión financiera de la demanda surgió como consecuencia de la flexibilización de los condicionamientos a empresas y a las familias de rentas medias y bajas para acceder al crédito hipotecario. Este encuentro de oferta y demanda intensificó el consumo desaforado del suelo (sobre todo en la costa mediterránea) y llevó a que España construyera más viviendas que Francia, Alemania y Reino Unido juntas, superando con un índice de 500 viviendas totales por cada mil habitantes a todas las principales economías de la Unión Europea (Naredo Pérez, 2004; Forero, 2013).

La comunidad de intereses entre las instituciones del Estado (gobiernos nacionales y autonómicos, ayuntamientos y entidades de control y vigilancia - Banco de España), las corporaciones

que integran el sistema financiero (bancos, cajas de ahorro, cooperativas y establecimientos de crédito financiero), y las corporaciones del sector inmobiliario (empresas constructoras y agencias inmobiliarias), siempre estuvo garantizada por la búsqueda de la máxima rentabilidad del producto inmobiliario, la generación de riqueza y la ampliación del poder político. Así las cosas, se había gestado una sociedad donde la cooperación entre el Estado y las corporaciones se hizo explícita: el parlamento y el gobierno modificaron la legislación de suelo y las normativas medioambiental e hipotecaria, el Banco de España relajó los controles al mercado financiero y las corporaciones financieras expandieron sus beneficios a niveles exponenciales con la entrega de créditos hipotecarios a granel y la especulación en los mercados de deuda y derivados.

Como recuerda el premio Nobel de economía hubo una gran fiesta y el dinero fluía por doquier; “una parte de ese dinero fluía hacia los políticos que habían permitido que aquello ocurriera, ya fuera en forma de contribuciones a las campañas electorales o de lucrativos empleos después de desempeñar altos cargos en la Administración. También aumentaron los ingresos por impuestos, y los políticos podían alardear al mismo tiempo del crecimiento que había provocado la burbuja inmobiliaria y de la mejora de la situación fiscal del país. Pero todo aquello no era más que un espejismo: la economía se apoyaba en unos cimientos endeblados e insostenibles” (Stiglitz, 2012, p. 13).

Las razones del estallido también son claras, como han mencionado los propios afectados: “el estancamiento de los salarios, el vertiginoso aumento del precio de la vivienda, la ausencia de viviendas de alquiler, unos tipos de interés en mínimos históricos, así como una deficiente supervisión por parte del Banco de España, reconocida por la propia Comisión Europea, empujaron a decenas de miles de familias a endeudarse” (Plataforma de Afectados por la Hipoteca, 2011). El endeudamiento privado no tuvo límites ni controles. Para poder acceder a una vivienda las familias “contrajeron hipotecas de hasta 40 años comprometiendo en muchos casos más del 50% de sus ingresos. En muchas ocasiones, además, las hipotecas se concedieron por un importe superior al 80% del valor de tasación, lo que supuso una exposición desmesurada al riesgo” (Plataforma de Afectados por la Hipoteca, 2011).

Es posible advertir, para ir concluyendo esta sección, que los resultados de la explosión de la burbuja inmobiliaria vinculan de manera directa al Estado y a la Banca privada de España en la comisión de varios delitos estatal-corporativos, principalmente en la modalidad de delitos facilitados por el Estado.

En primer lugar, la banca nacional de España es responsable de la comisión de varios delitos financieros y estafas que son la demostración de su gran poder económico. Sin controles oficiales fuertes los bancos engañaron a miles de personas en todo el territorio ofreciéndoles productos financieros fraudulentos, como los llamados preferentes o los *swaps*, imponiéndoles cláusulas abusivas o destinando sus ahorros sin decirlo a inversiones especulativas que han terminado perdiendo todo su valor en el corto plazo (Navarro & López, 2012, p. 43). Por su parte, el Estado español es responsable por no haber regulado la oferta de estos servicios financieros, facilitando la producción de estas estafas y la generación de los daños económicos a los ahorradores (Tombs, 2012, p. 184). Solamente hace unos pocos meses el gobierno español decidió asumir las consecuencias de tales daños sin que las investigaciones judiciales hayan permitido la condena de los estafadores, y sin que los daños sufridos por miles de personas hayan sido reparados.

En segundo lugar, la Banca española y la internacional se beneficiaron de la explosión de la crisis inmobiliaria, que ellos mismos habían contribuido a crear. Son varias cajas de ahorro y los bancos nacionales que tuvieron que ser rescatados financieramente con dinero del Estado, consolidando una gran estafa que consiste en transferir la deuda de la banca privada en deuda pública de los ciudadanos (Navarro & López, 2012, p. 193). Esta forma de capitalismo por desposesión y de transferencia de la riqueza pública a las manos privadas (Harvey, [2010] 2012; Tombs, 2012, p. 184) debía haber motivado la acción conjunta de la justicia penal, pero hasta la fecha los bancos y sus directivos han sido considerados demasiado grandes para caer y también para ir a la cárcel (Torres López, 2012).

En tercer lugar, el Estado y la Banca son responsables por el aumento de los desahucios y de los suicidios en España. El drama de las ejecuciones hipotecarias por impago crece año tras año y

muchos de los antiguos propietarios-endeudados pasaron a ser desahuciados-endeudados. Casas sin gente y gente sin casa es el panorama actual de la tragedia inmobiliaria de la que son responsables las entidades financieras y las administraciones públicas. No hay duda de que el efecto criminógeno más nocivo de esta tragedia es el del aumento correlativo de las personas que deciden suicidarse ante la imposibilidad de defender sus bienes frente a la banca y ante la indiferencia moral del Estado (Forero, 2013). La defensa estatal de los intereses del capital financiero privado, que se materializa en la ley sobre desahucios, promueve la desigualdad social y aumenta de manera insostenible el sufrimiento de los afectados por la crisis inmobiliaria.

Finalmente, es oportuno mencionar que varios economistas, reconociendo los daños sociales masivos que ha generado la crisis y sus "soluciones", han decidido ir más allá del examen aquí presentado y proponen calificar estos delitos como verdaderas formas de terrorismo financiero y de crímenes económicos contra la humanidad, que deberían ser investigadas, juzgadas y sancionadas con el mismo rigor que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional castiga los crímenes de guerra y de lesa humanidad (Navarro & López, 2012, p. 207 y ss.; Benería & Sarasúa, 2011; Ferrajoli, 2013).

4.2. *Los delitos de la globalización*

La segunda línea de investigación está relacionada con la responsabilidad que puede atribuirse a las instituciones financieras internacionales que integran la Troika (Banco Central Europeo, Fondo Monetario Internacional y Comisión Europea) y a los Estados que hacen parte de los PIGS, por la realización de algunos crímenes de la globalización. En su formulación original, este concepto hace referencia a varias formas de daño masivo que afectan especialmente a las poblaciones de países en desarrollo, y que son el resultado de la aplicación de las políticas y prácticas de las instituciones financieras internacionales, tales como el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM) (Rothe, 2009, p. 19; Rothe & Friedrichs, 2006, p. 155; Mackenzie, 2006).

Es claro que las actividades delictivas de las IFIs han permanecido invisibles para los criminólogos hasta tiempos cercanos por varias razones. En

primer lugar, se ha prestado una cantidad desproporcionada de atención a la globalización del crimen organizado a pesar de que las actividades delictivas de las corporaciones transnacionales y de las instituciones financieras internacionales, pueden ocasionar un daño mucho mayor. En segundo lugar, existe una notoria dificultad para demostrar y atribuir a estos organismos, de manera directa, los daños sociales que sus políticas han producido, sobre todo cuando dichas organizaciones pretenden, al menos oficialmente, maximizar la estabilidad financiera global (FMI), o promover el desarrollo de los países del tercer mundo (Banco Mundial). Finalmente, sus actividades delictivas no encajan fácilmente en las tipologías criminológicas, incluso en las surgidas en las últimas décadas, en la medida en que incorporan diversos elementos de los delitos corporativos, los crímenes de Estado y los delitos estatal-corporativos (Friedrichs & Friedrichs, 2002; Friedrichs & Rothe, 2013, pp. 4-6 y 14; Michalowski & Kramer, 2007, p. 213).

En sus orígenes las investigaciones sobre los crímenes de la globalización afirmaban que “si las políticas y prácticas de una institución financiera internacional como el Banco Mundial tienen como resultado un daño innecesario y evitable a una población identificable, y si estas políticas llevan a la violación de derechos humanos ampliamente reconocidos y de convenios internacionales, entonces, se ha cometido un crimen en un sentido significativo, con independencia de si configuran violaciones específicas de normas estatales o internacionales” (Friedrichs & Friedrichs, 2002, p. 17). Aunque en el marco del derecho internacional público las IFIs no están técnicamente obligadas a respetar los tratados sobre derechos humanos, es claro que sus políticas pueden contravenir el derecho de los pueblos a la libre determinación, a organizar su desarrollo económico, llegando incluso a privarlos de sus propios medios de subsistencia (Friedrichs & Friedrichs, 2002, p. 17) (11).

(11) “Artículo 1.1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural (...). En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia”. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.

Esto es lo que ha sucedido cuando el Banco Mundial ha apoyado los proyectos de construcción de presas, en los que se afectó gravemente el medio ambiente, se dañaron proyectos agrícolas y se desplazó a varios miles de personas que integraban pueblos indígenas, como sucedió en Tailandia. Daños similares ocurrieron en Argentina, Ruanda, Senegal, Serbia o Indonesia, donde la aplicación de las políticas de ajuste estructural impuestas por el FMI destruyó el modo de vida de varios cientos de miles de personas y llevó a muchos de ellos directamente a la muerte (Friedrichs & Friedrichs, 2002, p. 24 y ss.; Friedrichs & Rothe, 2013, p. 13 y ss.; Rothe & Friedrichs, 2006; Rothe *et al.*, 2009, pp. 5 y 6).

El estudio de los efectos criminógenos de estas políticas en Ruanda ha permitido demostrar que si bien el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional no pretendieron instigar el colapso económico (a pesar de haber ordenado la devaluación de la moneda en un 50%) o promover el genocidio, sus políticas y su falta de atención sistemática sentaron las bases para el desastre político y económico y para la materialización del propio genocidio (Friedrichs & Rothe, 2013, p. 19; Zaffaroni, 2011, p. 449; Rothe, 2009, pp. 20-22). En el caso de Argentina algunos analistas coinciden en afirmar que la megadefraudación de 2001 causó más daños en la propiedad de los ahorradores que todos los robos y hurtos de la historia de ese país, y que las políticas de ajuste que redujeron las pensiones a cifras miserables causaron la muerte de muchos ancianos por depresión, falta de acceso al sistema de salud y suicidios (Zaffaroni, 2011, p. 286).

Es probable que quienes trabajan en estas instituciones no tengan la intención específica de producir daños sociales con la aplicación de sus políticas. No obstante, es claro que éstos se producen por la imposición vertical de los intereses y las prioridades de las naciones industrializadas avanzadas y de la comunidad financiera de Wall Street, tal y como ha afirmado el ex economista jefe del Banco Mundial y premio Nobel de economía, Joseph Stiglitz (Friedrichs & Friedrichs, 2002, p. 25; Friedrichs & Rothe, 2013, p. 8; Mackenzie, 2006; Stiglitz, 2012). Es claro que estas políticas privilegian la consecución del beneficio capitalista global (entregando multimillonarios préstamos o recortando los servicios públicos de los Estados) por encima de la calidad de vida de los

habitantes de los países en desarrollo, los cuales son vulnerables frente al enorme poder de las IFIs (Friedrichs & Rothe, 2013, p. 19; Mackenzie, 2006; Rothe & Friedrichs, 2006, pp. 154 y 155; Tombs & Hillyard, 2004).

A pesar de que esta joven teoría criminológica fue elaborada pensando en los países del tercer mundo, no hay duda de su utilidad y aplicabilidad en el contexto de las condiciones impuestas a los PIGS en los planes de rescate que han sido impulsados u ordenados por las IFIs que integran la Troika. Varios economistas reconocen que estas políticas tienen similitudes con las aplicadas previamente en América Latina y en la antigua Unión Soviética, tanto por su alcance, como por los daños sociales que éstas produjeron: “los ajustes matan literalmente hablando, y van a seguir matando a millones de personas al detraer recursos de los servicios públicos para dárselos a la banca y a las grandes corporaciones” (Navarro & López, 2012, pp. 21, 176, 177 y 180). En lo que sigue se presenta un ejemplo de la relevancia de aplicar las investigaciones sobre los crímenes de la globalización al contexto europeo.

4.2.1. La retórica de la negación de los daños

Un análisis criminológico de la presentación mediática de las consecuencias nocivas de la crisis permite advertir que tanto los gobiernos que han tomado la decisión de aplicar las políticas de ajuste fiscal en los PIGS, como las instituciones que las impulsan-ordenan (Troika) son conscientes del daño social que producen y producirán en sus poblaciones, incluso en el largo plazo. No obstante, están dispuestos a negarlo de manera literal, y casi a cualquier costo, como muestran las palabras de sus voceros públicos.

Las IFIs quieren enmascarar los efectos sociales nocivos de las políticas macroeconómicas deflacionistas y el carácter antidemocrático de éstas, mostrando las aparentes virtudes de la asistencia financiera, la austeridad del gasto público y la privatización de servicios sociales en los países rescatados (Mackenzie, 2006, p. 177; Tombs & Hillyard, 2004, p. 34). Los gobiernos, por su parte, conscientes de la imposibilidad de cumplir con las promesas populistas de sus programas electorales y ante la enorme presión política de las instituciones financieras y de los mercados, construyen un discurso negacionista de la responsabilidad,

una retórica estándar, que les sirve como técnica de neutralización para continuar en el gobierno -que no gobernando- a pesar de las críticas de sus órganos representativos y de las multitudinarias protestas que enfrentan diariamente.

Desde una perspectiva teórica, es evidente que la negación va más allá de la audacia política y de la retórica de los eufemismos. Estas técnicas de neutralización constituyen justificaciones del comportamiento desviado que se materializan en definiciones favorables al incumplimiento de la ley. Dichas técnicas apuntan de manera directa a negar y neutralizar la responsabilidad sobre las conductas cometidas, reafirmando su normalidad y legitimidad. Cuando dicha negación es oficial, esto es, iniciada, estructurada y sostenida con los recursos del Estado, sus agencias actúan de manera sutil colocando un velo sobre la verdad de los acontecimientos, ajustando o adecuando la realidad a determinados intereses, divulgando datos tendenciosos, o mostrando una preocupación selectiva sobre los víctimas (Sykes & Matza, [1957] 2004, p. 131; Cohen, [2001] 2005, p. 30; McLaughlin, 2011 [2005], pp. 490-491).

Así, por ejemplo, frente a la evidencia de un Estado mediterráneo que recorta los derechos sociales, los agentes gubernamentales defienden en los *mass media* sus “reformas”; donde hay certeza de la privatización de los servicios públicos, ésta se presenta como una simple “externalización” de los mismos; cuando se critica la precarización de las condiciones laborales y del mercado de trabajo, los funcionarios alaban la existencia de los “*mini jobs*” en otros países y de los becarios en formación. En fin, cuando se evidencia la fuga masiva de jóvenes profesionales al extranjero, los funcionarios piden a la gente reconocer en estos “viajes” los impulsos propios de una juventud que, por demás, debería “tomar el primer vuelo a Londres” y “ponerse a servir cafés para ganar fluidez con el inglés”. Las siguientes son algunas “justificaciones” de los gobiernos y las IFIs para llevar a cabo estos crímenes de la globalización.

Negación de la responsabilidad. Ningún gobierno quiere asumir como propios los duros costes sociales de la aplicación de la agenda política y económica de las IFIs. Por eso plantean con franqueza su carácter de mero instrumento al servicio de agentes económicos más poderosos. Aquí nadie ha sido llamado a engaños, como muestra

el discurso del presidente español Mariano Rajoy: “Hacemos lo que no nos queda más remedio que hacer, tanto si nos gusta como si no (...). Los españoles hemos llegado a un punto en que no podemos elegir entre quedarnos como estamos o hacer sacrificios. No tenemos esa libertad”.

Negación del daño. El aumento de las tasas de paro a niveles insospechados, la contracción del mercado de trabajo y la imposibilidad de que las y los jóvenes puedan plantearse un futuro, no ya a varios años, sino incluso a unos pocos meses, no es cosa que preocupe en a todos los gobernantes. Incluso hay algunos, como el primer ministro italiano, Mario Monti, que pretenden convertir este daño social masivo en una linda oportunidad vital: “Que los jóvenes se acostumbren a no tener más un trabajo fijo para toda la vida. Digamos la verdad, ¡qué aburrido es tener un puesto fijo toda la vida! Es mucho más hermoso cambiar y aceptar desafíos”.

Negación de la víctima. Desde el surgimiento de la crisis los políticos se han empeñado en transmitir la idea que la necesidad de implementar recortes es la consecuencia de un endeudamiento público desaforado: “el Estado se endeuda como un padre de familia alcohólico que bebe por encima de sus posibilidades” (Askenazy *et al.*, [2010] 2011, pp. 25 y 34). Esta “dependencia étlica” de los Estados de bienestar es la consecuencia de haber financiado una estructura burocrática y unos gastos sociales que nunca debieron permitirse. Por ello, la canciller alemana Angela Merkel sentenció “toca que cada uno vigile sus cuentas y nadie viva por encima de sus capacidades”. El tratamiento para la desintoxicación es claro, se debe repartir entre los ciudadanos el complejo de culpa por la generación de la crisis, señalando especialmente con el dedo a los principales responsables del endeudamiento público: los funcionarios, los pensionados y los enfermos.

Condenar a quien condena. Según la opinión del presidente de la Comisión Europea José Manuel Durão Barroso, “la crisis de los PIGS se origina en las prácticas irresponsables del sector financiero, la deuda pública insostenible, y la falta de competitividad de algunos Estados miembros”. Al parecer, no todos los integrantes de la Troika comparten este diagnóstico, como se desprende de las palabras que a finales de marzo de 2012 la directora gerente del FMI, Christine Lagarde,

les dirigió a los ciudadanos griegos: “En cuanto a Atenas se refiere, también pienso en todas esas personas que intentan escaparse de los impuestos todo el tiempo. Todas estas personas en Grecia que están tratando de eludir los impuestos”. Seguramente fue esa evasión fiscal -y no la especulación financiera rapaz- la que obligó al Ministerio de protección ciudadana griego a buscar mecanismos de financiación disparatados, como alquilar los agentes de policía a 30 euros la hora y sus coches patrulla por 10 euros más para la grabación de películas cinematográficas.

Apelación a lealtades superiores. Sin lugar a dudas, el discurso de las IFIs y de los gobiernos de los PIGS ha pretendido ser eficaz en la comunicación de un mensaje: aunque será un proceso lento y quizás un poco doloroso, el ajuste estructural va a garantizar el pleno empleo, la competitividad, el crecimiento económico y el bienestar social en el futuro. No obstante, esta peligrosa disonancia cognitiva, tan falsa como imposible, parece desvanecerse en el aire cuando choca con la realidad. Mientras la televisión transmitía el mensaje de Navidad de 2012 del primer ministro portugués Pedro Passos Coelho, donde elogiaba el “coraje” de los portugueses por su capacidad de sacrificarse “sin desesperar”, en la plaza de la República, cerca de la sede del FMI en Lisboa, aún se escuchaban los gritos de la gente: “que se joda la Troika, queremos nuestras vidas”.

5. La importancia de las investigaciones futuras

A comienzos del siglo XX Cesare Lombroso, estudiando las causas profundas de la criminalidad, realizó un importante diagnóstico de las relaciones de poder en la economía capitalista: “el poder político ya no se obtiene a punta de espada, sino por el dinero; el dinero se saca de los bolsillos de los demás mediante trucos y maniobras misteriosas, como el funcionamiento de la Bolsa. Se lleva a cabo una guerra comercial... a través del perfeccionamiento del arte del engaño; de la destreza adquirida en dar al comprador la impresión de que está obteniendo un buen trato” (Lombroso, 1902; Geist, 2006). 110 años después los amos del mundo, las corporaciones transnacionales y las instituciones financieras internacionales usan su poder para sacrificar el bienestar y la vida de millones de seres humanos, poniendo en peligro incluso la estabilidad del propio planeta. Ojalá la

criminología impulse el estudio, la denuncia y el control punitivo de estos graves daños masivos que aún están en la impunidad. Ojalá sus académicos no asistan solamente como espectadores al ritual de sacrificio de los PIGS, mientras sus habitantes resisten en las calles.

6. Trabajos citados

Alvarez Peralta, N., 2011. ¿Quiénes son “los mercados”? En: B. Medialdea García, ed. *Quiénes son los mercados y cómo nos gobiernan. Once respuestas para entender la crisis*. 1ª ed. Barcelona: Icaria, Asaco.

Askenazy, P., Coutrot, T., Sterdyniak, H. & Orlean, A., [2010] 2011. *Manifiesto de economistas aterrados (Manifeste d'économistes atterrés)*. 4ª ed. Madrid: Pasos Perdidos.

Bauman, Z., 2011. *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global (Collateral damage. Social inequalities in the global age)*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.

Benería, L. & Sarasúa, C., 2011. Crímenes económicos contra la humanidad. *El País*, 29/3/2011, p. http://elpais.com/diario/2011/03/29/opinion/1301349604_850215.html.

Bergalli, R., 1983. Criminología del “White-Collar crime” forma-estado y proceso de concentración económica. *Estudios penales y criminológicos*, Issue 7, pp. 27-70.

Bernal Sarmiento, C. E. y otros, 2013. Debate epistemológico sobre el daño social, crímenes internacionales y los delitos de los mercados. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, II (6, julio), pp. 49-73.

Cabezas Chamorro, S., 2013. La guerra contra la inmigración y daño social: las muertes en las aguas que protegen a la Europa Fortaleza. En: *Criminología, daño social y crímenes de los estados y los mercados. Temas, debates y diálogos*. 1ª ed. Barcelona: Anthropos, Siglo XXI, OSPDH.

Chomsky, N., 2012. *Ilusionistas*. 1ª ed. Madrid: Irreverentes.

Cohen, S., [2001] 2005. *Estados de negación. Ensayo sobre atrocidades y sufrimiento (States of Denial: Knowing about Atrocities and Suffering)*.

1ª ed. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, British Council Argentina.

Dorling, D. y otros, [2005] 2008. *Criminal obsessions: Why harm matters more than crime*. 2ª ed. London: King's College of London, Centre for Crime and Justice Studies.

Ferrajoli, L., [2007] 2011. *Principia Iuris: teoría del derecho y de la democracia. Volumen II. Teoría de la democracia (Principia Iuris. Teoría del diritto e della democrazia. Vol. II Teoría della democrazia)*. 1ª ed. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L., 2013. Criminología, criminalidad global y derecho penal. El debate epistemológico en la criminología contemporánea. En: *Criminología, daño social y crímenes de los estados y los mercados. Temas, debates y diálogos*. 1ª ed. Barcelona: Anthropos, Siglo XXI, OSPDH.

Forero, A., 2013. Soberanía limitada, delitos estatal-corporativos y daño social: los desahucios y suicidios en España. En: *Criminología, daño social y crímenes de los estados y los mercados. Temas, debates y diálogos*. 1ª ed. Barcelona: Anthropos, Siglo XXI, OSPDH.

Friedrichs, D. O., [2002] 2009. State-Corporate Crime in a Globalized World: Myth or Major Challenge? En: H. Croal, ed. *Corporate crime. Vol. I. Corporate crime; issues of definition, construction and research*. 1ª ed. London: Sage.

Friedrichs, D. O., 2007. Transnational Crime and Global Criminology: Definitional, Typological, and Contextual Conundrums. *Social Justice*, april, 34 (2), pp. 4-18.

Friedrichs, D. O., 2010. *Trusted Criminals: White Collar in Contemporary Society*. 4ª ed. Belmont: Wadsworth Cengage Learning.

Friedrichs, D. O. & Friedrichs, J., 2002. The World Bank and crimes of globalization: a case study. *Social Justice*, 29(1-2), pp. 13-36.

Friedrichs, D. O. & Rothe, D. L., 2013. Crimes of globalization as a criminological project: the case of international financial institutions. En: F. Pakes, ed. *Globalisation and the Challenge to Criminology*. 1ª ed. London: Routledge.

Geist, G., 2006. El delito de cuello blanco como concepto analítico e ideológico. En: F. Bueno Arús, J. L. Guzmán Dálbora & A. Serrano Mafllo, eds. *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*. 1ª ed. Madrid: Dikynson.

Green, P. & Ward, T. 2004. *State Crime: Governments, Violence and Corruption*. 1st ed. London: Pluto press.

Harvey, D., [2010] 2012. *El enigma del capital y las crisis del capitalismo (The Enigma of Capital and the Crises of Capitalism)*. 1ª ed. Madrid: Akal.

Hillyard, P., Pantazis, C., Tombs, S. & Gordon, D., 2004. Introduction. En: P. Hillyard, C. Pantazis, S. Tombs & D. Gordon, eds. *Beyond criminology: taking harm seriously*. 1st ed. London: Pluto Press.

Hillyard, P. & Tombs, S., [2004] 2013. Más allá de la criminología? (Beyond criminology?). *Crítica Penal y Poder*, marzo. Issue 4.

Hillyard, P. & Tombs, S., 2004. Beyond criminology? En: P. Hillyard, C. Pantazis, S. Tombs & D. Gordon, eds. *Beyond criminology: taking harm seriously*. 1st ed. London: Pluto Press.

Hillyard, P. & Tombs, S., 2007. From 'crime' to social harm? *Crime, Law and Social Change*, 48(1). DOI: 10.1007/s10611-007-9079-z), pp. 9-25.

Kauzlarich, D. & Matthews, R. A., 2006. Taking stock of theory and research. En: R. J. Michalowski & R. C. Kramer, eds. *State-Corporate Crime: Wrongdoing at the Intersection of Business and Government*. 1st ed. London: Rutgers University Press.

Kramer, R. C. & Michalowski, R. J., [1993] 2006. The original formulation. En: R. J. Michalowski & R. C. Kramer, eds. *State-Corporate Crime: Wrongdoing at the Intersection of Business and Government*. 1st ed. London: Rutgers University Press.

Kramer, R. C., Michalowski, R. J. & Kauzlarich, D., 2002. The Origins and Development of the Concept and Theory of State-Corpo-

rate Crime. *Crime & Delinquency*, 4, 48 (DOI: 10.1177/0011128702048002005), pp. 263- 282.

Lasslett, K., 2010. A Critical Introduction to State-Corporate Crime. En: I. S. C. Initiative, ed. s.l.:http://statecrime.org/online_article/state-corporate-crime-crit-intro/.

Lombroso, C., 1902. *El Delito, sus causas y remedios*. 1ª ed. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.

Mackenzie, S., 2006. Systematic crimes of the powerful: Criminal aspects of the global economy. *Social Justice*, 33 1), pp. 162-183.

McLaughlin, E., 2011 [2005]. Voz técnicas de neutralización (neutralization, techniques of). En: E. McLaughlin & J. Muncie, eds. *Diccionario de Criminología (The Sage dictionary of criminology)*. 1ª ed. Barcelona: Gedisa, pp. 490-491.

Medialdea García, B., 2011. ¿Por qué las agencias de calificación tienen tanto poder? En: B. Medialdea García, ed. *Quiénes son los mercados y cómo nos gobiernan*. 1ª ed. Barcelona: Icaria, Asaco.

Michalowski, R. J. & Kramer, R. C., 2006. The critique of power. En: R. J. Michalowski & R. C. Kramer, eds. *State-Corporate Crime: Wrongdoing at the Intersection of Business and Government*. 1st ed. London: Rutgers University Press.

Michalowski, R. J. & Kramer, R. C. 2007. State-Corporate Crime and Criminological Inquiry . En: H. N. Pontell & G. Geis, eds. *International Handbook of White-Collar and Corporate Crime*. 1st ed. New York: Springer.

Morelo Simarro, R., 2011. ¿Por qué ahora son los Estados los que están en crisis?. En: B. Medialdea García, ed. *Quiénes son los mercados y cómo nos gobiernan. Once respuestas para entender la crisis*. 1ª ed. Barcelona: Icaria, Asaco.

Naredo Pérez, J. M., 2004. Perspectivas de la vivienda. *Consecuencias de la evolución demográfica en la economía*, Issue No. 815, pp. 143-154.

Navarro, V. & López, J. T., 2012. *Los amos del mundo. Las armas del terrorismo financiero*. Barcelona: Espasa Libros.

OCDE, 2011. *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*. s.l.:OECD Publishing.

Pantazis, C., 2004. Gendering harm from a life course perspective. En: P. Hillyard, C. Pantazis, S. Tombs & D. Gordon, eds. *Beyond criminology: taking harm seriously*. 1st ed. London: Pluto Press.

Pegoraro, J., 2002. La necesidad de Jano: teoría sociológica y delito organizado. En: *Seguridad urbana, democracia y límites del sistema penal: actas de la Reunión Internacional "Escenario global, gobierno local y seguridad de los ciudadanos"*. 1^a ed. Pachuca-Oaxaca: Servicio de publicaciones.

Pemberton, S., [2005] 2008. Where next? the future of social harm perspective. En: D. Dorling, y otros eds. 2nd ed. London: King's College of London, Centre for Crime and Justice Studies.

Pemberton, S., 2007. Social harm future(s): exploring the potential of the social harm approach. *Crime, Law and Social Change*, 48 (1-2). DOI 10.1007/s10611-007-9078-0), pp. 27-41.

Perkins, J., [2004] 2009. *Confesiones de un gáster económico. La cara oculta del imperialismo americano (Confessions of an Economic Hit Man)*. 1^a ed. Madrid: Books4pocket.

Plataforma de Afectados por la Hipoteca, 2011. *Proposición de ley de regulación de la dación en pago, de paralización de los desahucios y de alquiler social*. [En línea] en http://afectadosporlahipoteca.files.wordpress.com/2010/02/ilp_dacic3b3n-en-pago-retroactiva_moratoria-de-desahucios_alquiler-social.pdf.

Reiman, J. H., 2005. *The Rich Get Richer and the Poor Get Prison: Ideology, Crime and Criminal Justice*. 8th ed. Boston: Allyn & Bacon.

Ross, J. I., 2012. *An introduction to political crime*. 1st ed. Bristol: The Policy Press.


Rothe, D. y otros, 2009. That Was Then, This is Now, What About Tomorrow? Future Directions in State Crime Studies. *Critical Criminology: An International Journal*, 17 1), p. 3 /13.

Rothe, D. L., 2009. *State criminality. The crime of all crimes*. 1st ed. Lanham: Lexington Books.

Rothe, D. L. & Friedrichs, D. O., 2006. The State criminology of State crime. *Social Justice*, 33 1), pp. 147-161.

Ruggiero, V., [1999] 2005. *Delitos de los débiles y de los poderosos. Ejercicios de anticriminología (Delitti dei deboli e dei potenti. Esercizi di anticriminologia)*. 1^a ed. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Ruggiero, V., 2011. ¿Es la economía, estúpido! Una clasificación de los delitos del poder. En: M. Sozzo, ed. *Por una sociología crítica del control social. Ensayos en honor a Juan S. Pegoraro*. 1^a ed. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Ruiz de Almirón, V. & Pastrana, E., 2012. ¿Quiénes son los mercados? Blackrock, Pimco o JP Morgan, la mano invisible que mueve la cuna europea tiene nombre y rostro. *ABC*, 09 08, pp. <http://www.abc.es/20120809/economia/abci-quiénes-mercado>  208081645.html.

Sala i Martín, X., 2012. Qué es el riesgo moral. [En línea] <http://www.salaimartin.com/randomthoughts/video-blog-e-konomia/item/416-%C2%BFqu%C3%A9-es-el-riesgo-moral?.html> [último acceso: 14 1 2013].

Salcedo López, D. M., 2013. Los daños sociales de género: consecuencias de la crisis/quiebra del sistema capitalista y patriarcal. En: *Criminología, daño social y crímenes de los estados y los mercados. Temas, debates y diálogos*. 1^a ed. Barcelona: Anthropos, Siglo XXI, OSPDH.

Sanabria Martín, A., 2011. ¿Cuál es el papel de los bancos en la crisis?. En: B. Medialdea García, ed. *Quiénes son los mercados y cómo nos gobiernan. Once respuestas para entender la crisis*. 1^a ed. Barcelona: Icaria, Asaco.

Sandel, M. J., [2009] 2012. *Justicia ¿Hacemos lo que debemos? (Justice)*. 1^a ed. Barcelona: Debolsillo.

Stiglitz, J. E., 2012. *El precio de la desigualdad. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita (The Price of Inequality: How Today's Divided Society Endangers Our Future)*. 1^a ed. Madrid: Taurus.

Sutherland, E. H. [1949] 1999. The White Collar Criminal (encyclopedia of criminology). En: F. Alvarez-Uría & R. d. Olmo, eds. *El delito de*

cuello blanco (White Collar Crime). 1ª ed. Madrid: La Piqueta.

Sykes, G. M. & Matza, D., [1957] 2004. Técnicas de neutralización: una teoría de la delincuencia (Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency). *Delito y Sociedad, Revista de Ciencias Sociales*, Issue 20, pp. 127-136.

Tombs, S., 2012. State Corporate Symbiosis and the Production of Crime and Harm. *State Crime*, 1 2), pp. 170-195.

Tombs, S. & Hillyard, P. 2004. Towards a political economy of harm: states, corporations and the production of inequality. En: P. Hillyard, C. Pantazis, S. Tombs & D. Gordon, edits. *Beyond criminology: taking harm seriously*. 1ª ed. London: Pluto Press.

Tombs, S. & Whyte, D., 2009. The state and the corporate crime. En: R. Coleman, J. Sim, S. Tombs

& D. Whyte, edits. *State, Power, Crime*. 1ª ed. London: Sage.

Torres López, J., 2012. Demasiado poderosos para ir a la cárcel. *Sistema Digital*, 13 12, pp. <http://juantorreslopez.com/impertinencias/demasiado-poderosos-para-ir-a-la-carcel/>.

Vidal Tamayo, I., 2013. Políticas de mercado y daño social: ¿la pérdida de una generación? En: *Criminología, daño social y crímenes de los estados y los mercados. Temas, debates y diálogos*. 1ª ed. Barcelona: Anthropos, Siglo XXI, OSPDH.

Vitali, S., Glattfelder, J. & Battiston, S., 2011. The Network of Global Corporate Control. *PLoS ONE*, 6 10).

Zaffaroni, R. E., 2011. *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelara*. Buenos Aires: Ediar. ♦

.....

CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Suspensión del proceso a prueba denegada. Rechazo del remedio. Requisitos de procedencia. Sentencia definitiva o equiparable y caso constitucional. Disidencia.

1. — El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el imputado —en el caso, por la infracción al art. 111 del Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires— ante la denegación de la suspensión de juicio a prueba es inadmisibles, pues esta no constituye sentencia definitiva ni equiparable a tal, en tanto no irroga a aquél un gravamen de imposible re-

paración ulterior, debido a que en la etapa por la que transita el legajo no causa estado.

2. — Contra la sentencia que confirmó la denegación de la suspensión de juicio a prueba es admisible el recurso de inconstitucionalidad, pues dicha resolución es equiparable a definitiva y el imputado planteó un caso constitucional, al alegar que colisiona con los principios de proporcionalidad, razonabilidad y trato igualitario (del voto en disidencia del Dr. Delgado).

CPenal, Contravencional y de Faltas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 2012/10/15. - Navarro, Raúl s/infr. art.(s) 111 CC.

[Cita on line: AR/JUR/67448/2012]

La suspensión del juicio a prueba y el recurso de inconstitucionalidad en el fuero penal, contravencional y de faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

POR ANDRÉS M. DUBINSKI

Sumario: I. Introducción.— II. Interpretación de los antecedentes del Tribunal Superior de Justicia.— III. El fuero nacional y la Corte Suprema de Justicia de la Nación.— IV. Postura del Tribunal Superior de Justicia de la CABA respecto de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.— V. Conclusión.

I. Introducción

La suspensión del juicio a prueba o la *probation* (1) ha sido importada e incorporada al Código

(1) El equivalente del instituto argentino “suspensión del juicio a prueba” en el ordenamiento estadounidense sería

Penal de la Nación mediante la ley 24.316 en mayo de 1994. El instituto otorga la posibilidad al imputado de reparar el daño en la medida de sus posibilidades a cambio de dejar en suspenso la realización del juicio.

La *probation* constituye una clara manifestación del cambio de paradigma de la justicia penal, en lugar de la tradicional respuesta del sistema penal consistente en la imposición de una pena, el nuevo modelo busca la compensación de la víctima (2). Lejos está la ley 24.316 del sistema acusatorio material, en el cual, para el caso de la *probation*, la aceptación o no de la propuesta por parte de la víctima sería vinculante, sin embargo, consideramos que la incorporación del instituto representó un gran avance para el ordenamiento jurídico argentino.

Respecto su naturaleza jurídica, Devoto entiende de “la hipótesis del art. 76 bis del Cód. Penal como un caso de adopción de una medida-sanción alternativa a la pena y, de este modo, como el resultado de comprender que la respuesta estrictamente punitiva es inadecuada para una notable cantidad de casos” (3).

la “diversión decisión” y no la “probation”. Ver ALMEYRA, M. (1995), “Probation. ¿Sólo para delitos de bagatela?”, LA LEY, 1995-B, 603/608.

(2) TSJ de Córdoba, Sala Penal, S. n° 331, 07/11/2011, “Bordoni, Jorge Luis y otros p.ss.aa. propagación culposa de enfermedad peligrosa y contagiosa agravada - Recurso de Casación”.

(3) DEVOTO, E., Probation e institutos análogos, Hamurabi, Buenos Aires, 2005, p. 121.



JURISPRUDENCIA VINCULADA

El Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en autos "Coarite, José Alejandro s/ infr. art.(s) 111 C.C.", 27/04/2011, La Ley Online, AR/JUR/19696/2011, sostuvo que: El recurso de inconstitucionalidad dirigido contra el rechazo de la suspensión del proceso a prueba es improcedente, pues las resoluciones cuya única consecuencia sea la obligación de continuar sometido a juicio, no reúnen el carácter de sentencia definitiva a que se refiere el art. 27 de ley nº 402 de procedimientos ante el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires (del voto del Doctor Lozano)

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, Páez, Verónica de las Nieves, 11/08/2009, La Ley Online, AR/JUR/34702/2009

Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala III, Marchetta, Fernando Ariel, 11/02/2010, La Ley Online, AR/JUR/10001/2010

2ª Instancia.— Buenos Aires, octubre 15 de 2012.

Los doctores *De Langhe* y *Bosch* dijeron:

"El recurso de inconstitucionalidad configura el remedio acordado para impugnar las sentencias, o resoluciones equiparables a éstas, que hayan decidido un caso constitucional, entendiéndose por tal a aquel que versa sobre la validez o invalidez de una norma cuestionada como contraria a la CN o a las constituciones locales, según sea, respectivamente, el ámbito jurisdiccional en que dicho caso se haya planteado" (1).

La labor de los suscriptos no se limitará a constatar el cumplimiento de los requisitos formales de procedencia sino también la verificación de la concurrencia de agravios constitucionales reales y no aparentes —lo que no importa, por cierto, que se emita pronunciamiento sobre ellos—.

A la luz de una primer óptica de examen, las exigencias han sido satisfechas por cuanto el Sr. Defensor

(1) Cfr. "Los Recursos en el Proceso Penal", Lino E. Palacio, Lexis Nexis — Abeledo Perrot, edic. 1998 en Lexis Nexis on line nº 2503/001508.

Coincidimos con la opinión esbozada en el párrafo anterior, y en consecuencia consideramos que la *probation* es derecho de fondo (debido a su innegable naturaleza de pena o de medida alternativa a la pena), y por lo tanto, todas las normas procesales provinciales que regulen el instituto deberán estar en consonancia con los artículos del Código Penal que establecen la suspensión del juicio a prueba para no violentar la Constitución Nacional, en tanto establece que corresponde al Poder Legislativo Nacional dictar los códigos de fondo (conf. art. 75.12 CN).

Consiguientemente, una vez establecida la *probation* a nivel nacional, las provincias debieron regular dicha figura para que ésta pueda ser aplicada, de tal modo de no crear una ley inconstitucional.

Respecto de la legislación procesal, cabe señalar que el art. 293 del Cód. Proc. Penal de la Nación establece que el órgano judicial competente podrá otorgar el beneficio después de escuchar a las partes en la audiencia dispuesta para tal fin. Es decir, las partes discuten y el juez decide si otorga o no el beneficio.

En cambio, el art. 205 del Cód. Proc. Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no sólo regula las cuestiones formales, sino que también establece que la opinión del fiscal será vinculante.

Si efectuamos una interpretación literal del art. 76 bis (4) del Cód. Penal de la Nación, a nuestro

(4) Art. 76 bis.- El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba. En casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediere de tres años. Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente. Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio. Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma

Oficial articuló la impugnación dentro de los diez días de notificada la resolución de esta Alzada —Tribunal Superior de la causa— y por escrito fundado (arts. 27 Ira. parte y 28 de la ley 402).

En cuanto al aspecto sustancial de admisibilidad, el recurso intentado se enfrenta con un primer y fundamental escollo relativo a la impugnabilidad objetiva. Esto es, sólo puede ser interpuesto contra sentencias definitivas (art. 27 ley 402) o equiparables a ellas en tanto ocasionen un gravamen de imposible reparación ulterior al agotar las oportunidades procesales útiles para obtener la protección del derecho que se trate.

De inicio se advierte que la resolución embestida no constituye la “sentencia definitiva” —ni equiparable a tal— requerida por el ordenamiento procesal aplicable en la especie para proceder a la apertura del remedio extraordinario. En efecto, la decisión por la cual esta Sala confirmó —por mayoría— el rechazo a la concesión de la suspensión del proceso a prueba respecto del imputado Navarro, no reviste tal carácter al no irrogar a la parte un gravamen de imposible reparación ulterior como se alega, ya que en la etapa por la que transita en estos momentos el legajo aquélla no causa estado.

criterio, se puede concluir que existen dos escenarios posibles.

El del primer párrafo que tiene como requisitos que el máximo de la escala penal no supere los tres años y que se realice un ofrecimiento en la medida de las posibilidades del imputado para reparar el daño. Y el del cuarto párrafo, en el que es necesario que exista la posibilidad de acceder a una condena de ejecución condicional, es decir, que el mínimo de la escala del delito que se imputa sea igual o menor a tres años (conf. Arts. 26 y 27 CP), pero en el que también se establece claramente que se necesita del consentimiento del fiscal.

conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente. El imputado deberá abandonar en favor del estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena. No procederá la suspensión del juicio cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito. Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación. Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los ilícitos reprimidos por las Leyes 22.415 y 24.769 y sus respectivas modificaciones.

Es que en su constante jurisprudencia el Tribunal Superior de Justicia de la CABA ha expresado que “las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no constituyen sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley nº 402” (T.S.J., in re “Ministerio Público-Defensoría en lo Contravencional y de Faltas nº 4 - s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Posta, Felipe y Berbegall, Rodolfo s/infracción ley 255”, expte. nº 3338/04, del 1/12/2004; in re “Ministerio Público - Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas nº 4 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Incidente de excepción de falta de acción en autos: Petracona, Miguel Angel s/inf. art. 189 bis, tercer párrafo, del C.P. — apelación” del 22/02/2006; entre muchos otros).

Asimismo ha sostenido que “...la resolución atacada no pone fin al proceso y, en el caso concreto, tampoco causa a quien impugna un agravio de imposible reparación ulterior. La consecuencia de lo decidido es que el proceso siga su trámite, y por lo tanto, los planteos del recurrente podrán encontrar remedio a lo largo del desarrollo de las instancias ordinarias del proceso, o bien a través de la intervención de este Tribunal al recurrirse la sentencia definitiva de la causa. Existe entonces un obstáculo directo al tratamiento del recurso...” (TSJ,

Sin embargo, en la práctica, se interpreta que para ambos escenarios (primero y cuarto párrafo del art. 76 bis del Cód. Penal) es necesario que exista consentimiento del fiscal (5).

Lo que no aparece tan claro es si ese consentimiento otorgado por el Ministerio Público Fiscal es o no vinculante para el juez que otorgará el beneficio. En nuestra opinión, debería ser vinculante sólo para otorgar el beneficio, nunca para denegarlo. Es decir, si el fiscal no consiente la suspensión, el juez podrá otorgarla de cualquier manera, en cambio, si el fiscal acepta suspender la realización del juicio, el juez nunca podrá denegar el beneficio al imputado.

La incorporación del requisito de obligatoriedad del consentimiento fiscal en el Código Procesal Penal de la CABA podría intentar explicarse a partir del deseo de sus legisladores de desarrollar un sistema lo más acusatorio posible. Sin embargo, debe señalarse que la ley ritual de la CABA no

(5) Ver CSJN, 23/04/08, “Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, primer párrafo de la ley 23.737” - causa Nº 28/05” S.C.A. 2186, L.XL.

Expte. n° 403/05 “Ministerio Público-Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 4 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Soto, Pablo s/infracción art. 41 CC-nulidad-apelación’”, del voto de la Dra. Ruiz).

En idéntico sentido se pronunció el ex juez Maier —en las actuaciones mencionadas en el párrafo anterior— afirmando: “No existe sentencia definitiva cuando, acertada o erróneamente, un tribunal de mérito se pronuncia por la prosecución del procedimiento hacia el dictado de una decisión material sobre la imputación...”

Por su parte, en cuanto a la configuración del caso constitucional como segundo extremo habilitante, la cuestión radica, básicamente, en una mera discrepancia interpretativa del recurrente con la postura vertida por el voto mayoritario de esta Alzada en el decisorio de fs. 142/146, respecto del alcance del instituto de la “probation” —art. 45 C.C.—, que en el caso sub examine fue denegado al imputado Raúl Navarro, y que de prosperar la tesis introducida por la defensa — en lo sustancial— se traduciría en la revocación del fallo apelado.

debería legislar sobre cuestiones de fondo, y que la interpretación del art. 76 bis del Cód. Penal debe ser realizada por el Poder Judicial y no por la Legislatura porteña.

La dispar jurisprudencia emanada del Tribunal Superior de Justicia de la CABA y de la CSJN es, en parte, consecuencia de lo expresado en las líneas anteriores: El Poder Judicial, encargado de interpretar la ley, debe considerar muchas veces la intención con la que el legislador desarrolló una determinada norma, y considerando que el ordenamiento ritual de la Ciudad tiene como objetivo que el proceso penal sea completamente adversarial, los jueces del fuero deberán interpretar normas de fondo pensadas para un sistema mixto, pero teniendo en cuenta simultáneamente que el sistema que rige el proceso es netamente acusatorio.

Ahora bien, en el fallo en análisis (“Navarro”), la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires declaró inadmisibles el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el defensor oficial debido a que la mayoría, De Langhe y Bosch, consideraron (al igual que la jurisprudencia del TSJ) que la denegatoria del pedido de suspensión del juicio a

En tal sentido la defensa no logra demostrar la existencia de un caso constitucional que posibilite la apertura de la vía excepcional que reclama a través de su presentación en esta sede. Pues, obsérvese que solamente se limita a reiterar, en versión profundizada, los argumentos ya expuestos en el escrito de apelación obrante a fs. 106/110, los cuales ya fueron debidamente valorados por el Tribunal, evidenciando con ello un marcado desacuerdo con la solución arribada, vinculado estrictamente con la interpretación de normas infraconstitucionales —bajo el viso aparente de lesión constitucional—, materia ajena a la competencia del Tribunal Superior de Justicia.

Sabido es que la vía recursiva es limitada en cuanto a sus motivos. Puede interponerse porque la sentencia aplica reglas que el impugnante considera contrarias a la Constitución o porque la sentencia no lo hace con respecto a preceptos del derecho positivo, con fundamento en su contraposición con la norma fundamental, y que la apelante sí considera aplicables. Es por ello que resulta necesario examinar si el recurso de inconstitucionalidad plantea, en verdad, alguno de estos motivos, pues, de no ser así, tal remedio no

prueba no es asimilable a sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402 de la CABA, similar al art. 14 de la ley 48 en Nación.

Afirmaron De Langhe y Bosch en el fallo en cuestión que para que una sentencia sea equiparable a definitiva deben estar agotadas las oportunidades procesales útiles para resguardar el derecho violentado, pudiéndose generar un gravamen de imposible reparación ulterior de no revisarse la decisión.

Consecuentemente concluyeron que la resolución recurrida no reviste carácter de sentencia asimilable a definitiva debido a que en la etapa en la que se encontraba el legajo (instrucción), la decisión que denegó el pedido de suspensión del juicio a prueba no causaba estado (6).

En cambio, el voto de Delgado (en disidencia) efectuando una interpretación amplia del instituto, citando vasta jurisprudencia de la CSJN, señaló que “en los casos en que el gravamen resulta de insuficiente, imposible o tardía reparación ulterior

(6) Cámara Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA, Sala II, 10/2011, “Navarro, Raúl s/infr. art.(s) 111 CC” - Causa N° 2404-00-CC/2011.

procede (in re “Rabadán Paz”, con cita de T.S.J., c. 2197/03 “Ministerio Público - Defensora Oficial en lo Contravencional n° 6 - s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Caro, Maximiliano Daniel s/arts. 61 y 63 CC - apelación”, rta.: 10/09/2003, del voto del juez Julio B. J. Maier).

La doctrina no ha sido ajena al tema y al respecto ha dicho que: “...no se trata aquí de dar mejores, más amplias o distintas razones que conduzcan a la aceptación de los motivos que originaron la impugnación, sino que, en todo caso, dentro de las oportunidades que otorga el ordenamiento procesal, sólo cabe la posibilidad de desarrollar la fundamentación que sobre el único motivo —o sea, el consistente en la contradicción entre la ley y la norma fundamental— hubo de ser expuesta suficientemente en el escrito de interposición” (2).

En definitiva, los principios constitucionales que dogmáticamente se denuncian afectados se plantean



(2) Lino E. Palacio, Ob. Cit.

no corresponde restringir el derecho del procesado a poner fin a la acción y evitar la imposición de una pena” (7).

Del fallo en análisis se desprende que ambos votos (el de la mayoría y la disidencia) coinciden en que debe existir un gravamen de imposible reparación ulterior; la cuestión ahora, será determinar si la denegatoria del pedido de suspensión del juicio a prueba tiene entidad suficiente como para generar dicho agravio.

II. Interpretación de los antecedentes del Tribunal Superior de Justicia

El voto de la mayoría en Navarro funda su posición en los siguientes precedentes del Tribunal Superior de la CABA.; a saber: “Posta, Felipe y Berbegall, Rodolfo s/ infracción ley 255”, expte. n° 3338/04, del 1/12/2004; “Soto, Pablo s/ infracción

como consecuencia de la divergencia enunciada, adecuándolos a la solución y exégesis que propugna, y la que, conforme es presentada por el recurrente, conduce a la apreciación de elementos fácticos y de derecho sustantivo, propios de los jueces de la causa y ajenos, en principio, al recurso de inconstitucionalidad (cfr. Fallos TSJ, Expte. N° 2226 “Ministerio Público —Defensoría Oficial N° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Oniszczuk, Carlos Alberto y Márquez, Sandra Rosana s/ley 255-Apelación”, voto del Dr. José Osvaldo Casás, resolución del 18 de septiembre de 2.003; Expte. 2197/03 “Ministerio Público —Defensora Oficial en lo Contravencional N° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en Caro, Maximiliano Daniel s/arts. 61 y 63 CC-apelación” voto de la Dra. Ana María Conde, resolución del 10 de septiembre de 2.003, entre otros).

En resumidas cuentas, puede decirse que el presentante no ha logrado articular un caso constitucional pues se sustenta exclusivamente en la mera disidencia con la decisión adoptada por la Cámara —por mayoría—; se asienta sobre la base de alusiones genéricas vinculadas únicamente con

art. 41 CC-nulidad-apelación”, expte. n° 403/05 y “Petracona, Miguel Angel s/inf. art. 189 bis, tercer párrafo, del C.P.”, apelación del 22/02/2006.

En el precedente “Posta”, se interpuso un recurso de inconstitucionalidad a causa del rechazo de un pedido de nulidad respecto de una prueba obtenida ilegalmente. El TSJ expresó que no constituyen sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402 los fallos referidos a provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso debido a que la valoración de la prueba cuestionada sería realizada en la audiencia de juicio y en la sentencia. Por lo tanto, la consecución del proceso según su estado no generaría agravio alguno en este caso (8).

De tal modo, el TSJ consideró análogas ambas situaciones (la denegatoria de *probation* y el rechazo del pedido de nulidad) por cuanto la consecución del proceso no generaría gravamen alguno, y por lo tanto, en ninguno de los dos casos habría sentencia asimilable a definitiva.

(8) TSJ de la CABA, 01/12/04, “Posta, Felipe y Berbegall, Rodolfo s/ infracción ley 255”, expte. n° 3338/04.

(7) CSJN, 11/11/97, “Padula, Osvaldo R. y otros”, LA LEY, 1998-B, 483; DJ, 1998-2-538. y CSJN, “Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, primer párrafo de la ley 23.737 - causa N° 28/05”. S.C.A. 2186, L.XL, citados por DELGADO, S. en Cámara Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA, Sala II, 10/2011, “Navarro, Raúl s/ infr. art.(s) 111 CC” - Causa N° 2404-00-CC/2011.

la interpretación y aplicación de las normas sustantivas, lo que dista de constituir el desarrollo serio y fundado que un recurso de esta naturaleza requiere. Su pretensión exhibe un defecto sustancial, pues no vincula directamente sus agravios con algún motivo de impugnación constitucional —en los términos del art. 27 de la Ley 402—, esto es, no evidencia palmariamente en el caso, la afectación de un derecho, principio o garantía constitucional [cf. Expte. n° 3264/04, sentencia del 23/02/05, “Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos s/amparo (art. 14, CCABA)”. Al no individualizar las lesiones concretas y su relación con la causa, el recurso nos remite al examen de cuestiones de derecho común, ajenas por cierto al recurso de inconstitucionalidad que intenta [cf. Expte. 1976/02, sentencia del 09/04/03, “Labayru, Julia Elena y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”].

Entendemos que en el caso específico de la suspensión del juicio a prueba, ésta no podrá ser solicitada en otra oportunidad, por lo que una denegatoria del pedido de *probation* tendría como consecuencia, inevitablemente, la pérdida de tal derecho. Asimismo, el art. 205 del Cód. Procesal Penal de la CABA establece claramente que sólo se podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba hasta antes del debate, y sólo durante el mismo cuando haya acaecido un cambio de calificación.

En el precedente “Soto” sucede lo mismo que en “Posta”, es decir, en primera y segunda instancia se rechaza el pedido de nulidad interpuesto por la defensa, quien incoó recurso de inconstitucionalidad, que rechazado por la Cámara, llegó en forma de queja al TSJ. Al respecto, dicho tribunal expresó que “No existe *sentencia definitiva* cuando, acertada o erróneamente, un tribunal de mérito se pronuncia por la prosecución del procedimiento hacia el dictado de una decisión material sobre la imputación” (9).

Finalmente, en el precedente “Petracona”, el TSJ dijo que la decisión recurrida no constituye *sentencia definitiva* en tanto no pone fin al pro-

Por todo lo expuesto, consideramos que corresponde declarar inadmisibile el remedio intentado por la defensa, lo que así votamos.

El doctor *Delgado* dijo:

El recurso de inconstitucionalidad articulado cumple con los requisitos exigidos por el art. 28 de la ley 402 en cuanto a su plazo de presentación y forma.

En cuanto a los requisitos exigidos de acuerdo al art. 27 de la normativa citada, se advierte que la sentencia que confirma la denegación de la suspensión de juicio a prueba es equiparable a definitiva.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó al respecto que, en los casos en que el gravamen resulta de insuficiente, imposible o tardía reparación ulterior no corresponde restringir el derecho del procesado a poner fin a la acción y evitar la imposición de una pena (Fallos: 304:1817; 308:1107; 312:2480, P. 184. XXXIII - “Padula, Osvaldo Rafael y otros s/defraudación-causa

ceso y no impide el replanteo del derecho, por lo tanto, tampoco generaría un agravio de imposible reparación ulterior.

A nuestro entender, el rechazo de un pedido de nulidad no es similar al de una denegatoria de una *probation*. La posibilidad de suspender el juicio a prueba es un derecho del imputado y no debe verse restringido por el hecho de que si se continúa con el juicio el imputado pueda ser eventualmente absuelto.

Durante el juicio no se le otorgará al acusado la posibilidad de solicitar una nueva suspensión (excepto que se modifique la calificación legal), y se resolverá acerca de la acusación fiscal y no sobre la razonabilidad del pedido de *probation* de acuerdo con lo previsto por el art. 76 bis del Cód. Penal.

De los fallos analizados, es dable señalar, que el TSJ fundó sus votos en fallos que tratan cuestiones de fondo diferentes, existiendo precedentes de dicho tribunal en los cuales se analiza si la decisión que deniega la suspensión del juicio a prueba es o no asimilable a *sentencia definitiva*.

A modo de ejemplo, en la causa “Benítez” (10), el TSJ expresó que la intención con la que fue

(9) TSJ de la CABA, 03/08/05, “Soto, Pablo s/infracción art. 41 CC-nulidad-apelación”, expte. n° 403/05 (Voto de Maier).

(10) TSJ de la CABA, 23/05/07, “Benítez, Sergio David s/art. 189 bis del CP” (Voto de Maier). Ver también TSJ de

N° 274” - CSJN - 11/11/1997 y “Acosta, Alejandro Esteban s/infracción art. 14, primer párrafo de la ley 23.737 - causa N°28/05” S.C.A. 2186, L.XL).

Ha establecido el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, que corresponde a esta Alzada constatar que el recurso no sólo cumpla los recaudos formales establecidos en la ley para su procedencia sino también que se encuentre fundado en “agravios constitucionales reales y no aparentes...”, diferenciando si se trata de una concreta impugnación constitucional del fallo de la invocación genérica de preceptos o de la reiteración de argumentos previamente tratados.

La defensa plantea un caso constitucional cuando alega que la interpretación mayoritaria del instituto —que he compartido— colisionaría con los principios de proporcionalidad, razonabilidad y trato igualitario al apartarse de la que postula como correcta. Ello aún cuando no comparto el alcance que se postula de dichos principios constitucionales, entiendo que

ideado el recurso de inconstitucionalidad fue la de revisar todos los agravios una única vez, es decir, una vez que se obtenga la sentencia definitiva.

En el debate parlamentario llevado a cabo para sancionar la ley 24.316, el senador Alberto Rodríguez Saá consideró que uno de los objetivos de la ley era el de reducir el número de causas que resuelven los jueces penales para que puedan concentrar sus esfuerzos en aquellos delitos que la sociedad considera más lesivos (11).

Compartimos este punto de vista, el derecho penal es un derecho de *ultima ratio*, la sociedad debe intentar solucionar los conflictos menos gravosos por otra vía. La *probation*, si bien es un instituto de derecho penal, es una alternativa a la pena de prisión, y como bien se mencionó en la introducción de este trabajo, constituye una clara manifestación del cambio de paradigma de la justicia penal.

La interpretación restrictiva del instituto por parte de los tribunales inferiores al denegarlo y

la CABA, 03/05/06, “Luraschi, Carlos Alejandro s/inf. art. 38 CC” y TSJ de la CABA, 20/12/2006, “Herrera, Juan s/art. 189 bis del CP”.

(11) RODRIGUEZ SAA, A., Debate parlamentario sobre ley 24.316, Senado de la Nación, segunda sesión, p. 390.

corresponde al máximo tribunal local efectuar la interpretación última de las garantías que, según la defensa, fueron quebrantadas.

Por lo expuesto, voto por 1) Declarar admisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, 2) Elevar los actuados a conocimiento del Superior Tribunal de Justicia. Así voto.

Por las razones invocadas, y habiendo concluido el Acuerdo, el Tribunal, por mayoría, resuelve: I. Declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa oficial a fs. 151/158. II. Tener presente la reserva del caso federal (fs. 157 vta. y 158, punto

Tómese razón, notifíquese a la Fiscalía de Cámara bajo constancia en autos, y oportunamente devuélvase a la primera instancia interviniente, la que deberá cumplir con las notificaciones restantes. Sirva lo proveído de atenta nota de remisión. — *Fernando Bosch*. — *Sergio Delgado*. — *Marcela De Langhe*.

por el TSJ al rechazar las quejas (y en cierto modo, avalar implícitamente la denegatoria del inferior) termina por desvirtuar el espíritu con el que fue intencionada la norma.

El TSJ de la CABA (12) ha dejado en claro, a través de sus sentencias, que la denegatoria del pedido de *probation* no constituye sentencia asimilable a definitiva. Sin embargo, no todos los jueces del fuero opinan de la misma manera. En el reciente precedente Parrilla (13), el camarista Franza expresó que la decisión que deniega el pedido de suspensión del juicio a prueba es asimilable a sentencia definitiva y que, por lo tanto,

(12) Los actuales miembros del TSJ son Lozano, Ruiz, Conde y Casás. Maier integró el tribunal hasta octubre de 2009.

(13) Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas; Sala I, 10/08/10, “Parrilli, Rosa Elsa s/infracción art. 149 bis CP, Amenazas”, Causa N° 42850-00-CC/09. El juez Franza expresó: “Preciso es resaltar el criterio sostenido por la mayoría de los jueces de esta Sala en cuanto a que: la resolución que suspende, revoca o deniega la suspensión del proceso a prueba es auto equiparable a sentencia definitiva, pues causa gravamen de imposible o difícil reparación ulterior (Causas N° 1.594-00/00/05: ‘Sosa, Roberto Carlos s/inf. art. 189 bis C.P.’ rta. 06/12/07; N° 28.049-00-00/07: ‘Roldán, Omar Alberto s/inf. art. 189 bis C.P.’ rta. 08/07/08 y N° 19.142-01-00/08: ‘Recalde Mareco, Bartolomé y otro s/inf. art. 189 bis C.P.’; rta. 23/12/08)”.

dicho fallo puede ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad (14).

III. El fuero nacional y la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En 1997, en el precedente “Menna” (15), la CSJN consideró que “una decisión relativa al otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba es equiparable a definitiva... puesto que la tutela de los derechos que se invocan no podría hacerse efectiva en una oportunidad procesal posterior” (16).

Debe aclararse que la Corte se refería a los requisitos necesarios para acceder al recurso de casación, sin embargo, nos preguntamos: ¿si una sentencia es asimilable a definitiva para acceder a Casación, lo es también para acceder mediante recurso extraordinario a la CSJN? La respuesta es afirmativa, por cuanto la CSJN esclareció el asunto en autos “Di Nunzio, Beatriz” del año 2005 (17).

En 1998, en “Padula” (18), la CSJN expresó que las resoluciones que tienen como consecuencia

(14) Actualmente, los siguientes jueces adhieren al criterio esbozado por Franza en el párrafo anterior: En la Sala I, la del juez Franza, Paz y Manes, en la Sala II, Delgado, en minoría, y en la Sala III, Vázquez y Marum. Desconocemos la postura de Sáez Capel, tercer integrante de la sala III.

(15) CSJN, 25/9/97, “Menna, Luis s/Recurso de queja”, LA LEY, 1998-E, 343.

(16) DEVOTO, E., Probation e institutos análogos, op. cit., p. 240.

(17) CSJN, 3/5/2005, “Di Nunzio, Beatriz”, 328:1108. La CSJN expresó que “la regulación establecida por el ordenamiento procesal vigente no impide la revisión de sentencias como la recurrida en las presentes, ya que si bien el art. 457 del Código Procesal Penal de la Nación, hace referencia al concepto de sentencia definitiva, el art. 14 de la ley 48 y el art. 6º de la ley 4055, contienen idéntica redacción; sin perjuicio de lo cual esta Corte desde hace ya varias décadas ha establecido el concepto de sentencia equiparable a definitiva para aquellos pronunciamientos que si bien no ponen fin al pleito, pueden generar un perjuicio de imposible o tardía reparación ulterior, y por lo tanto requieren tutela judicial inmediata. Corresponde entonces afirmar que el concepto de sentencia equiparable a definitiva para el recurso extraordinario, no difiere del establecido para el recurso de casación, tomando en cuenta el carácter de tribunal intermedio de la cámara homónima, siempre que se invoque en los planteos recursivos una cuestión federal o la arbitrariedad del pronunciamiento conforme la doctrina de esta Corte”.

(18) CSJN, 11/11/97, “Padula, Osvaldo R. y otros”, LA LEY, 1998-B, 483; DJ, 1998-2-538.

que la obligación de seguir sometido a proceso penal no son definitivas en los términos del art. 14 de la ley 48, sin embargo, correspondería realizar una excepción en los casos en los que la consecución del proceso podría generar un gravamen de imposible o tardía reparación ulterior (19).

El Máximo Tribunal de la Nación deja muy en claro que considera que la decisión que deniega suspender el proceso a prueba puede provocar un gravamen de imposible reparación, no obstante, para que la sentencia sea asimilada a definitiva, el recurrente deberá probar en el caso concreto por qué podría generarse dicho gravamen.

Por último, en el año 2008, la CSJN en su actual integración, ha dicho en “Acosta” (20) que, al debatirse acerca de una norma de derecho común, la Corte sólo puede intervenir si la aplicación inadecuada de esa norma que la desvirtúa y la vuelve inoperante constituye una causa definida de arbitrariedad. *Agregó el Máximo Tribunal que desde la política criminal se caracteriza el derecho penal como de última ratio y que el principio pro homine impone privilegiar la interpretación legal que sea más beneficiosa para el ser humano frente al poder estatal.*

Consideramos que el instituto de la *probation* debe ser interpretado en forma amplia y extensiva de acuerdo con los principios enunciados en el párrafo anterior. Además, debe señalarse que al declarar la CSJN admisible el recurso, reafirmó lo establecido por Padula (21), en cuanto se verifica que una interpretación errónea del derecho que representa la suspensión del juicio a prueba puede generar un gravamen de imposible reparación ulterior y puede ser considerada como una causa definida de arbitrariedad.

IV. Postura del Tribunal Superior de Justicia de la CABA respecto de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Con relación a la doctrina emanada de la CSJN en los precedentes Padula y Menna (que utilizara el camarista Delgado en el fallo en análisis para

(19) Ver también Fallos: 304:1817; 308: 1107; 312:2480.

(20) CSJN, 23/04/08, “Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, primer párrafo de la ley 23.737”, causa N°28/05” S.C.A. 2186, L.XL.

(21) *Ibidem* nota al pie número 19.

declarar admisible el recurso de inconstitucionalidad), el TSJ expresó en el fallo Herrera, que lo que se estaba discutiendo era el tipo de resoluciones recurribles por vía del recurso de casación, y que por lo tanto, esos precedentes no eran aplicables al caso debido a que dicho recurso es distinto al de inconstitucionalidad (22).

En el mismo fallo, el TSJ agregó que los agravios que se generaren durante el proceso pueden ser reparados por la sentencia de mérito, concluyendo de este modo que la decisión que revocó la suspensión del juicio a prueba no era asimilable a una sentencia definitiva (23).

Al ser rechazada la queja interpuesta ante el TSJ por la defensa de Herrera, ésta recurrió por vía de recurso extraordinario a la CSJN, y no siendo admitido por el TSJ, realizó una presentación directa ante el Máximo Tribunal nacional. La CSJN admitió la queja considerando que existía una restricción sustancial de la vía utilizada por el justiciable, y que en consecuencia, se estaba afectando el derecho de defensa en juicio (24).

Casal, en su dictamen, al cual adhieren 6 de los 7 ministros de la Corte, expresó, acerca del fallo del TSJ de la CABA, *que los tres votos de la mayoría coincidieron en que el recurso de inconstitucionalidad está limitado a los supuestos en que existe una decisión que pone fin al pleito. Además, afirmó, que el criterio utilizado por la mayoría del TSJ es más restrictivo que el establecido por la CSJN para el recurso extraordinario, impidiendo de esta forma el análisis de la cuestión de fondo.*

El ex Procurador General de la Nación se refirió al criterio esbozado por la CSJN en "Di Nunzio, Beatriz" del año 2005 (Fallos 328:1108, considerando 12), que dispone que el concepto de sentencia asimilable a definitiva para el recurso extraordinario es el mismo que para el de casación.

Asimismo, expresó que la doctrina fijada por los precedentes "Strada" (308:490) y "Di Mascio" (311:2878) establece que la CSJN es el intérprete

(22) TSJ de la CABA, 20/12/2006, "Herrera, Juan s/art. 189 bis del CP" (Voto de Conde).

(23) Idem. (Voto de Maier).

(24) Fallos: 320:2089, considerando 31 y sus citas; 323:1449; 324:3612; 327:4432, del dictamen de Casal en CSJN, 5/02/08, "Herrera, Juan s/art. 189 bis del CP".

final de la Constitución y de los derechos en ella consagrados y que en virtud del art. 31 CN es necesaria la intervención del tribunal superior provincial, el cual no puede vedar el acceso a la CSJN por el monto de la condena, la graduación de la penal, la materia y/o cuestiones análogas.

En junio de 2008, el TSJ, por mayoría de tres contra dos, hizo lugar a la queja pero rechazó el recurso de inconstitucionalidad. Conde, Maier y Casás hicieron lugar a la queja sólo porque lo ordenaba la CSJN, no obstante, dejaron en claro que disientían con la opinión del Máximo Tribunal.

El TSJ, por mayoría, afirmó que la interpretación de las reglas que permiten acceder a un tribunal provincial son cuestiones relativas al derecho local y que no puede sostenerse nunca que la decisión que ordena continuar el proceso hacia la realización del juicio se considere como definitiva. Asimismo agregó que el imputado puede plantear durante el juicio todas las defensas que estime corresponder, incluso la suspensión de ese mismo juicio a prueba (25).

Coincidimos con la opinión del TSJ en lo referente a que la solicitud para suspender el juicio a prueba puede ser interpuesta hasta tanto no se haya dictado sentencia. Sin embargo, teniendo en cuenta que el Código Penal no establece plazo alguno para solicitar una *probation*, y que el Cód. Procesal Penal de la CABA sólo permite al imputado proponer la suspensión hasta antes de que comience el debate, queda finalmente a interpretación de cada tribunal si el pedido resultaría o no extemporáneo al ser planteado durante el debate, y desde la óptica de la defensa, no puede dejarse al azar una cuestión que hace a la libertad del imputado.

Respecto de los votos de Lozano y Ruiz, ambos hicieron lugar a la queja, revocaron la sentencia de Cámara y sobreescribieron a Herrera. La minoría expresó que la CSJN entendió que existía una cuestión que no había encontrado adecuado tratamiento en el fallo del TSJ de octubre de 2006, por tal motivo le ordenó que fallara al respecto. Dicha situación zanjó toda controversia acerca de si la sentencia de la Cámara cumplía con el requisito

(25) TSJ, 06/2008, "Herrera, Juan s/art. 189 bis del CP" (Voto de Maier).

de definitiva al que hace referencia el art. 27 de la ley 402 (26).

Finalmente, la defensa de Herrera interpuso un nuevo recurso extraordinario contra el fallo de junio de 2008 que hizo lugar a la queja pero que rechazó el recurso. El TSJ, nuevamente, declaró inadmisibile el recurso extraordinario, esta vez tuvo por satisfecho el requisito de definitiva de la sentencia, pero no la exigencia de que exista una cuestión constitucional (27).

V. Conclusión

En la introducción planteamos el siguiente interrogante: ¿La denegatoria del pedido de suspensión del juicio a prueba tiene entidad suficiente como para generar un agravio de imposible reparación ulterior?

Sagüés expresa que “no cualquier inconveniente o perjuicio configura un agravio irreparable o, mejor dicho, un agravio de insuficiente reparación posterior. La lesión debe tener un dimensión singular, importante, significativa, de magnitud tal que por razones de indudable justicia exija quebrar el principio de que los autos no definitivos, o revisables en juicio posterior, no son impugnables por el R.E.” (28).

Consideramos que estar sometido a un proceso penal es una pena en sí misma, que puede generar importantes trastornos en la vida cotidiana del imputado y en la de su familia. Entendemos que el imputado tiene derecho a que su situación se resuelva tan rápidamente como sea posible (29).

(26) Idem (Voto de Lozano).

(27) TSJ, 08/2008, “Herrera, Juan s/art. 189 bis del CP”.

(28) SAGÜES, P., Recurso Extraordinario, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 297.

(29) En igual sentido se expresó la Cámara Crim. y Correc. de la Capital Federal, Sala 7ª, 18/12/2009, “Watts, Jorge F. y otros”, citado por LARCHER, C., “Reseña jurisprudencial

A nuestro entender, la denegatoria de la propuesta de suspensión del juicio a prueba puede generar un agravio de imposible reparación ulterior; no obstante, la defensa debe ser capaz de demostrar dicho agravio.

La CSJN, efectuando una interpretación legal *pro homine*, es decir, más beneficiosa para la persona frente al poder estatal, ha expresado en “Menna”, “Padula”, “Herrera” y “Acosta” que la denegatoria del pedido de *probation* puede ser objeto de recurso extraordinario, agregando, además, en “Di Nunzio, Beatriz”, que las decisiones que se consideran definitivas para ser recurridas ante la Cámara Nacional de Casación Penal, también lo son para acceder al TSJ y a la CSJN.

Finalmente, a pesar de que el TSJ se niega a aceptar para la generalidad de los casos lo dispuesto por la CSJN en los precedentes analizados en este trabajo, cabe señalar que la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA ha ido receptando dicho criterio, encontrando dicha postura una favorable acogida en dos de las tres salas del fuero.

Entendemos que el TSJ debería ir variando gradualmente su postura hacia un criterio interpretativo más amplio respecto del tema en cuestión; aun considerando la independencia de criterio de cada juez para fallar, entendemos, que en este caso específico lo importante es respetar el derecho del imputado a requerir la suspensión del juicio y a terminar con el proceso lo más pronto posible.

Garantizar estos derechos, al igual que los principios de *ultima ratio* y *pro homine* es una cuestión de fondo, y no debería quedar nunca sin respuesta a causa de tecnicismos procesales. ♦

sobre *probation* ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal”, en Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis Nexis, Buenos Aires, Enero de 2013, p. 27.

.....

POLÍTICA CRIMINAL



Prisión Virtual Restaurativa

POR JOSÉ DEYM

Sumario: 1. Una visión alternativa de la respuesta al delito. — 2. Descripción de la Prisión Virtual Restaurativa. — 3. Objeciones previsibles al modelo PVR. — 4. ¿Cambio posible o imposible? — 5. Algunas consideraciones acerca del pensamiento utópico.

1. Una visión alternativa de la respuesta al delito

A partir del fracaso histórico de la prisión como modelo de rehabilitación de quienes han cometido lo que suele denominarse “delitos” -y por ello denominados “delincuentes” (1)- y de las críticas que la prisión, como institución, ha recibido y recibe tanto por su crueldad como por su ineficacia para contener las transgresiones a las leyes (2), se han intentado paliar los efectos negativos

(1) Siguiendo lineamientos criminológico-críticos, como los señalados por los abolicionistas Louk Hulsman o Nils Christie, en vez de “delito” debería utilizarse la denominación “situación conflictiva” y tanto el “delincuente” como la “víctima del delito” deberían considerarse, simplemente, “partes en conflicto”. Estos autores proponen eliminar dichos términos porque definen categorías rectificadas y, por lo tanto, son sostenedoras de lo que consideran un indeseable paradigma penal. HULSMAN, L. “El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas” en Rodenas, A., Font, E. A. y Sagarduy, R. (dir.). *Criminología crítica y control social*, Vol. I, El poder punitivo del Estado, Rosario (Argentina), *Juris* 2000, pp. 72 a 102; p. 7. Christie, N. Una sensata cantidad de delito, Buenos Aires, Del Puerto, 2004, p. 8. Sin embargo, la terminología propuesta no está en vigencia, a punto tal que Christie debe utilizar la palabra “delito” hasta en el título de la obra citada.

(2) Hay suficiente bibliografía especializada para sostener ciertos puntos de vista, aunque no estén compartidos por todos los autores. Así, se ha escrito, entre otras críticas, que las prisiones son crueles, inhumanas y poco efectivas en la resocialización y que, a pesar de numerosas reformas introducidas en ellas, es frecuente comprobar que los detenidos quedan sometidos a un régimen no solamente privativo de libertad sino también privativo de dignidad y que suelen salir de la prisión, cumplida su condena, con más propensión a delinquir que cuando fueron encarcelados. Además, en el desarrollo de los trabajos del sociólogo norteamericano Erving Goffman, se evidencia que existen problemas de tipo estructural inherentes a toda forma de encierro que no pueden desaparecer aunque las prisiones estuvieran excelentemente manejadas. Tal es, entre otras,

del encierro mediante el uso de medidas y penas alternativas.

Aunque las prisiones, por razones de seguridad y justicia, se consideran imprescindibles, especialmente como respuesta penal ante hechos considerados graves, la introducción de alternativas al encierro de los ofensores, de reparación a personas damnificadas por los delitos, de procesos de Mediación Penal entre ofensores y víctimas y aplicaciones de principios de Justicia Restaurativa, ha dado ejemplos de que la respuesta al delito, al menos en ciertos casos restringidos, puede ser diferente del encarcelamiento sistemático.

Sin embargo, tanto las alternativas al encierro como las reparaciones a las víctimas y los procesos de mediación y restauración se utilizan hoy sólo en casos de delitos leves, patrimoniales y preferentemente cuando son cometidos por ofensores juveniles (3).

Además, para muchos observadores críticos del Sistema Penal, la introducción de estas innovaciones penales ha tenido un signo reaccionario por-

la despersonalización de quien habita una Institución Total, la estigmatización que sufre al terminar su encierro y el injusto sufrimiento de su familia, que en muchos casos termina por destruirse. GOFFMAN, E. *Estigma: La identidad deteriorada*, Buenos Aires, Amorrortu, 5ª reimpression, 1993. GOFFMAN, E. *Internados: Ensayo sobre la situación social de los enfermos mentales*, Buenos Aires, Amorrortu, 1ª edición, 6ª reimpression, 1998.

(3) Cabe notar que esta misma preocupación data de 1988, cuando Norval Morris sostenía con respecto a los EE.UU., que las limitaciones eran excesivas y, así, “todavía no hemos hecho una realidad de la probation”. MORRIS, N. “Alternativas de las penas: fracasos y perspectivas” en *Doctrina y Acción Postpenitenciaria*, Año 2, Nº 3, Buenos Aires, Patronato de Liberados, 1988, pp. 59 a 76, p. 66.

que se han convertido, más que en “*alternativas*”, en “*complementos*” de la cárcel (4).

Por otra parte, si bien la Justicia Restaurativa postula un paradigma nuevo, reemplazando la punición por la reparación y la reconciliación, el hecho de que no se pronuncie no sólo en contra del Sistema Penal -más bien intenta complementarlo- sino tampoco contra la política del encierro y mucho menos ante la ocurrencia de hechos considerados graves, no parece que el cambio propuesto sea significativo.

En cuanto al Abolicionismo más renombrado en la actualidad, representado por los holandeses Louk Hulsman y Herman Bianchi y los noruegos Nils Christie y Thomas Mathiesen, hay en él pocas propuestas concretas de reemplazar las prisiones por modelos satisfactorios para quienes temen que sin ellas el mundo se convertirá en un caos.

Así, continúan los paliativos, pero el problema de fondo -delincuencia que no se detiene, penas de prisión con efectos nulos o contraproducentes, alternativas insuficientes- no se resuelve.

De allí nace la idea de que debe intentarse algo radicalmente diferente.

Este cambio radical podría quizás consistir, simplemente, en *generalizar* las innovaciones penales sin atarse a limitaciones o, al menos, sólo admitir limitaciones mucho menos estrictas que las actuales, particularmente aquellas que se basan en conceptos relacionados con la gravedad de los hechos cometidos.

Es decir, que la posibilidad de que, luego de un exhaustivo proceso de mediación con las víctimas y/o sus allegados y/o la sociedad, se imponga al ofensor la obligación de dedicar una parte de su vida a reparar material o simbólicamente el daño ocasionado sea un procedimiento aplicable aun en casos graves.

Además, la tecnología ha posibilitado reemplazar la prisión de muros y rejas por un control telemático, al que se le pronostica una eficacia cre-

ciente, que podría, desde el punto de vista cautelar, establecer un control equiparable a la eficacia de la prisión tradicional, siempre que fuera acompañado por un control humano personalizado e intensivo. Sólo habría que generalizar su uso.

Pero, para poder generalizar una respuesta al delito integralmente alternativa al encierro, aun cuando el problema cautelar estuviera resuelto, cabe atender a otra de las principales objeciones esgrimidas contra ello, que sostiene que así se deteriorarían la prevención y los principios de justicia basados en la retribución.

En consecuencia, para conservar el poder de disuasión por una parte y calmar el requerimiento retributivo de la víctimas (reclamo de *justicia*) por la otra, esta reparación debería ser suficientemente onerosa o dura o extendida en el tiempo, lo cual se comprueba hoy como algo inexistente pues hoy no se aplican penas reparativas ante hechos graves, aduciendo que son *irreparables*.

También sería un cambio importante intentar la tan deseada *resocialización* mediante una intervención radicalmente diferente de la que suele aplicarse, no sólo evitando intervenciones coercitivas y etiquetamientos negativos (5) sino etiquetando en forma inversa a quienes se brinda tratamiento. El éxito, generalmente aceptado, aun relativamente, de métodos utilizados por Alcohólicos Anónimos y comunidades terapéuticas de drogadicción sugiere un tratamiento grupal, en el cual el cambio de actitud puede lograrse por imitación social pero, fundamentalmente, por un cambio de rol de *delincuente* a *agente de cambio* (6).

(5) El etiquetamiento del delincuente como tal puede ser causa de reproducción de su conducta, según la Teoría del Etiquetamiento (Labelling Approach) de Frank Tannebaum, Edwin Lemert y Howard Becker. ANITUA, G. I., Historias de los pensamientos criminológicos, Buenos Aires, Del Puerto, 2005, pp. 364 a 366.

(6) La idea de innovar drásticamente en cuestiones de tratamiento obedece a un afán de búsqueda constante de perfeccionamiento. Stanley Cohen ha descripto varias formas de interpretar el “nothing works” o fracaso de la resocialización concebido a partir de la investigación de Robert Martinson de 1974. Para los conservadores de la ley y el orden el mensaje era: “no se puede cambiar a los delincuentes, sólo se debe proteger a la sociedad con castigos severos, prevención e incapacitación”. Para los liberales sentimentales y criminólogos tecnócratas: “la resocialización de verdad nunca se ha intentado en forma adecuada;

(4) Por ejemplo, LARRAURI, E. “Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español” en Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XLIV - fascículo I, enero-abril 1991, Buenos Aires, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 45 a 63 p. 46.

A partir de estas consideraciones y desde un enfoque psicosocial basado en el modelo de una *Teoría del Cambio* (7), en este trabajo se intentará analizar la posibilidad de introducir un nuevo paradigma de respuesta al delito, que intente diferenciarse cualitativamente de lo implementado hasta ahora.

Así, y sólo a título de posibilidad a analizar, se describe un modelo denominado "*Prisión Virtual Restaurativa*", que propone una nueva respuesta penal mediante "*medidas no privativas de libertad*", pero complementadas necesariamente con trabajos reparativos o comunitarios serios y controlados y métodos no tradicionales de tratamiento.

Mediante este modelo se intenta, sin admitir la impunidad, superar las objeciones al controvertido concepto de "*castigo*" (8), otorgar la posibilidad de un resarcimiento a las víctimas -material o sim-

si las técnicas actuales no funcionan, deberíamos concebir otras". Para los liberales inflexibles: "se debe desconfiar de la benevolencia; abandonemos la resocialización y sustituyámosla por objetivos menos ambiciosos". Para los libertarios civiles y centros de justicia: "el tratamiento es un ataque a los derechos humanos, una extensión del Estado terapéutico y una violación de las normas de justicia y proporcionalidad". Para los marxistas: "el tratamiento, obviamente, no funciona porque sólo es un instrumento ideológico que permite concentrarse en el individuo, mistificando la conexión con la estructura socio-económica". Para Foucault y otros teóricos similares: "la simple idea de que el tratamiento "funcione" es absurda; este sólo es otro anillo en la espiral de poder, saber y clasificación". COHEN, S. Visiones de control Social, Barcelona, PPU, 1988, p. 62. El tratamiento grupal aquí propuesto se encuadra en la segunda postura y colisiona con las restantes y, por ello, su método, a pesar de que se acepte sin mayores objeciones en casos de adicciones, es comprensible que se preste, como tratamiento de quienes han delinquido, a críticas contundentes.

(7) Básicamente en la idea de que si algo no funciona, la solución, si existe, debe provenir de algo radicalmente diferente de lo ya reiterada e infructuosamente intentado. WATZLAWICK, P., WEAKLAND, J. y FISCH, R. Cambio. Formación y solución de los problemas humanos, Barcelona, Herder, 3ª edición, 1982, pp. 51 y ss.

(8) Se toma el concepto que utiliza Antonio Beristain, cuando dice que "deben abolirse los castigos y actualizarse las sanciones": tanto el castigo como la sanción son penas -y por ello estar en contra del castigo no necesariamente implica estar en contra del Sistema Penal-, pero el castigo, en la terminología propuesta por este autor, es sólo aquel en el que la pena es meramente afflictiva. La sanción, que, por conllevar un elemento de aflicción, a veces por demanda de un serio esfuerzo, es también una pena, puede tener un sentido repersonalizador y también un sentido reparativo.

bólico, pero sin la simbología del mero sufrimiento sino con la simbología del resarcimiento concreto y disminuir las reincidencias delictivas mediante el logro de un cambio facilitado en los autores de delitos por medios basados en un etiquetamiento inverso al habitual.

Sus alcances, la forma de implementarlo y algunos obstáculos ideológicos -particularmente la posible renuencia de las víctimas a ser resarcidas en forma concreta ante hechos que provocan daños irreversibles y la renuencia de la sociedad a aceptar que quienes cometieron hechos graves no reciban una pena aislante y estigmatizadora- fueron investigados mediante una encuesta preliminar (9), pero se sugiere seguir investigando estos temas mediante encuestas cuantitativas más abarcativas y más representativas de las representaciones sociales de la población argentina, tanto de especialistas en la materia como de la población en general.

Es decir, sin ánimo de presentarlo como algo terminado y definitivo, se propone que se profundicen estudios futuros para determinar con precisión su viabilidad o la de sistemas similares, o, eventualmente, concluir qué alcance podrían lograr, es decir, hasta *qué grado* serían viables (10).

2. Descripción de la Prisión Virtual Restaurativa

A) Concepto

Las consideraciones antepuestas llevan a elaborar un modelo de respuesta al delito que podría

En este caso, si bien sería pena, no sería castigo. BERISTAIN, A. "Sanciones repersonalizadoras en los derechos penales de mañana. Alternativas sustitutivas de castigo" en Universitat N° 64, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana jun 1983, pp. 65 a 90 pp. 70 a 78.

(9) Encuesta correspondiente al trabajo de campo que acompañó una Tesis doctoral en Psicología Social (Universidad Argentina John F. Kennedy). DEYM, J. "Crisis de la pena privativa de libertad", 2011, es.scribd.com/doc/79580462 "Cuerpo Central" y es.scribd.com/doc/79633362 "Anexos".

(10) Las conclusiones del análisis de la encuesta preliminar -cuyos resultados no se muestran aquí ya que, por la forma en que se llevaron a cabo, sólo tuvieron carácter de tentativas y provisionales- indicaron que existe más aceptación que rechazo de este modelo, pero que se considera que su implementación, en la mayoría de los casos, no es aconsejable en lo inmediato. DEYM, op. cit.

sustituir el encarcelamiento tradicional por un régimen alternativo, integrado por un sistema de estrecha vigilancia y por la obligación de reparar -de forma material o simbólica- el eventual daño ocasionado y asistir a un Programa tentativo de Rehabilitación.

Este régimen, denominado de *Prisión Virtual Restaurativa*, aplicable a personas procesadas y condenadas por la Justicia, consiste en un seguimiento personalizado e intensivo (11) complementado por un control telemático y, en el caso de los condenados, combinado con penas reparatorias serias, severas y bien controladas y con tratamientos grupales basados en un cambio facilitado y un etiquetamiento inverso.

Por seguir siendo una *prisión*, aunque electrónica y no de hierro y cemento, se denomina "*virtual*". Por tener finalidades de reparación y de rehabilitación, principios fundamentales de la Justicia Restaurativa, se agrega este término. Es decir, "*Prisión Virtual Restaurativa*" es la denominación que se ha elegido para designar un modo de respuesta al delito que generaliza modos que hoy existen pero están muy atados a restricciones.

B) Finalidades

Las finalidades son: evitar los problemas, especialmente estructurales, del encierro, que afectan al detenido y a sus familiares y allegados; posibilitar que el mismo ofensor contribuya a aliviar el sufrimiento ocasionado a las posibles víctimas mediante la reparación material o simbólica (reparar simbólicamente un daño irreversible con tareas productivas a título de *composición*); y lograr una mayor seguridad en la población mediante la disminución de hechos ilícitos por menor reincidencia delictiva resultante de un tratamiento más efectivo de los ofensores fuera del ámbito del encierro.

Así, pueden señalarse:

Mantener intacta la dignidad de quien haya delinquido -y hasta aumentarla- al otorgar un

(11) Tal como la *intensive probation*, sistema utilizado en Estados Unidos que consiste en que la persona quede en libertad pero con un alto nivel de control y obligaciones a cumplir. LARRAURI, E. "Control del delito y castigo en Estados Unidos" en HIRSCH, A. von, Censurar y castigar, Madrid, Trotta, 1998, pp. 11 a 17 p. 15.

sentido a la pena mediante el reemplazo del castigo basado en provocar sufrimiento *sin sentido* por una obligación, igualmente penosa pero con sentido, de reparar realmente el eventual daño producido.

Minimizar el daño colateral a los familiares y allegados de los encarcelados al evitar los inconvenientes y dolores innecesarios que el encierro inevitablemente les acarrea.

Evitar o minimizar la destrucción innecesaria de familias por la ausencia forzada de un miembro o por necesidades económicas insatisfechas derivadas de su incapacitación laboral.

Dar la posibilidad a las víctimas, a sus familiares o a la sociedad de ser realmente resarcidos -en forma material o simbólica, pero siempre en forma efectiva y a total satisfacción de la parte ofendida- por el daño recibido.

Dar al ofensor condenado la posibilidad laboral y económica de mantenerse insertado en la sociedad al atender primero sus necesidades de subsistencia y luego darle la posibilidad de obtener un sueldo como operador del mismo sistema.

Motivar a quien delinquirió no sólo a no volver a hacerlo sino también a ayudar a otros infractores a rehabilitarse y a convertirse en un forjador, por métodos pacíficos y no delictivos, de un mundo menos violento y más justo.

Ir despoblando las cárceles, para ir las reemplazando por organismos de vigilancia en libertad.

Aumentar la seguridad de la población minimizando el riesgo de reincidencia delictiva (12) *por medio de la vigilancia* al establecer un control, que, a pesar de efectuarse en libertad,

(12) Este objetivo aparece como paradójico si se cree que el sistema es menos disuasivo que el encierro tradicional. No lo es si se considera que el contagio delictivo sería inexistente y los grupos de autoayuda lograrían eliminar las actitudes delictivas de sus integrantes. En el trabajo de campo mencionado muy pocas respuestas consideraron que el delito aumentaría, hubo más respuestas que consideraron que disminuiría, pero la mayoría respondió que no lo podía prever. Esto implica la necesidad de implementar el eventual sistema con mucha cautela y evaluando cuidadosamente los planes piloto para determinar la incidencia en un ítem de tanta importancia. Si los resultados fueran negativos, este sistema no tendría sentido.

sería sumamente estricto y efectivo (13). También puede considerarse *disminuir la reincidencia delictiva por la misma excarcelación* al evitar que la humillación y la estigmatización que el encierro generalmente acarrea, empeoren moralmente al recluso y, en consecuencia, contribuyan a aumentar su propensión a delinquir.

C) Reglamentación

Cabe señalar que pretender una formulación jurídica de la *Prisión Virtual Restaurativa* introduciría las consideraciones en otra disciplina que, además requeriría una minuciosidad que sólo se puede satisfacer con un manejo experto de términos ajenos al enfoque psicosocial elegido y la expondría a la crítica que puede recibir todo cuerpo legal.

Sin embargo, aun a riesgo de usar un lenguaje inadecuado, puede delinearse un esbozo del pensamiento que subyace al concepto, a sus finalidades, a una eventual implementación y, finalmente, un esbozo de reglamentación, recordando que es sólo un ejemplo tentativo y, por ello, se redacta en forma sintáctica de *futuro potencial*, sujeto a todo tipo de crítica y/o modificación.

Esta reglamentación desea evitar la crítica de que por desconocimiento de disposiciones legales se presente un modelo inviable en el mundo jurídico actual. Es decir, lo que sigue será siempre considerado *de lege ferenda*.

D) Enunciado

Otorgar la posibilidad de cumplir la pena en una *Prisión Virtual Restaurativa* sería facultativo para el juez de la causa y su aceptación optativa para el condenado (14).

(13) Esto es teniendo en cuenta que “las posibilidades tecnológicas hacen que el control tienda a ser más efectivo y de más calidad que el de los muros prisionales [porque] se puede conocer de un modo más concreto, rápido y perfecto al vigilado, no sólo dónde está y lo que está haciendo, sino incluso también, si se quiere, lo que está sintiendo”. GUDIN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, F. “Medidas de seguridad bajo régimen de control electrónico” en Revista de Derecho Penal, Vol. 2009-I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009, pp. 287 a 322, p. 306. Por otra parte, la vigilancia no sería una pena sino una medida de seguridad.

(14) Los procesados no son aquí considerados pero la libertad vigilada podría extenderse para ellos, aun cuando,

El integrante de este régimen firmaría un convenio por medio del cual se sometería a un *estricto sistema de control* y se comprometería, además, a la *reparación del daño* que supuestamente ocasionó, con dinero, trabajos o servicios a favor de las víctimas, de sus familiares o de la comunidad y a asistir a un *programa de rehabilitación* (15).

a) Estricto sistema de control

El vigilado usaría un dispositivo electrónico o similar (16) para que su localización estuviera siempre registrada y no podría salir de un determinado ámbito geográfico.

Debería concurrir diariamente a una Oficina de Control, donde describiría en forma detallada todas sus actividades en las últimas veinticuatro horas, informaría de las planeadas para los próximos siete días y explicaría las eventuales modificaciones al plan en vigencia. Además, daría datos de todas las personas con las que interactuó y/o interactuará en los próximos siete días, para que éstas fueran localizables. Estas personas podrían ser entrevistadas por el personal de la Oficina de Control y serles solicitados datos acerca de la conducta del vigilado.

Se le adscribirían uno o más oficiales (como los oficiales de *Probation*) para la evaluación de su conducta. A medida que fuera dando pruebas satisfactorias de confianza, la intensidad de la vigilancia podría ir disminuyendo, hasta que, eventualmente, pudiera concedérsele un alta provisoria o definitiva (17).

antes de estar condenados, no sería pertinente el trabajo reparativo ni la concurrencia al programa de rehabilitación.

(15) Este régimen incluye institutos tales como la suspensión de juicio a prueba, artículos 76 bis y ss. (título XII), la condenación condicional, artículos 26 a 28 (título III) y la libertad condicional, artículos 13 a 17, todos del Código Penal, pero es más severo porque no sólo impone pautas de conducta o prohibiciones sino que ejerce un control diario, permanente y estricto.

(16) Lo habitual es usar brazaletes o tobilleras. Tecnológicamente parece más seguro un chip subcutáneo y, por razones de privacidad, queda oculto y previene mejor el riesgo de estigmatización, pero su uso no está extendido por ahora y podría provocar el rechazo del usuario. Es un tema a debatirse.

(17) Este tema es espinoso porque introduce necesariamente el concepto de “peligrosidad”, que es altamente repudiado por todo el arco crítico-garantista. Pero no por ello debería mantenerse vigilado innecesariamente a todos

El alta definitiva solamente sería otorgada por el juez de la causa, basándose en los informes de los oficiales de la Oficina de Control, en todo dato adicional que obtuviera y en su propio criterio.

En el caso de los procesados no condenados que estuvieran integrando este régimen, el alta -definitiva- sobrevendría automáticamente si el proceso culminara con el sobreseimiento o la absolucón del acusado y no quedaran para él otras causas pendientes.

El juez podría solicitar la presencia del vigilado en todo momento que lo creyera conveniente para evaluar personalmente su conducta.

b) Reparación del daño

Se detectarían todas las eventuales víctimas del delito cometido y se procuraría la realización de una Mediación Penal con el ofensor y cada damnificado por separado o en forma conjunta, en la cual se pactaría la forma de reparación del daño producido con dinero, trabajos o servicios a favor de las víctimas, de sus familiares o de la comunidad.

Si la mediación tuviera éxito, el vigilado procedería a cumplir con lo pactado con los damnificados en forma de pagos, trabajos y/o servicios. Si fallara, total o parcialmente, o bien el juez entendiera que lo pactado fuera insuficiente o exagerado, un grupo de profesionales podría encargarse de dictaminar la reparación o su complemento y la forma de llevarla a cabo. Aun así, el tipo de tarea podría ser consensuado con el ofensor, tomando en cuenta tanto las necesidades de la sociedad y de la víctima, como las necesidades, habilidades y preferencias del ofensor (18).

El tiempo que se necesitara para completar la reparación podría ser más largo que la condena a prisión que hubiera correspondido en caso de no aceptarse la integración al régimen y no tendría

o basarse exclusivamente en el tipo y la gravedad del hecho cometido. De todos modos, es un punto transable.

(18) Este consenso quedaría limitado por la necesidad de imponer tareas útiles pero de alguna forma penosas, de modo que se contemplarían los deseos del ofensor pero la decisión final quedaría a la consideración de las autoridades judiciales. Podrían considerarse opciones de tipo de tarea contrapuesto a tiempo. Por ejemplo, un año de trabajo de limpieza equivalente a dos años de trabajo administrativo.

ninguna relación con el tiempo de vigilancia, ya que podría ser indistintamente mayor, igual o menor que éste (19). La exigencia de reparación de los daños provocados podría ser muy severa y, en caso de no serlo, por no existir daños o ser menores frente a la gravedad imputada, como en las tentativas, podría ser intensificada por el tribunal, de modo que no existiera ninguna clase de impunidad.

Sin embargo, para dar la posibilidad al infractor de continuar interactuando con la sociedad -si bien, como quedó dicho, puede ser bajo estrecha vigilancia- y poder obtener al menos un ingreso mínimo de supervivencia, el condenado a trabajos reparativos o comunitarios podría realizarlos a tiempo parcial, dedicando el resto de la jornada a actividades remuneradas. En caso de no poder conseguir trabajo y, así, valerse por sus propios medios, el sistema debería proveerle de un ingreso que garantice su subsistencia, a cambio de una eventual contraprestación de trabajos y/o servicios.

En cuanto al cumplimiento de las obligaciones reparadoras, éste debería ser evaluado por los oficiales de la Oficina de Control en primera instancia y en instancia superior por el juez de la causa.

c) Programa de Rehabilitación

Al menos una vez por semana el vigilado debería concurrir a reuniones grupales con pares y profesionales, donde su presencia podría ser exigida, pero no así su adhesión al Programa (20).

(19) Queda clara aquí la intención (siempre sujeta a revisión y críticas) de separar conceptualmente la vigilancia de la reparación. La primera se considera aquí medida de seguridad, la segunda es considerada pena, porque consiste, a través en la obligación de realizar tareas reparativas. En el Derecho alemán, ROXIN, Claus, propuso que la reparación fuera una "tercera vía" del Derecho Penal junto con las penas y las medidas de seguridad. El tema admite discusión, ya que podría existir en la reparación algún tipo de consenso por parte del ofensor y, entonces, no sería una pena por falta del elemento coactivo. Pero puede haber consenso en el tipo de tarea, y coacción en la realización de alguna tarea si se evita el encierro.

(20) Se presenta este tratamiento como cambio facilitado, en contraposición a los tratamientos coactivos. Aquí se propone que la presencia del usuario del régimen sea obligatoria, pero su actuación en el Programa, sus dichos y actitudes no deberían ser condicionadas por ninguna autoridad penal ni ser usadas para evaluar su conducta,

Se lo invitaría a trabajar a favor del desarrollo de este Programa, que consistiría, como mínimo, en ayudar a los vigilados a reintegrarse eficazmente a la sociedad, pero podría tener objetivos más amplios (21).

Durante el tiempo que estuviera sin alta, el vigilado sería considerado un integrante pasivo del sistema. Durante ese tiempo, en caso de necesitarlo, el sistema debería proveerle de un ingreso que garantizara su subsistencia, pero una vez obtenida el alta, el ex-vigilado podría optar por retirarse del Programa total o parcialmente o continuar integrado como operador activo. Esto último implicaría una remuneración que le permitiera vivir dignamente y mantener a su familia (22).

E) Implementación

por lo cual debería ser confidencial todo lo actuado dentro del grupo.

(21) Una propuesta más audaz, quizás utópica, pero que podría presentarse, al menos, como sujeta a posibles pruebas antes de ser descartada, fue que los grupos tuvieran actividades que se extendieran a obras benéficas o de utilidad social, tales como las que llevan a cabo algunas ONG. Esta idea fue concebida en conversaciones con personas detenidas que manifestaron deseos de colaborar en ese sentido una vez que estuvieran libres y se convalidó durante conversaciones previas y posteriores a las etapas formales (preguntas según guía de entrevista y llenado de cuestionarios) del trabajo de campo. También en las entrevistas se recibieron noticias de personas que siguieron efectuando como voluntarias las mismas tareas de colaboración social impuestas por una Probation una vez terminada ésta. Es más, la idea que se elaboró a partir de estas consideraciones es que el Programa tendría como consigna más amplia, contribuir, por medios pacíficos y no delictivos, a transformar el mundo actual en un mundo menos violento y más justo, dándosele la posibilidad a cada participante para hacer su propio aporte. Quizás suene ingenuo pensar en catalogar a quienes han delinquido como candidatos a comprometerse con el bienestar de la sociedad. Sin embargo, la idea del cambio profundo lleva a proponer esto a quien ha delinquido etiquetándolo "al revés", procedimiento que es uno de los pilares del modelo. No se pasa por alto la dificultad de implementar estas actividades en la rutina del vigilado y dentro de su programa de reparación a las víctimas o de servicios comunitarios. Es un tema que debería estudiarse cuidadosamente.

(22) Siguiendo con la propuestas de las actividades benéficas y de utilidad social, la incorporación al Programa de vigilados liberados podría hacer crecer las mencionadas ONG, cumpliendo el triple propósito de servir a la sociedad, dar una salida laboral a quienes han delinquido en el pasado y mantenerlos no sólo fuera del mundo delictual sino en sus antípodas, tomando en cuenta la importancia, de un giro de 180° en las actitudes.

Se plantea, ante una eventual implementación de este modelo, cómo, dónde y cuándo podría llevarse a cabo.

La forma de llevarlo a cabo sería mediante una política paulatina de excarcelación e implementando 1) controles personalizados muy estrictos, incluyendo mecanismos de localización permanente mediante dispositivos telemáticos, 2) tareas reparativas, en beneficio de las víctimas o de la comunidad, serias, controladas, severas y extendidas en el tiempo, y 3) grupos de autoayuda similares a los utilizados por Alcohólicos Anónimos o comunidades terapéuticas.

Su posible implementación (o de un programa similar) está pensada para la República Argentina, sin descartar que primero pueda implementarse en otras partes del mundo. Pero hay que señalar que una eventual implementación de algo al menos similar a lo presentado es totalmente tentativa y está sujeta a múltiples circunstancias y, en especial, a la voluntad política de llevarla a cabo. La *Prisión Virtual Restaurativa* no pretende ser, por ahora, una propuesta legislativa, sino que es sólo un modelo utilizado como simple herramienta para proponer un estudio psicosocial, del cual sí podría derivarse -pero también reformularse o descartarse- una propuesta final de este tipo.

Los pasos para lograr una implementación requieren la realización de estudios cuantitativos complementarios y, en caso de resultados favorables, de su aceptación, primero a nivel académico y luego a nivel legislativo, y sólo entonces de la realización de planes piloto y evaluación de sus resultados. De modo que no se puede prever un tiempo de realización y se debe prever que, de ser aceptada la idea, habría un tiempo para lograr un cambio de paradigma penal y un tiempo para su materialización.

F) Alcance

Si bien la generalización de la aplicación de la *Prisión Virtual Restaurativa* es un objetivo que soslaya a quién adjudicárselo, porque, al no detallarlo, sostiene -tácitamente- que es *para todos*, esto es prácticamente inviable.

En primer lugar porque, a pesar de la tecnología, que a nivel mundial hoy funciona bien -aunque hubo gruesas fallas en la Argentina- es posible que

algunas personas sean incontrolables. Por ejemplo, aquellas que hoy, siendo inimputables, están sujetas a medidas de seguridad. Otro ejemplo estaría dado por personas que serían totalmente incontrolables por presentar psicopatías presuntamente indicadas por la índole del hecho cometido (23). Finalmente, otras que, debido a presentar adicciones, necesariamente requerirían un internamiento más o menos prolongado para su recuperación (24).

Pero, también, porque no se puede pensar en una implementación repentina. Esta debería ser necesariamente paulatina y, por lo tanto, sería necesario priorizar con quién comenzar su otorgamiento. Por ejemplo, cabe preguntar si los primeros otorgamientos habrían de ser para quienes ya han pasado por la prisión o para condenados nuevos.

Estos interrogantes quedan abiertos y no hacen a la esencia del sistema (25).

Es decir, en suma, que, en cuanto a sus alcances, en líneas generales, estaría dirigido inicialmente a personas que hubieran estado encarceladas y

tuvieran buen pronóstico de cumplimiento de normas e ir extendiéndolo a todas las personas que se presumiera que razonablemente podrían ser controladas fuera de la prisión y que estas personas podrían ser quienes ya hubieran estado encarceladas o no. Los trabajos de investigación ulterior deberían indicar la viabilidad de aceptar dentro de este régimen a autores de hechos graves, sólo de algunos hechos graves, sólo de hechos de gravedad media o bien, como ahora, sólo de los “delitos de bagatela”.

G) Consideraciones adicionales

Continúa la exposición de ideas, en forma de reglamentación complementaria, que, de ninguna manera, pretenden *definir* el modelo. Son simplemente ideas al respecto y no hacen a la esencia de lo que aquí se pretende, que es un cambio en dicho sentido pero no necesariamente el descripto.

a) Operadores del sistema

Se considera la posibilidad de que sean los mismos egresados del sistema más un nuevo tipo de profesionales quienes se encarguen de la conducción del programa.

La Oficina de Control ante la que se deberían presentar inicialmente en forma diaria los vigilados, sería inicialmente conducida por personas seleccionadas entre actuales oficiales de *Probation* (en los países que los tienen) y, eventualmente, personal del actual Servicio Penitenciario que solicitara el cambio (26) y el Programa de Rehabilitación estaría dirigido inicialmente por profesionales tradicionales (psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, docentes).

Pero los conductores del Programa de Rehabilitación se irían progresiva y naturalmente reemplazando por integrantes convertidos en operadores activos y tanto en la Oficina de Control como en el Programa de Rehabilitación se irían incorporando profesionales especializados egresados de una carrera universitaria que se crearía *ad hoc*. Esta carrera daría instrucción en temas de Derecho, Psiquiatría, Psicología, Antropología, Sociología y otras disciplinas, pero fundamentalmente sería un

(23) Este tema se presenta a discusión, por cuanto no está unánimemente admitida la demostración científica de que los autores de determinados delitos, como los sexuales, sean necesaria y compulsivamente reincidentes, pero es una creencia muy generalizada aun entre especialistas en conducta humana.

(24) De todos modos, este internamiento en centros de recuperación no necesariamente debería tener características de prisión.

(25) Un candidato interesante a recibir el reemplazo de un encierro pasivo por una tarea reparativa podría ser Omar Chabán, responsable de estrago culposo. Una reparación a considerar sería trabajar por muchos años, quizás el doble de su condena a prisión, como inspector de seguridad de locales de espectáculos. Nadie mejor que él para conocer los problemas derivados de irregularidades y sobornos. Su sueldo (o gran parte de él si trabajara *full-time* en esto) podría destinarse a indemnizar a los parientes de las víctimas (Al fin y al cabo, si se indemniza a los parientes de personas muertas por el terrorismo de Estado ¿por qué no aquí?). Pero, por una parte, habría que constatar que esta conversión de penas fuera aceptable para él (en definitiva, serían más años) y, por otra -y esto es casi inimaginable-, que los padres de las víctimas, mientras el paradigma del encierro estuviera aún fuertemente vigente, aceptarían que el responsable de las muertes de sus hijos estuviera fuera de una prisión tradicional. El posible cambio de la actitud vindicativa de las víctimas si se acostumbraran a recibir respuestas reparativas es uno de los temas que se propone continuar investigando.

(26) Esto no debe entenderse como que dichas personas siguieran perteneciendo al Servicio Penitenciario, ya que éste no debería administrar, como está previsto hoy, medidas no privativas de libertad.

entrenamiento continuo en comprender y ayudar al ser humano necesitado. Las condiciones de ingreso a la carrera y la obtención del título habilitante estarían sujetas a una evaluación profunda de la disposición del interesado a comprometerse de una forma humana y constructiva en la ayuda al condenado y en incentivar su rehabilitación.

b) Criterio de incorporación y egreso

En cuanto a las personas candidatas a ingresar al régimen de *Prisión Virtual Restaurativa*, los criterios para otorgar y revocar la posibilidad de estar en él serían los siguientes:

La sustitución de la pena privativa de libertad por este régimen se otorgaría de acuerdo con el criterio de posibilidad de controlar al procesado o condenado fuera de prisión.

En cuanto al egreso, si bien la causa sólo se extinguiría cuando se diera tanto el alta definitiva concerniente a la vigilancia como cumplida la reparación, quedaría la posibilidad de bajas por incumplimiento.

El incumplimiento generaría la baja del régimen, pero, además, no se descarta que haber transgredido normas pactadas pudiera acarrear una sanción penal, ya que se basaría en la ruptura de una cláusula contractual. Estas penas podrían ser privativas de libertad o podrían ser canjeadas juntamente con la pena original por un reingreso al régimen.

c) El control del sistema

Cabe ahora responder a la pregunta: *¿Quién controla a los que controlan?*

Es evidente el peligro de que este sistema de *no castigar pero sí supervigilar* podría desembocar en una *degeneración panóptica* denunciada primeramente en la novela *1984* de George Orwell y luego en los escritos de Michel Foucault en su crítica a todo proyecto basado en la adopción por parte del Estado de las ideas *panópticas* introducidas por Jeremy Bentham al definir la arquitectura ideal de las prisiones.

Para evitar este peligro, el *control de los controladores* podría ejercerlo la misma comunidad, mediante auditorías realizadas por un jurado, cuya integración y funciones se deberían reglamentar

para lograr garantía de transparencia en el funcionamiento del sistema.

3. Objeciones previsibles al modelo PVR

A) Al control telemático

Si bien las alternativas a la prisión son consideradas en ciertos casos mejores que ésta, el tema de la seguridad es un obstáculo primordial, ya que se asocia automáticamente la inocuización con los muros y las rejas (27), inspirándole a la población desconfianza cualquier otra alternativa cautelar.

Por lo tanto, para compatibilizar objetivos que no inquieten a la población, si se deseara expandir el uso de la libertad vigilada, sería absolutamente necesario para dar un mensaje tranquilizador implementarla a través de mecanismos que aseguren un control inobjetable, es decir, una vigilancia muy estricta y personalizada, superior incluso a la *Intensive Probation* que se aplica hoy en casos de liberados condicionales con riesgo presunto de fuga o reincidencia (28).

Sin embargo, es cierto que, en términos de seguridad, no se acepta fácilmente la idea de que el control telemático pueda ser eficaz. En la Argentina hubo crímenes cometidos por personas que estuvieron bajo dicho control que desprestigiaron considerablemente el sistema. Particularmente contribuyó a esto un resonado cuádruple crimen, a fines de julio de 2008, en el que fueron asesinados a sangre fría dos hermanitos de corta edad, presuntamente a manos de quien estaba monito-

(27) Ello lleva a los jueces, con demasiada frecuencia, a recurrir sin necesidad a la prisión preventiva. Si bien los excesos de la prisión preventiva no es un tema de este trabajo -merecería un extensísimo tratado aparte que aquí ya no es posible darle- es imposible dejar de reconocer el creciente clamor de las objeciones contra su uso y, particularmente en la Argentina, su abuso: "La mayoría de los ciudadanos bienpensantes respiran con alivio cuando cualquier sospechoso de criminalidad de trascendencia pública es encerrado a despecho de su probable inocencia". NIÑO, L. F. Estudios penales, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido, 2007, p. 157.

(28) Sistema utilizado en Estados Unidos que consiste en que la persona quede en libertad pero con un alto nivel de control y obligaciones a cumplir. LARRAURI, E. "Control del delito y castigo en Estados Unidos" en HIRSCH, A. von, Censurar y castigar, Madrid, Trotta, 1998, pp. 11 a 17 p. 15.

reado electrónicamente (29). Ante este hecho, se expandió la idea de que una persona con pulsera o tobillera puesta puede fácilmente cometer un crimen y hasta que, en casos compulsivos, como se caracteriza en el imaginario colectivo a los casos de ofensores sexuales, los vigilados llevarían a cabo hechos ilícitos aun sabiendo que serían inmediatamente descubiertos.

Pero también, más allá de las objeciones “*conservadoras*” que apuntan a la seguridad de la población, desde posiciones “*progresistas*” se ha considerado que el control personalizado basado en controles telemáticos en vez de estar basado en los tradicionales muros y rejas, corre el riesgo de generar una sociedad panóptica y totalitaria, ya que se crearía ante esta consigna una vigilancia más desarrollada, que se aplicaría fácilmente a un mayor número de personas (30).

B) A la reparación de delitos graves contra las personas

Existe también la objeción a la generalización de los trabajos reparativos. Con respecto a la reparación, el jurista alemán Claus Roxin sostiene

(29) La referencia es a la ola de protestas que levantó la libertad vigilada con tobillera electrónica otorgada previamente al autor del cuádruple asesinato (Argentina, julio 2008) en la localidad bonaerense de Los Cardales, Campana, en la que dos de las víctimas fueron unos hermanitos de once y ocho años. El juez Nicolás Schiavo, quien había concedido la libertad vigilada, fue sometido a juicio político. “El jurado de enjuiciamiento conformado para estudiar el caso del juez de garantías Nicolás Schiavo se reunió por primera vez y consideró que posee jurisdicción y elementos suficientes para iniciar el proceso de remoción del magistrado”. “Se inició la instrucción del jury al juez Schiavo” Diario La Nación 8 de octubre de 2008. También KENT, J., “Pulseras electrónicas. Los componentes de un inesquivable debate”, en LA LEY. Actualidad Año LXXII N° 156, Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 1 a 2.

(30) Por ejemplo, Raúl Zaffaroni considera tan seria esta posibilidad que puede interpretarse que es aun a costas de mantener el sistema carcelario: “Es posible que dentro de pocos años la cárcel tenga una aplicación mucho más reducida que la actual, pero esto no debe ser materia de alegría para nadie, porque la perspectiva más cercana es que sea reemplazada por controles electrónicos de conducta, que serían más baratos y, por ende, podrían aplicarse a un número indefinido de personas, lo que permitiría una sociedad mucho más represiva que la actual”. ZAFFARONI, E. R. revistapp.com.ar/phpbb/viewtopic.php?t=243 “La cárcel” marzo 2008.

que puede dar como resultado una atenuación de la pena y en algunos casos leves sustituirla totalmente (31), pero que en casos graves se necesita *siempre* un castigo, que podrá atenuarse si hay reparación pero de ninguna manera desaparecer.

El mismo Roxin, a pesar de ser un propulsor entusiasta y activo de la reparación y que tan contundentes argumentos diera a favor de ella, advierte: “*Naturalmente que hay hechos que no son susceptibles de ser reparados, como los homicidios o los delitos violentos brutales. Aquí un castigo es tan imprescindible como lo es en delitos patrimoniales graves o en los delincuentes reincidentes*” (32).

Probablemente es porque considera que la reparación nunca puede ser tan dura como la pena. Si lo fuera, no sería escollo para la prevención negativa -aun así Roxin opina que el castigo tampoco es preventivo porque el que planea un hecho ilícito cree que no será descubierto (33)- pero sí para la prevención general positiva. La no aceptabilidad social de un sustituto del castigo sería causa suficiente como para no prescindir de dicho castigo.

En la investigación preliminar llevada a cabo se comprobó que una representación social de una *reparación draconiana* (es decir, severa, mediante trabajos duros y extendidos en el tiempo) no existe, aunque no se trata de un concepto que no pueda elaborarse. Pero, por ahora, las legislaciones y disposiciones judiciales sobre reparaciones, limitadas a casos leves, han marcado el concepto de liviandad de cualquier alternativa.

(31) “Pero incluso en los delitos más graves, los esfuerzos de reparación pueden desarrollar un efecto de atenuación de la pena. Si alguien infiere a otro lesiones corporales de gravedad con daños permanentes, las consecuencias del delito, por muy serios esfuerzos que se hagan, no pueden desaparecer del mundo. Pero un eventual arrepentimiento del autor y asumir los costos hospitalarios y la financiación de otras medidas para hacerle la vida más fácil deben reducir también, en un caso así, la pena”. ROXIN, C. “Pena y reparación” en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid Ministerio de Justicia e Interior, 1999, Vol. LII, pp. 5 a 15; p. 11.

(32) *Ibíd.*

(33) “El efecto intimidatorio de las amenazas penales también es escaso, ya que el comportamiento del delincuente va acompañado, en principio, de la optimista premisa de que no va a ser capturado”. *Ibíd.*

Por otra parte, también existen, en resguardo de la protección de los ofensores, objeciones para la participación de las víctimas, basadas en que admitir sus exigencias podría otorgarles demasiado poder (34).

C) *A incentivar cambios de actitud*

Con respecto al incentivo para el *cambio profundo de actitud*, existe en las áreas más bien conservadoras un gran escepticismo en lograrlo. Pero, además, la idea de “convertir” a alguien choca contra ciertas críticas que sostienen que impulsar un cambio de actitud es violentar al individuo y que ello no es lícito ni aun con los peores criminales.

Michel Foucault es uno de los más exaltados denunciantes de los intentos de reforma moral (35). Por otra parte, Elías Neuman aporta una visión negativa acerca de las expectativas generales sobre una posible *conversión* de los delincuentes, al afirmar que “no se debe” tender a la perfección moral del recluso (36). Sin embargo, parecería contradecir esta afirmación cuando se refiere a

(34) El penalista argentino Alberto Bovino, aun cuando se manifiesta crítico en muchos aspectos del Sistema Penal, expresa sus reservas con respecto a brindar excesivo poder de intervención a la víctima, ya que, desde el punto de vista garantista, la protección del ofensor podría quedar expuesta. BOVINO, A. “La víctima como preocupación del abolicionismo penal” en Maier, J. B. J. (comp.), *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, pp. 261 a 279; p. 279.

(35) FOUCAULT, M. *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, Madrid, Siglo XXI, 26ª edición, 1997, p. 26. FOUCAULT, M. *Microfísica del poder*, Madrid, Siglo XXI, 3ª edición, 1991, p. 96. FOUCAULT, M. “La verdad y las formas jurídicas, 4ª conferencia” en FOUCAULT, M. *Estrategias de poder*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 221 a 239, p. 225. FOUCAULT, M. *La vida de los hombres infames*, Madrid, La Piqueta, 1990, pp. 231-232.

(36) “Coincido plenamente con López Rey y Arrojo (en *Cuestiones penológicas*, Tucumán, Richardet, 1925, p. 51) cuando, al enunciar su obra sobre la Readaptación moral integral del delincuente, sostiene que no hay que hacer de él, mediante costosos tratamientos y servicios, un hombre mejor que el que no lo es. Lo que sí importa es hacer del recluso un hombre que, aunque no moralmente perfecto, pueda conducirse, una vez en libertad, al igual que los demás, que, por otra parte, tampoco son moralmente perfectos”. NEUMAN, E. “Criminología y reforma carcelaria” en Neuman, E. (dir.) *Problemas actuales de la Criminología Argentina*. Volumen Nº 1, Buenos Aires, Pannedille, 1970, pp. 139 a 163, p. 143.

casos particulares, ya que en el mismo texto, unas páginas más adelante, señala que “hay gente con una abismante capacidad de mal que, de pronto, al brindárseles una mínima oportunidad, un pequeño estímulo de confianza que tal vez nunca sintieron, cambian provechosamente” y que conoce casos de peligrosos delincuentes en que esto realmente ocurrió (37).

4. ¿Cambio posible o imposible?

A) *Conceptos objetables*

a) *Una sociedad sin prisiones*

¿Puede existir una posible sociedad que prescinde, al menos para la mayoría de los autores de hechos ilícitos, de la prisión tradicional?

Las críticas al sistema carcelario alientan que, al menos, se piense en tal posibilidad. Pero existe rechazo o, al menos, descreimiento a considerarla seriamente (38). Este rechazo ya había sido anticipado por el criminólogo noruego Thomas Mathiesen, cuando señaló, a raíz de las dificultades que tuvo para lograr la atención hacia su propuesta abolicionista institucional, que “no ha habido nunca una transformación social importante en la historia de la humanidad que no haya

(37) “Cuento en estos momentos con dos experiencias sobre peligrosos delincuentes que se han rescatado a sí mismos de la lóbreguez en que vivieron en libertad y viven en prisión por el fruto de una mano amistosa o la compañía de un buen libro que les acerca esa mano. Esto puede parecer idílico a los descreídos o absurdo a quienes suelen utilizar la lógica abstracta de sus profesiones más allá de éstas” NEUMAN “Criminología y reforma...”, op. cit., p. 149.

(38) En la presentación de un artículo denominado, precisamente, “Una sociedad sin prisiones”, el autor, quien desea profundizar en este enfoque, se ataja confesando que el mismo título suena utópico y se pregunta qué sociedad querría o podría arreglarse sin prisiones. Señala que en las representaciones de derecho y orden está incorporada la idea de que los perturbadores de la paz social, como ladrones, violadores o asesinos, deben ser detenidos por la policía, encarcelados y permanecer en prisión por un tiempo más o menos largo, ya que la sociedad debe ser protegida de ellos. Sin embargo, se pregunta si es oportuno analizar que una sociedad pueda vivir sin prisiones y si es sensato ocuparse del tema y finalizar con la pregunta que inicia el presente trabajo y está consignada en la Presentación (Consideraciones previas, 1Ca): “¿Se podría aplicar un Derecho Penal que renuncie a las penas privativas de libertad?” SCHUMANN, K. F. “Una sociedad sin prisiones” en *Doctrina Penal*, año 14, enero-junio 1991, Nº 53/54, Buenos Aires, Depalma, 1991, pp. 109 a 128 p. 109.

sido considerada poco realista, idiota o utópica por la gran mayoría de los expertos” (39).

Las leyes -ya sean fundadas en principios retributivos o preventivos (inocuidadores y disuasivos)- exigen que el delito se “pague”, especialmente cuando es grave, con pena de prisión. Existe un consenso general que apoya las alternativas al encierro para casos de hechos leves, pero cuando el hecho es considerado grave la introducción de estas alternativas se cuestiona por insuficiencia de retribución, por insuficiencia de escarmiento y por insuficiencia de seguridad. Además, el principio de legalidad ata las manos de los jueces, quienes, a veces sin desearlo, se ven obligados a dictar el encarcelamiento y, así, sólo pueden minimizar, dentro de los rangos que la ley permite, la severidad de la sentencia (40).

Por otra parte, quienes sugieren suprimir las prisiones se enfrentan con la pregunta “*entonces, ¿qué haremos con los delincuentes?*” y, por lo general, no tienen respuestas elaboradas, como si ellos también compartieran la irrealidad de cualquier propuesta. Esta pregunta apunta, particularmente, a los autores de hechos graves.

Así, actualmente existe una situación paradójica, porque mientras se reconoce la grave crisis que envuelve a la pena de prisión y los fracasos, en líneas generales, en llevar a cabo dentro de sus estructuras la ideología del tratamiento, esta pena es hoy considerada necesaria en lo que a ciertos hechos ilícitos y a ciertos ofensores se refiere.

En general, los que rechazan el cambio aseguran que prisiones habrá siempre. Algunos creen, como Michel Foucault, que la pena de prisión seguirá siendo socialmente aceptada como la única

manifestación del control estatal (41) y que toda sociedad que renunciase a esta pena firmaría, a un tiempo, su propia sentencia de muerte porque acordaría la abolición de la propia sociedad organizada en Estado (42). Otros autores se resisten a prescindir de las prisiones porque alegan que no hay certidumbre de que algo que eventualmente pudiera ocupar el espacio vacío pudiera ser más humano (43).

Finalmente, hay quienes arrojan la solución del problema para adelante y sostienen una situación de compromiso: las prisiones desaparecerán, pero *no por ahora* (44). Así, por ahora al menos, la pena privativa de libertad, con todas sus características criticadas, sigue existiendo y reproduciéndose, aun cuando existe una tendencia a reducir el ámbito de la Justicia Penal, especialmente en los países escandinavos, o bien ampliar este ámbito pero siguiendo la estrategia de la humanización (45).

b) *Delincuentes corregibles*

Una reflexión del filósofo y poeta alemán Johann-Wolfgang Goethe -que está pintada en la entrada del cordón de seguridad en una prisión argentina (46) - dice así: “*Si tomas a las personas por lo que son, las harás peores de lo que son. Si las tomas por lo que pueden llegar a ser, las ayudarás a llegar adonde deben ser llevadas*”.

Aplicado a quien ha delinuido, reproduce cuanto sostiene la teoría del Etiquetamiento. Si se

(41) FOUCAULT, M. La verdad..., op. cit. p. 137.

(42) BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Luis; FERRE OLIVE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Juan Carlos *et al.*, Lecciones de Derecho Penal. Parte General Barcelona Praxis 1996 p. 293.

(43) BUENO ARUS, F. “La dimensión jurídica de la pena de prisión” en Doctrina Penal N° 40, Buenos Aires, Depalma 1987, pp. 651-674, p. 673.

(44) Hay autores que propugnan la abolición, pero son escépticos en el corto plazo, declarando, por ejemplo: “En los albores del siglo XXI, habiendo caminado la prisión un largo camino, parece ser que tendrá una larga vida, que su penosa presencia nos acompañará durante mucho tiempo más” TORO, op. cit., p. 436.

(45) SCHEERER, S. “Hacia el abolicionismo” en Cohen S. (dir.), Abolicionismo Penal, Buenos Aires, Ediar, 1989, pp. 15 a 34, p. 16.

(46) Unidad N° 2 del Servicio Penitenciario Federal Argentino, situada en Villa Devoto, Ciudad de Buenos Aires.

(39) MATHIESEN, T., “La abolición, ¿un sueño imposible?” Trabajo presentado en la VIII Conferencia Internacional sobre Abolicionismo Penal, Auckland, Nueva Zelanda, 18-21 febrero 1997 citado en TORO, M. C. “La prisión y sus penas. Prisión abierta: un límite humanista” en SCHÜNEMANN, B. (comp.) Cuestiones actuales del sistema Penal. Crisis y desafíos, Lima (Perú), Ara, 2008, pp. 433 a 453 p. 435.

(40) Así podrían interpretarse las sentencias leves que se adjudican a jueces como Raúl Zaffaroni, partidario de un Derecho Penal Mínimo, quien ha manifestado más de una vez su descreimiento en la eficacia de la pena y más aún en la de pena de prisión.

trata al delincuente como delincuente, se lo convertirá en algo peor. Y si aquí se utiliza la palabra “delincuente” sólo para las personas que, además de haber delinquido, persisten en una actitud favorable al delito, se convertirá en delincuentes a quienes no lo son aún.

Dentro de esta terminología, un ofensor que ha cambiado su actitud, no importa qué haya hecho, cuán grave haya sido su crimen, dejaría, así, de ser delincuente, tal como se examinó ante la idea de invertir el *labelling* y propiciar un giro de 180° en la actitud delictiva (47).

Ahora bien, lograr este cambio de actitud en una persona que no sólo ha delinquido sino que persiste en su deseo de continuar haciéndolo no puede hacerse fácilmente si se lo denigra y se lo trata como a un ser distinto, que es inferior y repudiable. El giro de 180° en la respuesta a la conducta delictiva para lograr un cambio drástico de actitud -que es también un giro de 180°- implica renunciar a la idea casi ritual del *castigo automático*. Si bien existe un consenso generalizado en que la pena debe existir, el paradigma reparativo, ejemplo de giro radical, la propone bajo la forma de una *auténtica reparación*.

Por otra parte, como se verá a continuación, hay ejemplos -aunque no muy difundidos- de casos en los que el perdón, el desafío o el buen ejemplo han sido muy superiores en eficacia a los

castigos para disuadir a las personas de continuar delinquiendo.

En el libro *Los Miserables* de Víctor Hugo (48), el protagonista Jean Valjean es encarcelado durante diecinueve años por robar un pedazo de pan que intentaba dar a unos chicos hambrientos. Como era de esperar, el “*castigo*” lo embrutece realmente y cuando sale de prisión es ya un auténtico delincuente. Alojado en la casa de un bondadoso obispo, le paga con el robo de su platería. La policía lo detiene y lo lleva a la casa del anfitrión para comprobar su poco creíble afirmación de que los objetos le habían sido regalados. Pero el obispo confirma la mentira, añade aún más platería a la bolsa de Valjean y lo despide con estas palabras: “*Jean Valjean, hermano mío, Vd. no pertenece ya al mal, sino al bien. Es su alma la que le compro; se la quito a los pensamientos malos y al espíritu de perdición y se la doy a Dios*” (49). Valjean parte y se convierte en un hombre de bien. Ahí empieza otra historia, la de un hombre extraordinario, con bellos principios y actitudes abnegadas y heroicas (50).

Relata en un Seminario el psiquiatra e hipnoterapeuta Milton Erickson la historia de Joe (51). Este muchacho desalmado, ladrón y probablemente asesino, había sido ya condenado a varios años de prisión. Volvió al pueblo donde se había criado al salir en libertad, siguió cometiendo robos, se comportaba de forma pendenciera con los hombres y molestaba a las muchachas. Hasta que un día se

(47) Quizás en casos especiales no sea necesario un cambio completo y cabal de la persona -aunque es indispensable en la mayoría de las situaciones para asegurar que dicho cambio sea estable- sino tan sólo darle un sentido a la pena. En el film “The dirty dozen” (“Doce del patíbulo”) - dirección de Robert Aldrich y protagonizada, entre otros, por Lee Marvin, Ernest Borgnine, Robert Ryan, Charles Bronson, John Cassavetes, Telly Savalas y Donald Sutherland - www.allmovie.com/work/the-dirty-dozen-13877 “The dirty dozen” septiembre 2009 -, durante la segunda guerra mundial se propone a un grupo de condenados a muerte o a muchos años de prisión una condonación de la condena a cambio de alistarse en el ejército y estar disponibles para misiones muy arriesgadas, con muy alta probabilidad de muerte en acción. Tanto los condenados a muerte como los condenados a prisión aceptan, evidenciando que morir en acción y por su país es radicalmente distinto a morir por sus crímenes o hasta quedar en prisión por ellos. El sentido de una muerte, más allá de la posibilidad de sobrevivir, cambia totalmente el destino de estas personas y, con ello, sus actitudes y personalidades. Se convierten de delincuentes en posibles héroes.

(48) HUGO, V. “Los Miserables” (Libro segundo: “La caída”, Cap. XII: “El obispo trabaja”), Buenos Aires, Losada, 2005, pp. 94 a 97.

(49) HUGO, op. cit., p. 97.

(50) Es muy interesante entender cómo resuelve Víctor Hugo este tema en el pasaje de su obra en que Monseñor Myriel justifica su perdón y hasta “recompensa” por el mal obrar a Jean Valjean. Ni Jean Valjean pide perdón ni reconoce su culpa, pero el obispo comprende que era tal la injusticia que recaía sobre el liberado, debido a la miseria forzosa a que estaba condenado, que, sin justificar el acto, lo perdona. Sin embargo, de algún modo se asegura de que Valjean optará por apartarse de la mala conducta y ésta es la verdadera justificación de su perdón. En cuanto a la visión de la víctima, que es él mismo, y de su derecho a ser resarcido, se corre de esa posición al razonar así: “yo retenía injustamente desde hace tiempo esa platería. Pertenecía a los pobres. ¿Quién es ese hombre? Un pobre, evidentemente”. HUGO, op. cit., pp. 94.

(51) ZEIG, J. Un seminario didáctico con Milton H. Erickson, Buenos Aires, Amorrortu, 1985, pp. 187 a 191.

encontró con Edye, una chica joven, muy bonita, inteligente, fuerte y trabajadora, bien instruida para los *standards* del pueblo y, además, la hija del hombre más acaudalado del pueblo. Al verla, sin animarse a decirle alguna de sus típicas groserías, Joe le preguntó irónicamente: “¿Puedo llevarte al baile el sábado?”. Toda lógica indicaba un rechazo despectivo o atemorizado. Pero Edye no se inmuto: “Puedes, si eres un caballero”. Llegó el sábado. Joe se puso sus mejores ropas y se presentó en lo de Edye para llevarla al baile. La velada fue amable y placentera para ambos. Cabe imaginar que cuando se despidieron, Joe preguntó: “¿Puedo volver a invitarte?”. Edye respondió: “Puedes, si eres un caballero”. El final era previsible. Joe devolvió todo lo que había robado, se convirtió en una persona seria, honesta y trabajadora, se casó con Edye y fue uno de los mejores amigos de todos y uno de los mayores benefactores del pueblo.

En realidad, lo que está en la base de estos cambios drásticos de actitud es lo que denomina Franz Alexander *experiencia emocional correctiva* (52): las implicaciones que puede tener sobre la personalidad un tratamiento que, más allá de sus características materialmente violentas o no violentas, se constituya en un ataque al equilibrio emocional de una persona (53).

Esto no significa que un trato así asegure el cambio de actitud (54), pero estos autores han

(52) ALEXANDER, F; FRENCH, T. M. et al. *Psychoanalytic Therapy: Principles and Application*, New York, Ronald Press, 1946 (Capítulo 2: “The development of psychoanalytic therapy” pp. 13 a 24; Capítulo 4: “The principle of corrective emotional experience”, pp. 66 a 70; y Capítulo 17: “Conclusions and outlook” pp. 338 a 341 capítulos reproducidos en ALEXANDER, F. www.psychomedia.it/pm/modther/probspiter/alexan-2.htm “The corrective emotional experience” septiembre 2006. También NARDONE, G. *El arte del cambio*, Barcelona, Herder, 1992, pp. 19/20.

(53) Alexander afirma que Hugo entendió que el acto del obispo fue un violento ataque al precario equilibrio de Valjean, que consistía, para recuperar su balance, en responder cruelmente a un mundo cruel con una rencorosa insistencia en ser malo”. Alexander www.psychomedia..., op. cit.

(54) Se suelen citar contraejemplos de personas que han sido perdonadas y han dado un mordisco a la mano que se les ha tendido. El mismo Jean Valjean lo hace al robar la platería de Monseñor Myriel. Pero su conversión llega cuando su alma es “comprada” por el obispo. Entonces recibe la “experiencia emocional correctiva” mencionada por Franz Alexander, que aun no se establece hasta que la pone a prueba en el episodio siguiente, en que

constatado que la experiencia emocional correctiva en estos casos ha actuado (55) y lo ha hecho en forma no violenta. De todos modos, quizás en ciertos casos una forma violenta también puede producir el mismo efecto, pero, generalmente, según se ha denunciado, produce el efecto contrario, justamente porque la experiencia emocional no es *correctiva* sino *reforzadora* de las actitudes que se pretenden corregir.

Aunque casos similares a los de Jean Valjean y Joe no abundan, son ejemplos para entender que las actitudes de las personas pueden cambiar en forma radical.

Nils Christie acepta que en ciertos “*monstruos*” podría existir la imposibilidad del cambio de actitud, pero aun así sostiene que, a través de su extensa dedicación al mundo del delito, nunca encontró un solo *monstruo*, es decir, un individuo *absolutamente incorregible* (56).

intenta robar una moneda a un chico y comprueba que no puede hacerlo. En efecto, Jean Valjean aun comete casi mecánicamente un pequeño hecho delictivo después del perdón y de la ayuda de Monseñor Myriel, al ocultar bajo su pie una moneda que a un niño llamado Gervasio se le había caído accidentalmente y fue a parar donde él estaba sentado en el suelo y apoyado en un árbol. Valjean pisa la moneda y se resiste a levantar el pie ante los ruegos de Gervasio. Gervasio se va llorando. Valjean se arrepiente muy pronto de su acto -ahí es donde Alexander dice que ganó su batalla final por la conversión- y corre a devolver la moneda, aunque sin éxito porque Gervasio ya ha desaparecido, lo cual sume a Valjean en una profunda tristeza pero establece su decisión de nunca más volver a delinquir. HUGO, V. *Los miserables* (Libro II, Capítulo X: “Gervasio”), Buenos Aires, Losada, 2005, pp. 97 a 102. Alexander señala que si no fuera por el episodio en que Valjean intenta robar la moneda la historia que cuenta Víctor Hugo no hubiera llamado su atención. El encuentro con el chico muestra que Hugo instintivamente comprendió la metamorfosis emocional y la dinámica del proceso en todos sus detalles. Es ahí cuando “Valjean se da cuenta de cuán horrorosamente cruel es su comportamiento que sólo una hora antes le habría parecido de lo más normal”. NARDONE, op. cit., p. 20.

(55) En el ejemplo que presenta Milton Erickson ocurre lo mismo. Existe un efecto hipnótico en el bandido Joe debido a su enorme sorpresa ante las palabras eventualmente redentoras de Edye. ¿Cómo!? El, el despreciable bandido, ¿podría llegar a pensarse siquiera como un posible caballero? El *shock* se produce en esta escena y la efectividad del mismo comienza cuando Edye cumple con su palabra de dejarse llevar al baile y seguir a su lado mientras esa conducta caballeresca esté presente.

(56) CHRISTIE, op. cit., p. 145.

También son elocuentes el relato y las conclusiones del jurista italiano Francesco Carnelutti. Señala que, como abogado defensor de un homicida que había matado premeditadamente a dos hombres disparándoles por la espalda, al comunicarle que la pena mínima que podía esperar eran treinta años de reclusión, el procesado se refirió a su hermano, acusado de instigación a esos hechos, a quien Carnelutti también defendía. “Él me escuchó impasible; después dijo: *‘no se ocupe de mí, abogado; yo soy un hombre perdido; piense en salvar a mi hermano, que tiene nueve criaturas’*. Entonces, un rayo de amor iluminó su frente” (57).

Pero para muchas personas éstos son casos aislados, ejemplos de actitudes atípicas o bien sólo posibles productos de mentes románticas, tales como la de Víctor Hugo. La idea de que quienes reiteran una y otra vez hechos ilícitos son *incorregibles* -a pesar de lo sostenido en contrario por Concepción Arenal, quien los consideraba [aún] *incorregidos*- es muy fuerte y está muy arraigada.

Para ejemplificar que existen excepciones a esta *incorregibilidad* puede citarse el caso del argentino Carlos Frattini, un hombre que se destacó por su habilidad para el dibujo, descubierta por el pintor Raúl Soldi, pero mucho más por su cambio profundo de actitud. En efecto, este hombre pasó gran parte de su vida alternando entre robos a casas y estadías en prisión, a punto tal que pasó encarcelado veintitrés años de su vida. Hasta continuó con sus actividades delictivas luego de que Soldi lo ayudara a organizar una importante exposición de sus dibujos, lo cual, presumiblemente, podría haberle facilitado su reinserción social. Podría haber cambiado de vida. Pero no fue así. Continuó delinquiendo y continuó siendo apresado. ¿Quién sería mejor candidato a ser etiquetado como *“incorregible”*? Sin embargo, llegó un momento -en la nota no aclara exactamente qué pasó- en que

(57) Concluye, admirando la “riqueza” expresada en ese amor fraterno que le hacía olvidar incluso su tremendo destino, permitiéndose generalizar una “verdad”: el germen del bien, en cada uno de nosotros, y no excluye a los delincuentes, está aprisionado en alguna medida. En el delito queda sepultado bajo la explosión del egoísmo, pero sigue estando. Sólo es necesario que la persona se abra para que el bien aflore. CARNELUTTI, F. *Las Miserias Del Proceso Penal*, Buenos Aires, EJE Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, pp. 34/35.

decidió su profundo cambio. Volvió a casarse -su primera mujer lo había abandonado, llevándose a sus hijos-, formó una nueva familia y finalmente ingresó como empleado en el Patronato de Liberados de Neuquén. En junio de 2009, se escribió una nota sobre su vida, en la que constaba: “Carlos lleva 25 años alejado de las cárceles y de los robos, 18 años de feliz matrimonio y 12 años de empleado ejemplar del Patronato de Liberados de Neuquén. En esa dependencia oficial, durante los primeros tiempos, Frattini se reunía con reclusos y ex convictos. A todos trataba de convencer de que el delito era mal negocio (58).

Como contraejemplos también existen casos diametralmente opuestos. Tal el del muy conocido asaltante argentino de bancos y camiones blindados Luis (*“el gordo”*) Valor, presuntamente reformado pero vuelto a caer en el delito. Según la información periodística, delinquía mientras daba charlas a jóvenes en riesgo sobre la conveniencia a mantenerse fuera de la delincuencia (59).

c) *La plena reintegración de quienes han delinquido*

El Modelo de Justicia de Andrew von Hirsch, denominado de los *justos merecimientos* (*“just deserts”*), exige claramente una censura o reproche cuando se comete un hecho ilícito. Por otra parte, exige que esta censura se exprese siempre como un castigo, que debe ser proporcional a la gravedad del hecho.

Ahora bien, ¿puede un régimen que prescinde del encierro, por más que garantice seguridad y no impunidad, responder a las necesidades de censura?

Uno de los puntos en el que se encuentra más divergencias en la bibliografía especializada se refiere a la consideración de la reparación como sucedáneo de la pena, especialmente frente a los fines de la pena encuadrados en la prevención general positiva.

Por ejemplo, Elena Larrauri considera que desde la prevención general positiva la repara-

(58) Diario La Nación 20/06/09 “El dibujante que pasó por el purgatorio”, artículo del columnista Jorge Fernández Díaz.

(59) Diario la Nación 1/08/09 “A los tiros, otra vez detuvieron a Valor”.

ción genera confianza ciudadana al observar la efectividad del Derecho Penal en la solución real del conflicto subyacente al delito y produce satisfacción al ver cómo, al reparar, se eliminan los efectos nocivos que ocasionó (60). En cambio, en otro trabajo anterior, consideraba que se requiere estigmatización, no por crueldad sino para reforzar valores sociales (61), lo cual incluye negar a quien delinquiró la posibilidad de redimirse. Así, es muy probable que la prisión, cuya función de segregación y estigmatización es innegable, siga manteniéndose en pie a pesar de que los fines de la seguridad, de la prevención y hasta de la retribución ya no la necesiten.

Según los estudios etnometodológicos de Harold Garfinkel, para que la distinción entre un ser normal y uno anormal sea efectiva, el transgresor debe ser visto por las personas observantes de la ley como un ser amoral y el hecho delictivo no debe tener categoría de accidente, casualidad o excepcionalidad. Esta visión está íntimamente relacionada con el fenómeno de la *"expulsión"* (62).

Francesco Carnelutti observa el fenómeno como una reprobación a quien se considera diferente de quien transgredió la ley, a punto tal que se quiere negar la posibilidad de mantenerlo incluido en la sociedad o que alguna vez regrese a ella: "Este que así piensa... no sospecha que su mentalidad es propiamente la del fariseo: *yo no soy como éste*. Lo que se necesita, es cambio, para merecer el título de hombre civil, en invertir tal actitud; sólo cuando lleguemos a decir, sinceramente, *yo soy como éste*, entonces seremos verdaderamente dignos de la civilidad" (63).

Similar reflexión pertenece a Antonio Beristain: *"Muchos pensamos 'Yo cumplo con la ley. ¿Por qué no puedo decir que soy mejor que un delincuente?'* Damos gracias a Dios por lo bueno que somos"

(60) LARRAURI, E. "La reparación" en Cid Moliné, J. y Larrauri, E. (coord.), *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona, Bosch, 1997, pp. 177 y ss.

(61) La misma indignación moral que puede destruir a la persona que ha cometido un hecho ilícito es también la que contribuye a reforzar la solidaridad del grupo y quizás sea este último motivo el que sostiene al primero. Es decir, no se estigmatiza por crueldad sino por un cierto sentido de necesidad de confirmación de valores. LARRAURI, E. *La herencia de la Criminología Crítica*, México, Siglo XXI, 2ª edición, 1992, pp. 40/41.

(62) ANITUA, op. cit., pp. 361/362.

(63) CARNELUTTI, *Las Miserias...* op. cit. p. 15.

(64). Y acentúa aún más la diferencia al contemplar el estigma que la prisión produce por su mismas cualidades: "No como aquel *"majadero"* que mal duerme con otros tres o cuatro presos (y docenas de ratas) en una minicelda carcelaria" (65).

En los trabajos de Emile Durkheim se observa la idea de que la utilidad de la pena no radica tanto en su discutible valor rehabilitador del infractor ni en el poder de la intimidación, sino en la solidificación de la cohesión social (66). Por lo tanto, la pena se justifica como dolor *"útil"*, diferenciándolo de la *"crueldad gratuita"* porque "es un signo que testimonia que los sentimientos colectivos son siempre colectivos, que la comunidad de espíritus en una misma fe permanece intacta y por esa razón repara el mal que el criminal ha ocasionado a la sociedad". Con ello no sólo se justifica la pena sino su proporcionalidad al hecho delictivo (67). Pero, además, es difícil concebir una pena que no sea la privativa de libertad para satisfacer estos requerimientos.

Por otra parte, como señala Durkheim, la idea de *"pena"* está tan arraigada en la sociedad que todos los cuestionamientos a su eficacia, en particular a su valor expiatorio, son considerados por muchas personas como "subversiones del orden social" (68). Lo mismo, según Elías Neuman, sucede cuando se presenta la idea de redimir a los reclusos y reintegrarlos plenamente a la sociedad: "Muchas personas creen que dentro de esas cárceles... hay hombres que en vez de manos tienen garfios. Y si les dices o les demuestras que son (o siquiera pueden ser) los chivos expiatorios de nuestras buenas conciencias... te miran extrañados y ven en ti algo turbio" (69).

B) Dificultades para una eventual implementación

Finalmente, y no como tema menor, queda el problema de la eventual implementación de una respuesta al delito alternativa a la pena privativa de

(64) BERISTAIN, A. y NEUMAN, E. *Criminología y dignidad humana*. Diálogos, Buenos Aires, Universidad, 4ª edición, 2004, p. 22.

(65) *Ibíd.*

(66) DURKHEIM, E. *La división del trabajo social*, México, Colofón, 2ª edición, 1993, p. 118.

(67) "He aquí por qué hay razón en decir que el criminal debe sufrir en proporción a su crimen". *Ibíd.*

(68) *Ibíd.*

(69) BERISTAIN y NEUMAN op. cit. p. 22.

libertad. ¿Debe ser gradual o drástica? Esto ha sido discutido por quienes han propuesto cambios, por ejemplo de tipo restaurativo, en la respuesta penal. Existen, al respecto, posturas caracterizadas tanto por la cautela como por la audacia. En la primera se sostiene que para saber si las ventajas de los cambios propuestos realmente superan a las desventajas deben efectuarse pruebas y, así, sugieren un “*cambio graduable*”, comenzando, para evitar un rechazo generalizado, con su aplicación a casos menores y sólo si se obtiene éxito extenderla a los casos más graves (70). En cambio, en la segunda se sostiene que la diversidad de hechos ilícitos existentes y de personas involucradas exige también una diversificación de respuestas más imaginativas que seguir construyendo prisiones y endureciendo penas (71). En esta segunda reflexión se insta a atacar el problema con una contundencia mucho mayor y ella está mucho más en concordancia con una postura que, tal como la de Herman Bianchi, clama por un cambio radical de paradigma.

Si bien el gradualismo permite evaluar la eficacia del cambio a medida que se introduce, no todos los pioneros de movimientos innovadores lo valoran. Por ejemplo, la autora y activista canadiense Ruth Morris resalta una experiencia fracasada en sus intentos de propulsar cambios paulatinos y cree que si un nuevo paradigma pretende cambios de fondo, los límites de su aplicabilidad y la forma de su implementación deben superar los tímidos avances que se han visto hasta ahora (72).

(70) “Tanto la justicia tradicional como la justicia restaurativa tienen sus ventajas y sus desventajas; es posible que los métodos restitutivos tengan menos efectos colaterales. La única forma de saberlo es probando. La idea no consiste en una repentina inversión del sistema, sino en realizar un cambio gradual de dirección. La reparación como única sanción podría ser introducida para los casos menores y, si es bien receptada, luego entenderse a los casos más graves. Este proceso no iría más allá de lo que fuera admisible para el público en general y para las propias víctimas y defensores”. HIGHTON, E. I.; ALVAREZ, G. S.; GREGORIO, C. G. Resolución alternativa de conflictos y Sistema Penal. La Mediación Penal y los programas víctima-victimario, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 91.

(71) “Frente a la diversidad de delitos existentes, con muy poco en común, excepto el hecho de estar (casi) todos en un mismo Código, con la diversidad de personas involucradas, parece posible reclamar una diversificación de respuestas más imaginativas que la construcción de nuevas cárceles o la maximización de penas que luego no se aplican”. *Ibíd.*

(72) Según ella, la idea del gradualismo la sedujo inicialmente. Siendo la Justicia Restaurativa (o Transforma-

De todos modos, hasta podría anticiparse que si un nuevo sistema basado en generalizar las penas alternativas al encierro obtuviera consenso social y hubiera voluntad política para aplicarlo -lo cual no parece hoy probable- excesivas dilaciones en su implementación podrían condenarlo al olvido y mantener, así, el *status quo* que descansa sobre el paradigma punitivo y el encierro.

5. Algunas consideraciones acerca del pensamiento utópico

Se podrá decir que intentar resolver la crisis de la pena privativa de libertad es una utopía. Pero, ¿qué es la *utopía*? La palabra “*Utopía*” fue acuñada por Sir Thomas More cuando escribió la obra *De optimo Reipublicae statu deque Nova Insula Utopia* (73), en la cual describe una isla imaginaria denominada Utopía, cuyos habitantes estaban organizados en una sociedad perfecta.

“*Utopía*” provenía de “*Oú-Topos*”, que en griego significa el “*no-lugar*”, es decir, el “*lugar que no existe*” (74). Como la sociedad ideal allí descripta era demasiado buena como para ser considerada posible, se comenzó a utilizar el nombre *utopía* para significar lo imposible, lo inalcanzable, pero el verdadero significado de la palabra es el lugar que no existe... todavía, pero bien podría existir.

tiva como a ella le gusta denominarla) una facilitación de excarcelaciones, su plan de trabajo en el Comité Cuáquero de Celdas y Justicia, era integrar a sucesivos grupos a su comunidad antes de comenzar programas de excarcelación. Primero se trabajaría sucesivamente con jóvenes, enfermos mentales, alcohólicos, drogadictos, ofensores no violentos, ofensores violentos accidentales puntuales y así siguiendo hasta que no quedara nadie en prisión. Es decir, se debía llegar a la abolición carcelaria paso a paso, pulgada a pulgada. Pero poco a poco advirtió que esos avances graduales traían más rechazo que adhesiones y se encontró con “*aguas oceánicas del sistema de revancha*” que volvieron sus esfuerzos inútiles si no contraproducentes. A partir de esas experiencias, rechazó toda idea de gradualismo. MORRIS, R. Abolición penal. Una elección práctica desde la justicia Transformativa, Santa Fe (Argentina), Centro de Publicaciones, UNL, 2000, pp. 119 a 121.

(73) Ensayo sobre la vida y las costumbres de los habitantes de una isla ficticia, considerada como la descripción de una sociedad ideal. MORE, T. *Utopía*, Buenos Aires, Sopena, 2ª edición, 1944 (original *Utopia*, 1536).

(74) VIDAL, G. “*Utopía*” en VIDAL, G.; ALARCON, R.; LOLLAS STEPKE, F. Enciclopedia Interamericana de psiquiatría III (Macropedia), Buenos Aires, Panamericana, 1995, pp. 1878 a 1888, p. 1878.

El pensamiento utópico es, sin embargo, el que encuadra a un visionario y lo aísla del mundo. Cristóbal Colón era un visionario y su pensamiento era utópico. Iba contra la corriente de su época y sostenía algo que parecía demasiado bueno para ser verdadero. Pero no importaba tanto que nadie creyera en sus ideas. Era peor: a nadie le interesaban (75).

En cuanto a experiencias en la historia de la humanidad, tales como la abolición de la caza de brujas, de la tortura legal y de la esclavitud, puede señalarse que fueron grandes transformaciones sociales “consideradas utópicas o irreales por la mayoría de los expertos aún pocos años antes de que lo impensable se convirtiera en realidad” (76). Sin embargo no sólo el rechazo a lo nuevo es el obstáculo a vencer. A veces, es peor la indiferencia general que el rechazo mismo. Pero, es justo reconocerlo, en muchos casos esta falta de interés por los pensamientos utópicos se justifica.

Cuando la solución proclamada es demasiado rimbombante o cuando el enfoque es demasiado simplista, cuando la mediocridad asociada a lo exótico que se expresa resulta ser una propuesta bizarra, el público responde con un marcado escepticismo o total indiferencia. Por ejemplo, el novelista y ensayista británico Gilbert Keith Chesterton relata que una vez se publicó un libro filosófico-teológico titulado *El gran problema resuelto* (77). Inicialmente tuvo un gran éxito comercial, sencillamente porque los compradores creían que se trataba de una novela policial, pero se desilusionaban y devolvían el libro cuando comprobaban que el mismo no resolvía un robo o un homicidio sino que explicaba lo inexplicable sobre el Universo y la Vida.

El problema carcelario ha sido algo irresuelto desde siempre. ¿Por qué podría pensarse que fuera resoluble con unos pocos lineamientos sencillos? Así, el peligro de proponerlo es muy

(75) SCHEERER, op. cit., p. 17. Las utopías “nacen como algo reactivo al rumbo errático, oportunista y ciego de la vida humana. Son constructos que arma el hombre en un afán desesperado de contener tanta incertidumbre, tanta irracionalidad en la conducta de sus semejantes. Y corren paralelas al desarrollo de la ciencia, imitándola, guiándola y sosteniéndola”. Vidal, op. cit., pp. 1887/1888.

(76) SCHEERER, op. cit. p. 17.

(77) CHESTERTON, G. K., *El hombre común*, Buenos Aires, Heroica, 1958, pp. 59 a 63.

grande porque su fracaso no depende tanto de que sus argumentos sean refutados sino de que probablemente nadie se interesará en una verdadera solución de fondo, mientras ésta suene utópica. Seguramente es por ello que no se han propuesto, en general, soluciones integrales. Se reciben críticas por no dar soluciones, dejando el tema en un debate inacabado y, al parecer, inacabable. Pero, a su vez, los pocos aportes de soluciones que se han hecho son vistos con desconfianza y desacreditados por una llamativa falta de interés.

El *Régimen de Prisión Virtual Restaurativa* ha corrido esa suerte. Presentado a unas ochenta personas, en su mayoría especialistas en la materia, recibió algunas críticas, incluso descalificaciones drásticas, pero también recibió -y en mayor grado- apoyo y aceptación. Sin embargo, seguramente porque se apreció como una vana pretensión de solución integral, en casi nadie generó el más mínimo entusiasmo. A nadie le pareció -ni a los que calificaron sus características con notas óptimas- que pudiera ser “*el gran problema resuelto*”.

Obviamente, no lo es. Como sucedió con el libro mencionado por Chesterton, “si [los potenciales lectores] hubieran creído por un instante que en realidad resolvía el problema de la existencia no lo hubieran arrojado como un ladrillo caliente. Hubieran caminado diez millas sobre ladrillos calientes para conseguirlo” (78).

Sin embargo, aquí se insiste en presentar el *Régimen de Prisión Virtual Restaurativa* como un modelo a discutir, descartar o destruir si es necesario, advirtiendo que no es un modelo que pretende solucionar *todo* -lo cual, generalmente, equivale a decir que no soluciona *nada*- sino que trae a consideración ciertas premisas.

Premisas que han sido elaboradas a partir de las críticas a la pena privativa de libertad, a través de los estudios sobre la prisionalización, el etiquetamiento y la estigmatización de los detenidos, así como de los desarrollos de la Criminología Crítica, especialmente en su variante Abolicionista, del modelo de Justicia Restaurativa como referente conceptual de las puestas en marcha de alternativas al encierro, reparación a las víctimas y Mediación Penal y, finalmente, de la Teoría del Cambio elaborada dentro de un modelo sistémi-

(78) CHESTERTON, op. cit., p. 62.

co-constructivista empleado en el tratamiento de conductas humanas.

Completado por consideraciones sobre el moderno monitoreo electrónico y las técnicas rehabilitadoras de Alcohólicos Anónimos y otras Comunidades Terapéuticas de Adictos, se ha vislumbrado una posible aproximación a la prisión del futuro, cuya proximidad en el tiempo no puede anticiparse. En esto consiste este modelo de *Prisión Virtual Restaurativa*, más precisamente, de *Tratamiento en un Régimen de Prisión Virtual Restaurativa*.

Un caso relativamente reciente y muy resonante de pensamiento utópico, que muestra que los giros de 180° son posibles -y, como se ha sostenido, más fáciles de lograr y aun más de mantener que los giros de 90°-, está ejemplificado en un contexto diferente. El “*banquero de los pobres*”, Muhammad Yunus, galardonado en 2006 por un premio Nobel de la Paz, cuando desarrolló, hace treinta y cinco años, su proyecto de transformar la situación de la pobreza en Bangladesh -y en todo el mundo- a través del otorgamiento de microcréditos (79), debió recurrir a la ayuda de personas dedicadas por entero al mundo de los negocios, descubrió que “los hombre disfrutaban de la misma manera el hacer dinero que ayudar al prójimo” (80). Esta expresión, totalmente paradójica y probablemente considerada ingenua por muchísimos escépticos, abrió, sin embargo, las posibilidades de crear un sistema revolucionario que sacó de la pobreza a cientos de miles de personas y le valió a su creador el premio Nobel mencionado (81). Descubrir que las personas sienten tanto deseo de ayudar como de hacer dinero representa un giro de 180° en el concepto del ser humano. Pero, en definitiva, es, simplemente, la muestra de dos variantes de la aspiración a sentir que se hace algo importante en la vida. En el caso del delincuente, ¿por qué no trabajar con una misma idea similar?: alguien con deseos de sentirse importante a *través del delito*

(79) YUNUS, M. Hacia un mundo sin pobreza, Madrid, Complutense, 1998.

(80) Entrevista con Muhammad Yunus, Diario La Nación, 15/04/08, “El marco legal argentino no incentiva el crédito para pobres”.

(81) En la misma entrevista, dice Yunus que el premio le sirvió para ser escuchado: “Estuve durante varios años gritándole desesperadamente al mundo sobre la necesidad de sacar a la gente de la pobreza a través de los microcréditos y nadie me escuchaba. Ahora lo susurro y todos me escuchan”. Entrevista con Yunus op. cit.

puede girar 180° y sentirse importante *combatiendo el delito*. Alcohólicos Anónimos, las comunidades de drogadependientes y otros grupos han puesto en práctica estos giros *radicales*. ¿Por qué no intentarlos en el ámbito de la conducta delictiva? (82).

Otra consideración acerca del pensamiento utópico es la que introduce el penalista argentino Matías Bailone (83), tomando como modelo la historia mitológica de Casandra, hija de Príamo de Troya, quien en repetidas ocasiones anunció la destrucción de la ciudad. Nadie le creyó. ¿Por qué? Porque años atrás, Casandra, pretendida por Apolo, en un acto de galantería recibió de éste el don de la *clarividencia* pero, luego, ante su rechazo del pretendiente, le fue quitado el don de la *persuasión*. De este modo, vivió condenada a que sus vaticinios no fueran creídos o tomados en serio. Quienes anticipan hoy la debacle del Sistema Penal, abogan por suprimir la pena privativa de libertad y auguran un cambio basado en políticas no punitivas o punitivas diferentes, sufren el mismo desdén que la pobre Casandra, maldecida por su amante. Vaticinan que “el caballo de madera tiene soldados dentro que luego destruirán Troya, pero nadie escucha sus oráculos porque mediáticamente es más atractivo el discurso vindicativo” (84), aunque cada día sea más obvio que sus resultados son contraproducentes.

Con el mismo problema de Casandra, es probable que la idea de implementar la *Prisión Virtual Restaurativa* -o una variante similar- no tenga éxito, al menos inmediato, pero cabe esperar que sirva para estimular una mirada diferente, más cercana a lo paradójica y a lo drástico, sobre el problema que por ahora podrá permanecer irresuelto, pero, quizás, más atendido.

Si no se puede persuadir, al menos puede intentarse hacer pensar. ♦

(82) En realidad, el veterano, al ayudar al novato, se está ayudando a sí mismo, según le transmitió Bob S. a Bill W. en las retóricas preguntas: “¿No cree que para nosotros es de una urgencia terrible ‘trabajar’ a otros alcohólicos? ¿Verdad que obrando así nuestra seguridad se reafirmaría grandemente?” KESSEL, J. Alcohólicos Anónimos, Barcelona, Ediciones G.P., 1969, p. 103.

(83) BAILONE, M. “El liberalismo penal: cómo procurarse buenos precursores” en Reyna Alfaro, Luis Miguel (coord.), Derecho Penal y Modernidad, Lima (Perú), ARA, 2010, pp. 37 a 48, p. 39.

(84) *Ibíd.*

¿De qué hablan cuando hablan de motines?

POR CLAUDIA CESARONI

Sumario: I. La cárcel del futuro.- II. Tipos de violencia.- III. Motín.- IV. Hechos de violencia en los últimos 50 años.- V. Observaciones finales.

I. La cárcel del futuro

La Institución de Redirección “El Valle Feliz” sencillamente había estallado en un motín. Los motines habían sido acontecimientos que tuvieron lugar en las prisiones en los años ochenta. Un motín en aquel tiempo se definió como un incidente en el que se veían involucrados 15 o más presos con el resultado de lesiones físicas o daños materiales. Los motines, sin embargo, eran cosa del pasado. El vigilante Batman agitó su cabeza con escepticismo y trató de imaginar cómo podía haber ocurrido semejante tragedia. Quizá, pensó, los oficiales robots de vigilancia habían fallado; se habían visto superados por los tonos altos. Por otro lado, estaban bajos de líquido amoníaco sensible, necesario para descubrir la presencia de seres humanos en la oscuridad. Los robots eran tan complejos, pero afortunadamente todavía tenía 25 funcionarios de vigilancia humanos en la Institución.

Un claro error había sido su decisión de permitirles a los presos pasar una noche sin serotonina. Había querido que tuvieran una noche divertida, pero nunca pensó que las cosas se le irían de las manos. Se sabía que niveles altos de serotonina controlaban la agresividad. No debía haberlo olvidado. No era ningún estúpido; tenía una licenciatura universitaria y un título de master, tal y como se requería normalmente para ser vigilante en 2010. Había estudiado la Teoría de la Bomba de Tiempo sobre motines en las cárceles desarrollada por el Dr. Fox de Vernon.

Conocía el Estudio Nacional de Carolina del Sur que determinó que una capacidad de planificación más prolongada aumentaba los motines potenciales. Incluso recordó el motín de Camp Hill. Además, la Universidad de Marte no era ninguna institución de segunda como las de la Tierra. Estaba orgulloso de llevar su suéter de

MU. Se imaginó teniendo que explicar motín a sus supervisores. Les diría que el motín sólo demostraba que las prisiones construidas en tierra eran cosa del pasado. La decisión adoptada en el 2005 de construir las cárceles sobre los océanos o formando parte de estaciones espaciales en órbita se había demostrado como la opción más apropiada para las penitenciarías. Sabía también, lamentablemente, que la vieja excusa de los motines como resultado de la comida inapropiada no valdría en 2010. Todos los presos nuevos eran analizados en busca de potenciales desequilibrios químicos que pudieran causar déficits, dependencias, o intoxicaciones. Además, las megadosis de vitaminas eran un tratamiento habitual.

Como nota positiva, recordó que no podría ocurrir ningún daño material en las instalaciones puesto que todo el mobiliario era incombustible e irrompible. También, el personal humano saldría ileso puesto que los presos habían recibido los tratamientos usuales de amnesia inducida mediante drogas para que se olvidaran de las conductas violentas aprendidas.

De repente la solución le llegó como un relámpago. Terminaría con el motín simplemente —puesto que no había nada más que presos corriendo de aquí para allá por la Institución— apretando la alarma de sonido. Este moderno dispositivo producía ondas sonoras de tal intensidad que dejarían a los presos inconscientes durante varios minutos. No dudó pues en darle al activador, y los presos cayeron como moscas. Afortunadamente, todos los funcionarios humanos de vigilancia llevaban los cascos de motín para proteger sus tímpanos. Como precaución, rociaron a los presos más agresivos con espuma pegajosa; no escaparían.

El motín había terminado. El todavía tendría que escribir un informe sobre el motín y remitir cuatro faxes: uno para los oficiales en tierra, otro para los

de los océanos, otro para los que estaban en el espacio, y otro para archivar. Cuando los presos volvieron a sus celdas de temperatura controlada, se relajó. Quizás su carrera no hubiera terminado y aún podría retirarse tras una carrera normal de seis años. Las investigaciones demostraban que los seres humanos se 'quemaban' [burn out] después del sexto año. ¡Quemado! Se rió del anticuado término de los 80”

Publicado en *Corrections Today* (Febrero de 1997) (1).

La descripción de lo que sería un “motín” en 2010, resulta tan terrorífica como falsa. Los llamados motines siguen siendo, al menos en nuestros países, igual que fueron en los años sesenta, o en los noventa, o iniciado el siglo XXI: fuego, asfixia, disparos, represiones indiscriminadas. Son masivos, o afectan a dos o tres presos/as. Tienen algo en común, sucedan en Honduras, Chile, Argentina o Venezuela. Antes de saber qué pasó, cómo pudo suceder que una cárcel entera, o uno de sus pabellones o una de sus celdas, se prenda fuego y mueran varias, o decenas o centenares de personas (privadas de libertad, en el noventa y ocho por ciento de los casos), antes de preguntar cómo se desarrolló esa tragedia, se lo llama “motín”. Las imágenes también se repiten: ventanas oscuras por el negro del humo; rostros llorosos y desesperados en las puertas de cárceles y comisarías; cuerpos calcinados retirados en camillas y bolsas negras; funcionarios/as lamentándose y prometiendo cambios urgentes.

En la cárcel impera la violencia, a toda hora, todo el tiempo. Pero las cárceles son muy distintas entre sí, y por lo tanto es difícil establecer parámetros únicos que abarquen todas las situaciones violentas. A menudo, cuando se recibe una consulta del tipo: “¿Cuál es la situación de las cárceles en la Argentina?”, y se pretende una respuesta que lleve unos pocos minutos, o abarque veinte líneas, nos obligamos a explicar que no existe una forma de ser cárcel, como no existe una forma de ser escuela, hospital o policía. Hay condiciones generales, leyes que regulan, prácticas aceptadas, por supuesto, pero también hay modos diversos

(1) En: Cabrera Cabrera, Pedro José, *La realidad penitenciaria en el siglo XXI. Perspectivas de futuro*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, s/f/e. Material proporcionado por María Cristina Alvite.

de organizar cada una de esas instituciones, y las diferencias implican cuestiones como las características edilicias, las particularidades que impone un/a director/a, el modo en que se involucra el resto de la sociedad, la reunión de determinadas personas en un mismo momento y en el mismo lugar, la formación del personal, entre muchas otras condiciones.

La cárcel es una de las instituciones en que se encierra gente. Allí van a parar personas condenadas por cometer delitos, y también quienes están procesadas, es decir, son todavía inocentes, porque ningún juez o tribunal dijo mediante una sentencia que son culpables. Esto que parece una obviedad, es preciso remarcarlo. Una persona no es culpable porque así lo diga el vecino que lo vio salir corriendo con un televisor de la casa de al lado; ni porque lo afirme el periodista de la sección Policiales del diario, ni el comentarista abogado de la tele. Ni siquiera, mucho menos, porque lo asegure el policía que lo detuvo, y lo llame delincuente, malhechor o malviviente. Las personas sólo son culpables si así lo afirma la autoridad judicial a la que le corresponda evaluar si hay suficientes pruebas como para condenarlas. Hasta entonces, como son inocentes, no deberían estar presas. Deberían poder esperar que se les juzgue en libertad. Caso contrario, lo que sucede es que se está cumpliendo una condena antes de ser condenado. Ni más ni menos. Si el objetivo del encierro que se impone a una persona que ha cometido un delito es aplicarle un tratamiento para que, al momento de ser liberada, no vuelva a delinquir, y se ubique socialmente sin transgredir las normas —eso, ni más ni menos, es el tratamiento “resocializador”—, lo menos que se puede pretender es que esa obligación de ser tratado y resocializado/readaptado/reinsertado/reeducado, sólo se exija a quien, indudablemente, se ha probado que cometió un delito. La discusión sobre la utilidad o los efectos de las políticas de tratamiento no es el objetivo de este trabajo, sólo decimos que encerrar a personas que todavía no han sido declaradas culpables, además de una afectación a sus derechos, es un contrasentido.

Las cárceles no son las únicas instituciones de encierro: también lo son las comisarías, los institutos de menores, los psiquiátricos, los lugares donde se alojan personas con problemas de adicciones, centro de detención para migrantes, es decir, cualquier lugar donde haya personas

privadas de libertad por orden judicial o administrativa, de donde no puedan salir libremente o sin padecer consecuencias gravosas, en el caso en que se vayan o se fuguen.

En todas las instituciones de encierro se producen situaciones de violencia, y la violencia produce malestar, enfermedad, heridos y muerte. Diversas formas de muerte. En la Argentina, esas muertes no se contabilizan, no existe un registro único de muertes en lugares de encierro. Son las organizaciones sociales y de derechos humanos las que han asumido esa responsabilidad, y deben cumplirla en condiciones difíciles. La primera de ellas: la falta de información fiable y/o completa. El Servicio Penitenciario Federal no informa públicamente los casos de muertes en sus cárceles. En el año 2009, el Centro de Estudios en Política Criminal y Derechos Humanos (CEPOC) publicó un análisis sobre el resultado del “Registro de muertes violentas o dudosas en lugares de encierro” de ese año, construido sobre la base de datos propios y de información publicada en medios de comunicación (2). Se decía en ese trabajo que “algunos funcionarios a cargo de las instituciones donde se producen las muertes que registramos, le quitan seriedad a este trabajo manifestando —no oficialmente, sino en conversaciones informales— que ‘son datos sacados de los diarios’. Esto es cierto parcialmente: en cincuenta casos, la información la obtuvimos de un medio de comunicación. El resto de los casos llega por vía de los familiares, o a través de las organizaciones sociales o de derechos humanos. En ningún caso, esa información fue desmentida. Es decir: cuando se publica la noticia en un diario, relatando que murió una determinada persona, en tal cárcel o comisaría, o en otra institución de encierro, y que los motivos de su muerte fueron tales, y que tenía tantos años, evidentemente, el titular de esa cárcel, comisaría o dependencia conoce la noticia, o alguien se la acerca. Si no la desmiente, si no sale un comunicado oficial diciendo que es falsa, la damos por cierta. En segundo lugar, son los funcionarios los que deberían dar información oficial, en cada caso que sucede, lo que redundaría en que el registro fuera más completo, más preciso, y más accesible para todos”.

Por su parte, el Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria de la

Provincia de Buenos Aires —institución pública, que recibe fondos públicos, conforme a la ley 12.483— que hace similar registro en las cárceles bonaerenses, se queja de la misma dificultad: “Cada año aclaramos que el número de muertes puede ser aún mayor, toda vez que la información es construida por el Comité contra la Tortura a partir de diferentes fuentes, ya que desde la Subsecretaría de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Seguridad no han respondido los reiterados pedidos en este sentido”(3).

Al problema de la falta de información se suma el de la falta de acuerdo acerca del modo de registrar las muertes, aun entre las organizaciones que lo realizan por su cuenta. Así, el CEPOC aclara que “Relevamos los motivos objetivos por los que se produjo la muerte, no su calificación jurídica ni la autoría. Por eso, no hablamos de ‘suicidios’ sino de ‘ahorcamientos”.

En el Registro se distinguen, entonces, las muertes que resultan de ahorcamiento (sin afirmar si es un ahorcamiento autoprovocado, o sea un suicidio, o provocado por terceros, es decir un homicidio), heridas cortopunzantes, quemaduras, asfixia, y accidentes (laborales, de tránsito, por deficiencias edilicias), y no las que resultan una derivación de enfermedades, sean o no evitables. Esta decisión, en el caso del CEPOC, se explica por las enormes dificultades que hubiera implicado intentar registrar todas las muertes que se dan en todos los lugares de encierro de todo el país. Se prefirió, entonces, acotar el registro a las muertes que pudieran clasificarse como violentas o dudosas.

En el caso del Comité contra la Tortura, se toma la distinción oficial entre “muertes traumáticas” y “muertes no traumáticas”, si bien aclarando que “toda muerte producida en condiciones de encierro es traumática”. Como claramente enseñaba Neuman, la posibilidad de morir es mayor en la cárcel, y muchas de las muertes que suceden en prisión obedecen a causas que, en el medio libre, no serían mortales: “No hay medios, no hay servicios adecuados ni medicamentos, no hay personal estable. Cualquier infección adquiere características de gravedad (...). Y, en ciertas oportunidades, aparecen como suicidios hechos

(2) Archivo personal de la autora.

(3) Comité contra la tortura de la Comisión Provincial por la Memoria, Informe Anual 2011, págs. 41 y sig.

criminales cometidos por guardiacárceles o funcionarios e incluso por uno o más reclusos como producto de algún ajuste de cuentas. Hay bandas rivales que dirimen con la muerte espacios de dominio del penal (...). Y están las muertes de las revueltas y motines. Mueren presos por incendio de colchones, generalmente de poliuretano, que estallan como bolas de fuego al encenderse y despiden un gas denso e irrespirable. Y mueren guardiacárceles, hombres prisionalizados. Se calcula que estando en las cárceles tradicionales, un ser humano tiene un 25% más de posibilidades de muerte que en libertad..." (4).

Si resulta difícil ponerse de acuerdo acerca de cómo registrar muertes producidas en lugares de custodia y/o castigo, más complejo resulta establecer una tipología de los hechos de violencia que se desarrolla en las cárceles, la principal de las instituciones de encierro.

Es posible identificar algunas de las situaciones que derivan en hechos de violencia en las cárceles. Son comunes en distintos tipos de cárceles en nuestro país, y en otras cárceles y otros países de nuestro continente. Un conjunto de organizaciones ecuatorianas elaboró un estudio sobre la "Violencia Intracarcelaria en el Centro de Detención Provisional de Quito", en el año 1997, en el que se realiza una aproximación al tema: "La violencia intracarcelaria constituye un problema sumamente complejo, que se encuentra atravesado por una serie de factores, entre los que vale la pena mencionar: la deficiente infraestructura física de los centros carcelarios, el hacinamiento, la falta de claridad normativa en cuanto al funcionamiento orgánico, la lentitud en la administración de justicia penal y la corrupción" (5).

Agregamos otras causas: la estructura y formación militarizada de los servicios penitenciarios, la invisibilidad de lo que sucede en las cárceles, la falta de control externo, el incumplimiento de la obligación de crear un Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, la impunidad para los casos de malos tratos y torturas, la falta de protección a las víctimas.

(4) Neuman... La sociedad..., pág. 33.

(5) Costales, Ximena, Situación del sistema penitenciario en Ecuador, en Caracas, Observatorio Latino Americano de Prisiones, A la sombra de la sociedad. Situación penitenciaria en Latinoamérica, 2007.

Mediante el Acuerdo 2825, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha ordenado al Servicio Penitenciario Bonaerense (SPB) que informe a la justicia sobre todos los "hechos de violencia" que suceden en sus cárceles, para que a su vez los jueces se lo informen al Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria. Lo que hace el SPB es una clasificación de esos "hechos de violencia"... pero borrando su participación en esa violencia: "El Servicio Penitenciario clasifica los hechos violentos en: pelea entre varios internos, pelea entre dos internos, agresión entre internos, autolesión, accidente, agresión al personal, represión, amenazas y suicidios". El desbalance es evidente, entre las múltiples formas de agresión que se les atribuyen a los presos, y lo que llaman "represión", que por supuesto, es la que consideran legal. Entonces, dice el Comité, "ninguna unidad ha informado sobre situaciones en que los detenidos sean víctimas de agresiones por parte de penitenciarios. Es una mala señal: la institución no reconoce que existan esos hechos, ni siquiera un caso en el que un guardia haya golpeado o torturado a un detenido. Eso contribuye a construir el discurso de la negación que luego será sustentado por el poder político. Consolida además el encubrimiento y la impunidad hacia adentro de la fuerza" (6).

II. Tipos de violencia

Entendemos que es preciso distinguir entre la violencia institucional, es decir, la que ejecuta quien está a cargo de una institución, de los actos violentos que pueden protagonizar las personas privadas de libertad.

A partir de esta distinción, elaboramos la siguiente clasificación, según quién/es ejecuten los actos de violencia:

Violencia institucional en contextos de encierro: Esta violencia tiene como principal característica, y a la vez, condición de existencia, el abuso de poder, la falta de control, la falta de visibilidad de lo que sucede en las instituciones de encierro, la impunidad y el desinterés de parte del resto de

(6) Comisión Provincial por la Memoria. Comité contra la tortura, El sistema de la crueldad IV. Informe anual 2011. Violaciones a los derechos humanos en los lugares de detención de la provincia de Buenos Aires, Buenos Aires, 2011.

la sociedad acerca de las condiciones de vida de presos y presas.

La ejecuta:

— El personal penitenciario hacia los/as presos/as.

— El personal penitenciario hacia familiares y amigos/as de presos/as.

— El personal penitenciario hacia otro personal penitenciario.

— El personal penitenciario hacia terceras personas (visitantes, integrantes de organizaciones de derechos humanos y sociales, funcionarios/as de organismos públicos, funcionarios/as judiciales, periodistas).

Actos violentos ejecutados por personas privadas de libertad: Este tipo de violencia surge a partir de situaciones tales como la falta de condiciones mínimas y dignas de vida (espacio físico, luz, ventilación, agua, calefacción, comida); el hacinamiento; el ocio forzoso; la falta de actividad física; la mala o nula atención médica; la falta o exceso de drogas legales; la falta o exceso de drogas ilegales; las restricciones de derechos como el contacto con el mundo exterior y las relaciones familiares; la falta de información sobre la situación procesal; el temor permanente que provoca la violencia institucional; la angustia frente a situaciones de enfermedad/accidente/problemas laborales o afectivos de miembros de la familia; la provocación de situaciones conflictivas al juntar personas o grupos con antagonismos en el mismo y limitado espacio; entre otros factores que provocan sufrimiento psíquico y deterioro de las personas privadas de la libertad.

Se produce:

— De presos/as hacia otros/as presos/as.

— De presos/as hacia personal penitenciario.

Es importante dejar en claro que, aunque hablemos de violencia ejecutada por personas privadas de libertad, el Estado siempre es garante de la seguridad y la integridad física de todas las personas que decide encerrar, y que no debe considerarse en este tipo de hechos de violencia las acciones ejecutadas por presos por órdenes

de algún agente público, una de las modalidades más habituales que utilizan las administraciones penitenciarias para desembarazarse de presos/as molestos/as.

La violencia se manifiesta de múltiples formas. Las siguientes son las más habituales. Las distinguimos entre las que sólo puede ejercerse en el marco de la violencia institucional, y las que pueden ser también ejercidas por presos/as:

— **Actos violentos ejecutados por el personal penitenciario:**

Heridas cortopunzantes, golpes, agresiones a la integridad sexual, ahorcamientos, disparos de armas de fuego, obligación de realizar actos inútiles, humillantes, o dolorosos (ducharse con agua hirviendo o helada, limpiar lo ya limpio con elementos inadecuados, servir a los funcionarios sin recibir pago), falta de auxilio en casos de incendio u otros incidentes, robo, amenazas, intimidación, extorsión, requisas brutales (golpes en el cuerpo, obligación de correr, destrucción de alimentos, ropa y elementos personales), utilización de presos/as para agredir o matar a otros/as presos/as, encierros prolongados, maltrato verbal, traslados a pabellones/módulos/unidades de régimen más riguroso, expedientes sancionatorios armados, con aplicación de sanciones y la consiguiente baja de las calificaciones de conducta y concepto, necesarias para avanzar en el régimen progresivo, maltrato a las visitas (hostilidad, revisiones vaginales, información imprecisa o equivocada, sometimiento a largas esperas en condiciones climáticas inclementes, arbitrariedad en las exigencias con respecto a la vestimenta y a los elementos que pueden o no ingresar), sometimiento a condiciones indignas de alojamiento (hacinamiento, sobrepoblación, falta de agua, de luz, alimentación insuficiente o en mal estado, suciedad, falta de provisión de elementos de higiene, insuficiente o nula calefacción en invierno y ventilación en verano), prohibición u obstaculización de las comunicaciones con el mundo exterior, sobre todo con familiares, abogados/as, organizaciones de derechos humanos y medios de comunicación.

— **Actos violentos ejecutados por personas privadas de libertad:**

Autolesiones (cortes, cosida de labios y/o de párpados, mutilaciones, ahorcamiento), heridas cortopunzantes, agresiones a la integridad sexual (violaciones, obligación a efectuar actos sexuales), obligación a realizar tareas de asistencia (limpieza, preparación de comida, lavado de ropa), golpes, robo, amenazas, extorsión, insultos, aislamiento, toma de rehenes.

Muchas de estas situaciones son las chispas que —en su reiteración, en su falta de solución, en su brutalidad— desencadenan situaciones violentas que se agrupan bajo la denominación general de “motines”. Y no lo son. O al menos, no son lo que los medios y los funcionarios públicos suelen denominar “motín”. Como sostiene con acierto el investigador Carlos Motto: “Una constante de la realidad carcelaria es el maltrato en la procura del sometimiento por parte de los penitenciarios, de modo que hay un sustrato de resistencia y malestar insoslayable, éste puede tomar formas colectivas o individuales, puede manifestarse de modo irracional o adquirir estatus programático, finalmente puede desplegarse sobre los verdugos, los pares o sobre sí mismo a modo de autolesión o llegar hasta el suicidio. De modo que la pregunta más indicada sobre las causas de las protestas de presos no es ¿Por qué se producen? Sino ¿Cómo es que no se producen? O sea sobre las condiciones de posibilidad de la naturalización y/o legitimación del sometimiento por maltrato, y las estrategias penitenciarias para su imposición”(7).

III. Motín

A los efectos de la presente investigación, entendemos como “motín” el alzamiento realizado por personas que están de algún modo sometidas al control de una autoridad, y se plantean revertir esa situación, asumir el control sobre un determinado espacio, y suplantar a la autoridad legalmente constituida, con el objetivo de conseguir determinadas ventajas y/o reivindicaciones. En el caso de una institución de encierro (cárcel o cualquier otra), utilizaremos las siguientes categorías:

Motín: alzamientos encabezados por las personas privadas de libertad, que tomen el control de

un espacio —*motín parcial*— o de toda la institución —*motín total*—. En el caso en que capturaran personas con el objeto de conseguir determinadas reivindicaciones o para garantizar una fuga, lo llamaremos *motín con toma de rehenes*.

Intento de fuga: hechos de violencia desencadenados con el objetivo principal de asegurar o encubrir una fuga.

Protesta: reclamo efectuado por un conjunto de presos o presas, sin poner en riesgo la seguridad del establecimiento ni la integridad física del personal penitenciario o de otras personas.

Las protestas pueden ser acompañadas de acciones como la *huelga de hambre*, las *batucadas* —golpeteo de rejas o de objetos metálicos, durante un lapso determinado de tiempo, repetido durante horas o días— o la *quema de colchones*, pero en tanto no se ponga en riesgo la seguridad del establecimiento o del resto de las personas, las seguiremos llamando protestas.

Conflicto: situaciones violentas que se producen entre presos/as, como peleas, discusiones, o agresiones.

Represión: todas las acciones realizadas por las autoridades legalmente constituidas para repeler un alzamiento contra su autoridad, o bien para hacer cesar un conflicto entre las personas bajo su custodia. La llamaremos *represión legal* cuando previamente al uso de la fuerza se realicen todas las gestiones, mediaciones y negociaciones necesarias para evitar afectaciones a la integridad física y la vida de las personas a cargo de la autoridad, y para los funcionarios intervinientes. Y *represión ilegal* cuando la represión se haya utilizado sin agotar esas vías pacíficas previas, así como cuando se utilice una fuerza desmesurada o se ponga en riesgo la vida de otras personas, o se dejen de tomar medidas para preservar la vida y la integridad física de las personas bajo custodia.

Masacre: casos en los que no sólo se haya actuado sin agotar las vías pacíficas, o se haya omitido auxiliar, sino que además, se haya actuado dolosamente, asesinando a personas privadas de libertad (8).

(7) Motto, Carlos Ernesto, Evolución y gestión de la población encarcelada, diferencias y articulaciones entre el SPF y el SPB, disponible en <http://webiigg sociales.uba.ar/gespydh/uploads/Chantraine.pdf>

(8) Para otra posible clasificación, véase: Ovalles, Eduardo, 405 motines en las últimas dos décadas en Argentina, Nueva Mayoría, disponible en <http://nuevamayoria.com/ES/INVESTIGACIONES/seguridad/051018.html>.

IV. Hechos de violencia en los últimos 50 años

A continuación, elaboramos un resumen de los hechos de violencia sucedidos en los últimos cincuenta años en cárceles federales y provinciales con un análisis del modo en que fueron reflejados en los medios gráficos los cuatro más graves (9).

Hecho del 14 de marzo de 1978 en la Cárcel de Devoto:

Tipo de hecho	Presos muertos	Penitenciarios muertos	Causa de las muertes
Protesta/ represión ilegal/masacre	64	-	Fuego/falta de oxígeno/ disparos de armas de fuego/ golpes

(9) Para la escritura de este capítulo se contó con la colaboración, en la revisión de diarios post 14 de marzo de 1978, de la licenciada en sociología Mariana Urroz. La información sobre los casos se construyó a partir de archivos propios, y de la investigación de Nueva Mayoría ya citada; y de Rodríguez, Rodolfo, estudiante de Sociología, preso en Devoto; escrito realizado para el III Foro Nacional de Educación para el Cambio Social, realizado en Buenos Aires del 3 al 5 de junio de 2011, disponible en <http://laresistenciaduc.files.wordpress.com/2011/08/numero-2.pdf>.

El vespertino *La Razón*, en manos de los servicios de inteligencia del Ejército desde meses antes del golpe de Estado (10), publicó el martes 14 de marzo, en su tapa, un título que daba cuenta de la noticia del día: “Motín en la cárcel de Villa Devoto. Hay 44 reclusos muertos y otros 70 hallanse heridos”. En el cuerpo del diario: “Hubo un dramático enfrentamiento entre reclusos y efectivos de seguridad en Villa Devoto. Se habla de varias víctimas entre ellas un guardiacárcel que habría sido tomado como rehén”.

Como ya veremos, no hubo enfrentamiento, ni rehén, ni víctimas guardiacárceles.

Extrañamente, *La Razón* decía algo que quizá los amos a los que el diario servía, hubieran preferido que no se dijera: “La zona de Villa Devoto se despertó hoy sobresaltada por disparos de armas de fuegos efectuados dentro del establecimiento de Villa Devoto. De acuerdo con las versiones recogida en la vecindad, ya a las 5 se escucharon del Pabellón Séptimo donde se alojan los presos comunes gritos y abucheos y algún que otro disparo. ‘Nos estamos quemando’, habría gritado un hombre no identificado que a las 8.40 se había aferrado a las rejas en medio del humo de una de las ventanas exteriores. Y cinco minutos

después habrían llegado efectivos policiales de las comisarías 41 y 49, motociclistas y un camión de cuerpo de infantería del departamento central con armas que rodearon el penal y obligaron a los vecinos a ingresar en sus viviendas con un radio de 200 metros. ‘Hubo varios muertos y quemados, y los primeros tiros fueron espaciados como si partieran de los presos, pero después retumbaban ráfagas de ametralladoras’, dijo una vecina. Extraoficialmente se desmintió en fuentes policiales que efectivos de esa repartición hubieran ingresado en el penal a reprimir a los presos: ‘No pudo ser, por razones de jurisdicción’, dijeron. Y se agregó que los reclusos fueron dominados con gases vomitivos, y que su reacción fue la quema de colchones”.

La Razón agrega otros datos (falsos):

— “Le habrían dado muerte a un personal de seguridad del penal, el acto criminal habría sido el detonante para la reacción drástica de los compañeros de la víctima, y el repliegue de los presos hacia el sector del Pabellón Séptimo”.

— “También afirmaron algunos vecinos que media hora antes del enfrentamiento se registró un tiroteo en la calle entre guardias y los ocupantes de dos Ford Falcon que se dieron a la fuga lo cual de ser cierto indicaría un plan organizado desde el penal donde también hay alojados aproximadamente novecientos detenidos a disposición del PE nacional, en coordinación con elementos

(10) Para un análisis de la prensa durante los años de dictadura, ver: Blaustein y Zubietta, *Decíamos ayer. La prensa argentina bajo el Proceso*, Buenos Aires, Ediciones Colihue, 1998.

que debían actuar desde el exterior del establecimiento”.

También asombrosamente, el diario de los servicios de inteligencia exhibe los esfuerzos para ocultar el horror: “Se limitó el área para la función del periodismo y se trató de impedir la filmación y la toma de fotos con teleobjetivos pese a que lo único visible eran las paredes del pabellón, ennegrecidas por el humo”.

Al día siguiente de los hechos, el miércoles 15 de marzo, el Diario Clarín colocó en tapa dos noticias: “Invasión de Israel al Líbano”, y “Hubo 53 muertos y 62 heridos por el motín en Devoto”. En el centro, una enorme foto de la parte de la cárcel que da a la calle Nogoyá, en la que, con un círculo se señalan siete ventanas de las que sale fuego. El epígrafe decía: “Un incendio declarado en el Pabellón Séptimo de la Unidad Carcelaria de Villa Devoto deja un saldo de 53 muertos y 62 heridos, aún no identificados. En el círculo se aprecian las huellas externas del siniestro. El fuego se originó al quemar los reclusos colchones y mantas para atenuar los efectos de los gases lanzados al reprimir el motín. Se informó que en el lugar había delincuentes comunes”.

Como se ve, se identifica lo que sucedió: un incendio. Sobre los motivos, parece una paradoja, pero en una misma frase se habla de quemar colchones para “atenuar” el efecto de los gases. Y allí aparece, por un lado, el supuesto “motín”, y por otro, la represión del mismo. Pero seguimos sin saber cuál era el objetivo del tal motín.

En las páginas 20 y 21, y bajo el título “Motín en Devoto”, se dice: “Efectivos de seguridad reprimieron ayer un violento motín que en horas de la mañana estalló en la Unidad Penitenciaria N° 2 del barrio de Villa Devoto. La revuelta fue localizada en el Pabellón Séptimo, donde están alojados numerosos jóvenes con problemas de drogadicción. Para evitar los efectos de los gases lacrimógenos y vomitivos, los reclusos provocaron un incendio utilizando variados elementos combustibles. El siniestro arrojó un saldo provisional de cincuenta y tres muertos y sesenta y dos heridos, muchos de ellos de suma gravedad. El vecindario afirma haber escuchado disparos”.

Todavía no sabemos por qué había gases lacrimógenos. El periodista que escribe la nota,

que no está firmada, tampoco. En el cuerpo de la nota dice: “Por motivos que hasta el momento se desconocen, los reclusos provocaron un incendio que generó en un siniestro (*sic*) que arrojó un número de víctimas jamás alcanzado en episodios similares”.

Luego se hace alusión a los “Sucesos: desencadenados a partir 8.10”. “Sin embargo, horas antes los vecinos del penal (...) comenzaron a escuchar gritos y abucheos originados en el Pabellón Séptimo, en la planta número 2, cuyos ocho ventanales se abren sobre la última de las arterias [se refiere a Nogoyá]. Se trata, precisamente, de un sector destinado a reclusos, en su gran mayoría jóvenes con problemas de drogadicción, que son procesados por delitos comunes”. La descripción de quiénes estaban en el Pabellón Séptimo, comenzaba a marcar la estigmatización sobre la población penal: en vez de marcar que no tenían por qué estar detenidos, se los marca como drogadictos problemáticos.

Otro elemento que aparece es lo que sucedió antes del fuego: algo sucedió antes de las 8 de la mañana, la hora oficial que se había indicado por parte de las autoridades penitenciarias. La nota continúa: “Pero fue alrededor de las 8 cuando los vecinos establecieron que dentro del penal se producía un tiroteo. Una versión que circuló más tarde, indicaba que los reclusos habían reducido a uno de los guardiacárceles y que con su propia arma le habían dado muerte. Lo cierto es que todos los testimonios recogidos en el lugar coinciden en señalar que fue precisamente a las 2.12 cuando partió del Pabellón Séptimo una ensordecedora gritería que pudo escucharse desde varias cuadras a la redonda. Otras especies indican que a esa hora también se registraron disparos de armas de fuego. Algunos vecinos puntualizaron que esas detonaciones en un primer momento fueron aisladas, pero que posteriormente siguieron varias descargas de armas automáticas. Sin embargo, otras voces apuntaron que los primeros disparos correspondieron a un enfrentamiento entre los ocupantes de un Ford Falcon y personal de servicio de la cárcel. Una circunstancia que dio pie a la presunción de que se trataba de una acción coordinada con los amotinados para facilitar una fuga masiva”.

La versión del Ford Falcon (un modelo de auto inequívocamente emparentado con los grupos de

tareas que secuestraban militantes populares en general, y personas de todo tipo que se cruzaran en su camino, no con grupos de rescate de presos) y de la supuesta fuga, continuaba difundándose en los medios, contra cualquier lógica, y elementos que la sostuviera.

El horror no podía ocultarse: “Desde la calle y con toda nitidez, se oyeron desgarradores gritos pidiendo auxilio, y el clásico tableteo de las armas automáticas. En efecto, seis de las ventanas del penúltimo piso, del pabellón de los acontecimientos, mostraban las huellas inconfundibles del fuego. Sobre la enorme pared que da sobre la calle Nogoyá se podía apreciar también una gran cantidad de impactos de bala de grueso calibre”.

Y aparecía también en los testimonios de vecinos: “Paralizados del horror, vimos cómo varios reclusos pedían socorro y sacaban los brazos por esas ventanas. Jamás olvidaré los gritos que proferían antes de morir quemados”, confió una vecina de Nogoyá al 4800. Rómulo Marineli: “Se desató un infierno de balas, muchas de las cuales se incrustaron en vehículos que pasaban por el lugar”.

La respuesta oficial se refleja en varios párrafos, e incluye a militares, policías, penitenciarios, jueces y bomberos:

“Acción de fuerzas del Ejército, que arribaron en tres vehículos de la Policía Federal, con patrulleros de las seccionales 42 y 43, un helicóptero, efectivos penitenciarios y autobombas del Cuerpo de Bomberos. Las primeras ambulancias llegaron a las 11.30”.

“(El Juez) Guillermo Rivarola recorrió el penal, según crónica del SPF junto con el Ministro de Justicia, Brigadier Auditor D. Julio Arnaldo Gómez, Director Nacional del SPF, Coronel (RE) D. Jorge Antonio Dotti y autoridades de la institución, quienes comprobaron que los muertos y lesionados lo fueron únicamente como consecuencia de quemaduras y asfixia, no existiendo ninguno con lesiones de bala. Asimismo, déjase expresa constancia que en los sucesos acaecidos no tuvo participación la población de internos alojados a disposición del Poder Ejecutivo Nacional”.

Aquí hay dos mentiras en un solo párrafo: que no había “ninguno” con heridas de bala, lo que desmienten los propios informes penitenciarios

que están en el expediente, y que no había presos a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, ya que al menos tres de los presos del pabellón séptimo (dos de los cuales fueron víctimas fatales), estaban detenidos de ese modo: Juan Carlos Giambarella, Luis María Canosa y Germán Jascalevich.

El único testimonio que recoge la situación de los presos o sus familiares refleja la brutalidad penitenciaria en el modo de relacionarse con los/as familiares: “Entre sollozos dijeron que sus hijos José Luis Rodríguez y Aníbal Aranda se encontraban detenidos en el pabellón incendiado. Tememos lo peor, dijeron, porque el guardiacárcel que nos obligó a alejarnos nos informó que en ese lugar no quedó nadie vivo” (11).

El jueves 16, las dos revistas de interés general más importantes anuncian en sus tapas, notas sobre Motín en Devoto (Gente), y El trágico motín de Villa Devoto (Siete Días). En las únicas dos páginas que lograron colarse en la edición, se hace referencia a un “levantamiento”. En las escasas veinte líneas que acompañan las fotos de los alrededores de la cárcel, y de las ventanas ennegrecidas por el humo, se dice que “las muertes se produjeron cuando los amotinados quemaron colchones y mantas para combatir los gases lacrimógenos y quedaron atrapados por el fuego”. No se sabe por qué fueron los gases, ni por qué los presos decidieron prenderse fuego. No se sabe, y tampoco se pregunta.

La nota va acompañada por el texto completo del comunicado oficial:

“Dado a las 14.12 del día martes 14”

“En el día de la fecha, siendo las 8.10 hs., en oportunidad de efectuarse una requisita en el pabellón N° 7 del Instituto de Detención de la Cárcel (sic) de la Capital Federal ‘U2’, donde se alojan detenidos procesados por delitos comunes, éstos trataron de sorprender al personal penitenciario atacándolo con distintos elementos, al no prosperar dicho intento, procedieron a trabar las camas contra las entradas del pabellón prendiéndole fuego a los colchones, generándose por tal motivo un incendio que abarcó la totalidad, en cuyo interior se hallaban alojados 161 procesados. Superado el incendio se pudo acceder al mismo, compro-

(11) Aranda falleció y Rodríguez sobrevivió.

bándose muertos y heridos entre los alojados detenidos cuya nómina se dará oportunamente a conocer. Los hechos mencionados motivaron la presencia del Ministro de Justicia de la Nación, Brigadier Auditor Julio Arnaldo Gómez, el Director del Servicio Penitenciario Federal, Coronel (RE) Jorge Antonio Dotti, y otras autoridades de las instituciones, quienes comprobaron en compañía del juez federal Guillermo Rivarola que los muertos y heridos lo fueron únicamente como consecuencia de quemaduras y asfixia, no existiendo ninguno con heridas de bala. Asimismo, déjase expresa constancia que en los presos amotinados no tuvo participación la población de internos alojados a disposición del Poder Ejecutivo Nacional”.

El comunicado de prensa se apura a aclarar que “sólo” se habían muerto presos comunes, y que no habían participado presos a disposición del Poder Ejecutivo Nacional —lo que, como ya dijimos, no era cierto—, y que no había heridos de bala —también falso—. Sobre este punto, no sólo era mentira, sino absurdo. ¿Cómo podía afirmarse, a seis horas de iniciados los hechos, que no había heridos de bala? El comunicado no hacía ninguna referencia a lo sucedido el lunes 13 a la noche, como si los presos hubieran enloquecido y se hubieran negado a la requisita sin motivo alguno.

El mismo jueves 16, Clarín sigue colocando la noticia en la tapa, pero más, abajo: “Son sesenta los muertos en Devoto. Dieron los nombres de 46 y de 75 heridos”.

En la página 11, bajo el título “Prisión para funcionarios”, se informa que el mismo juez en lo Criminal y Correccional Federal Dr. Guillermo Rivarola, que en tiempo récord había revisado todos los cadáveres, y por lo tanto podía afirmar, según el comunicado del SPF, que ninguno tenía disparos de bala, “ordenó prisión a dirigentes ferroviarios Gustavo Páez y Luis Zambón por infracción al art. 6 de ley 21.400, por convocar a un paro. La Fraternidad Seccional Castelar”.

En las páginas interiores se publican las listas de heridos y muertos, y se informa que habían sido heridos 5 agentes penitenciarios (ninguno de consideración).

El viernes 17 el tema desaparece de tapa. Las noticias son: el secuestro de Aldo Moro en Italia, la situación de Israel en el Líbano, un triunfo de

Racing que lo colocaba como único puntero en el campeonato Metropolitano que luego ganaría Quilmes por primera y única vez en su historia, y un choque entre colectivos.

En las páginas 18 y 19, se informa que se están realizando las autopsias. Radiolandia 2000 anuncia su nota de tapa: “El trágico motín en Villa Devoto”.

El sábado 18, la operación encubrimiento cuenta con dos elementos nuevos: en las páginas 16 y 17 se informa que las autopsias revelan que no hay disparos, aunque: “Se cumplen con dificultades toda vez que muchos cadáveres aparecen irreconocibles por efectos del fuego”. En las mismas páginas, en apenas dos líneas, se desmiente la información anterior: Fortunato Benaím, director del Instituto del Quemado declara que “Existen algunos heridos de bala en ese nosocomio”.

El diario refleja las explicaciones del Coronel Retirado Jorge Antonio Dotti, director nacional de SPF, quien había calificado de “pueril” el origen del “incidente”, “toda vez que admite como detonante el uso de un televisor”: “Uno de los detenidos, con ascendente sobre sus compañeros de prisión, mantuvo encendido un aparato difusor de imágenes hasta altas horas, en la noche precedente a la revuelta. Esto irritó a otros encausados, los que protestaron a gritos, motivando la intervención de los guardias. El hecho, una simple infracción disciplinaria, no pasó a mayores, disponiéndose que el causante del pequeño desorden cumpliera tres días de arresto en un calabozo. Pero al día siguiente, al intervenir personal del Instituto de Devoto para concretar el castigo, los demás encausados hicieron causa común con el penado, iniciando la quema de colchones. A esa causa, exclusivamente, dijo el Coronel Dotti, se debió la muerte de los encausados. O sea, por quemaduras o asfixia” aclara Clarín, por si hubiera quedado alguna duda en sus lectores.

Esta es una mentira infame, que se revela con sólo leer las declaraciones de los penitenciarios que participaron en el hecho de la noche del 13 de marzo. Hasta ellos describen una situación en la que Tolosa y sus compañeros veían una película en la televisión, sin ningún conflicto hasta que apareció un celador a las 23 o 23.30. Es absurdo el relato de Dotti, además, porque primero muestra a compañeros de Tolosa enojados por el

volumen con que éste veía la televisión, y luego, a esos mismos compañeros enojados, dispuestos a inmolarsé para salvarlo.

El domingo 19 el tema desaparece, de la tapa y de las páginas interiores. La única versión de los hechos es la oficial: un preso, de quien no se sabe el nombre, discute con sus compañeros porque no quiere apagar el televisor. Cuando lo vienen a buscar para aplicarle una pequeña sanción, esos compañeros con los que discutió se inmolan para evitar que se lo lleven, se incendian y se mueren quemados o asfixiados. Todo resuelto en cinco días. Fin del asunto para Clarín, hasta el 24 de marzo, cuando se informó sobre la conferencia de prensa convocada por el Coronel Dotti, en la que remarcó que “los pabellones de subversivos” no habían participado en los hechos, pero que “pese a ello”, “los subversivos hacen ‘campana difamatoria desde el exterior’, y realizan ‘campanas de captación entre los familiares de los comunes, que por suerte los repudian” (12).

El diario La Nación publicó en su tapa del 15 de marzo: “Motín de Devoto: habría 53 muertos: eran reclusos que provocaron un incendio tras un fallido ataque a guardias; hay, además, 70 heridos”.

En el cuerpo de la nota se describe “El más grave motín registrado en la historia de una cárcel argentina. Delinquentes comunes intentaron tomar como rehenes a unos 30 guardiacárceles que se proponían requisar un pabellón con 181 reclusos. El golpe falló y posteriormente se provocó un incendio en el pabellón mediante el uso de colchones de poliéster. El fuego resultó incontrolable y habrían perecido 53 internados, 70 resultaron con heridas como quemaduras, golpes y semiasfixia.

“(…) Pese al hermetismo del personal del SPF —sólo informaron mediante comunicados— y de la policía federal, puede efectuarse una reconstrucción de los hechos. Entre el vecindario del penal que conoce el origen de cada ruido o de cada cosa que fuera de lo habitual que ocurre en aquél, se comentó que alrededor de las 5 en el Pabellón Séptimo se había producido una silbatina, pero

(12) Dato proporcionado por Carlos Zamorano, dirigente de la Liga Argentina por los Derechos del Hombre, que generosamente compartió sus archivos para esta investigación.

la reacción no había pasado a mayores. A las 8.10 entraron unos 30 agentes del SPF para hacer la requisa de rutina pero inmediatamente fueron interceptados por un grupo de reclusos en su mayoría jóvenes con el claro propósito de tomarlos en calidad de rehenes. El pabellón es común, no tiene celdas ni compartimentos de castigo o de uso exclusivo de los reclusos”.

“Se produjo un ataque a los guardia cárceles, en el pasillo conformado por el espacio que media entre los baños y los comedores, facilitó a los agentes un repliegue rápido entre fuertes golpes y forcejeos de uno y otro lado hacia la salida para poder cerrar la puerta de rejas para impedir la evasión”.

En esta “reconstrucción” aparece la cuestión de la toma de rehenes, que no habría podido concretarse, y una supuesta evasión, también abortada, ya que el personal pudo salir y cerrar las rejas. Como ya veremos, ambas versiones son falsas de toda falsedad: ni hubo intento de tomar rehenes, ni de evasión. Y, una vez que la requisa ya estaba afuera —o sea, no había rehenes—, y con las puertas cerradas —o sea, sin riesgos de evasión—, y sin heridos por parte del personal, el asunto estaría terminado. Sin embargo luego “Se les arrojaron granadas lacrimógenas y vomitivas, lo que determinó que los presos colocaran colchones en las ventanas que rondaban el pabellón (10 en cada costado y 3 en el fondo). Los gases también constituyen un capítulo común en estos sucesos. Pero ayer los internos perdieron el control del fuego, se vieron superados por la cantidad de colchones que ardían, cortaron toda circulación del aire que les permite respirar, y el que les llegaba lo hacia con el humo en carácter de devolución, por así decir”.

Luego se hace mención a los “Intentos vanos de los guardiacárceles de abrir las puertas trabadas desde adentro (...) pasadas las 9 pudo intervenir el personal guardiacárceles”. No se entiende cómo estaban trabadas desde adentro las puertas, previamente cerradas con candados por parte del personal.

Sobre los disparos, se afirma en La Nación: “No hubo tiroteo. Las explosiones de las granadas de gases y algunos disparos de armas de fuego con propósitos intermediarios que se habrían efectuado dentro y fuera del penal dieron la sensación

de un tiroteo. Un comunicado oficial indica que no hubo heridos de bala de ninguna de las dos partes". (Alusión a "dos partes", pero como solía suceder en los llamados enfrentamientos entre fuerzas policiales, militares o penitenciarias y "subversivos" en la dictadura, y como aún sucede hoy, entre fuerzas de seguridad y "delincuentes", se trata de "dos partes" en un grado tal de desigualdad que, de un lado/parte hay al menos sesenta y un muertos, y del otro lado/parte, ninguno, ni siquiera un herido de consideración).

El día siguiente, La Nación reitera el comunicado del SPF, narrado de otra forma: "El luctuoso saldo fue como consecuencia del incendio que los propios presos provocaron, luego de amotinarse y de provocar al personal penitenciario que efectuaba una requisa de rutina, ante esa situación, el personal se replegó, impidiendo que los internos se apoderaran de los rehenes. (...) sofocado el fuego y controlada la situación se procedió a evacuar a los internos que habían sufrido quemaduras y principio de asfixia".

El jueves 17, el director de La Nación, Bartolomé Mitre, publica una nota editorial cuyo título es "Tragedia con poca información". Allí señala la falta de precisiones informativas sobre lo sucedido, y afirma que las únicas informaciones, "obtenidas malamente a través del ocasional testimonio de testigos y de los aterrados vecinos, no bastarán para aclarar el panorama que ofrecían las ventanas humeantes y enrejadas, y los gritos y tiroteos que se escucharon y las terribles visiones de algunos presos que intentaban evadirse del pabellón en llamas. Sólo la actitud penitenciaria federal pareció restar importancia al acontecimiento cuando en realidad conformó por sus características uno de los hechos más graves ocurridos en una unidad penitenciaria del país".

La información es confusa en todos sus datos: en cuántos presos había en el pabellón, en cuántos murieron, y de qué modo, en si hubo disparos o no, en que comisarías intervinieron, en la hora y frecuencia de los disparos. Lo que queda absolutamente claro es que la intención de las autoridades penitenciarias, militares y judiciales, fue cerrar rápido el expediente: incendio provocado por los mismos presos, luego de intentar agredir al personal, con el resultado de decenas de muertos por quemaduras y asfixia.

Los diarios del jueves 23 informan sobre conferencia de prensa convocada el día anterior por el director nacional del Servicio Penitenciario Federal, coronel (RE) Jorge Dotti. La Nación, que había reclamado por falta de información, publica una extensa nota: "Dotti arrancó explicando que la convocatoria estaba originada en algunos comentarios de medios señalando que se habían dado pocos detalles del caso. Dijo que habían emitido tres comunicados suficientemente explicativos, no obstante lo cual estaba dispuesto a hacer un minucioso relato para disipar dudas. Dijo que el 'episodio' del 14 tuvo su origen en 'una nimiedad que circunstancias desgraciadas hicieron que terminara en hechos lamentables'".

Dotti parecía hablar de un terremoto, o de otro tipo de hecatombe natural, no de la acción deliberada de sus subordinados.

"Detalló que la noche del 13, el jefe de turno, en recorrida de rutina, advirtió que un grupo estaba viendo televisión mientras otros reclamaban porque no podían dormir. Entonces, el jefe de turno solicitó a uno de los internos que apagara el televisor, a lo que se negó, 'a lo que se retiró del pabellón sin adoptar recaudo alguno'".

Como veremos más adelante, en este párrafo hay dos mentiras: no hubo recorrida del jefe de turno, sino irrupción de un celador; y no había presos "reclamando porque no podían dormir". Eso es tan increíble, que sólo puede decirse confiando en la impunidad que da el momento y la época, y la falta de interés que generó la muerte de comunes.

"Luego contó que, al día siguiente y tras requisa habitual, los integrantes del grupo penitenciario quisieron retirar al recluso que había cometido la falta, pero sus compañeros salieron en su defensa y pretendieron tomar algunos rehenes, actitud ésta que no tuvo éxito. Explicó que las requisas suelen estar a cargo de unos 20 hombres desarmados y que en el pabellón 7 había 161 reclusos".

También falso: no hubo intento de toma de rehenes, la resistencia no fue después de la requisa, sino durante, y había mucho más que "20 hombres desarmados", y menos de 161 reclusos, descontando los aproximadamente quince que habían salido a trabajar y a Tribunales.

"En su relato, detalló que, cuando se aguardaba el refuerzo, los internos formaron una barricada

contra la puerta, que se abre hacia adentro, colocando camas, colchones, almohadas, sábanas y otros elementos, al tiempo que ‘siguiendo lo que es una costumbre’, incendiaron todos los objetos”.

Por supuesto, Dotti no reconoce que su personal haya disparado con pistolas lanzagases y ametralladoras, lo que ese mismo personal cuenta en sus declaraciones.

“Dotti explicó que ya no hay colchones de lana en los pabellones, por razones de higiene, pero que los de poliuretano son muy combustibles, situación que generó una ‘inmensa hoguera pasadas las 8”.

El monólogo de Dotti continúa: “Dijo que, entonces, los reclusos advierten la gravedad de la situación e intentan apagar las llamas, sin éxito. Por su parte, ‘para controlar la situación’, los penitenciarios ‘tiran granadas lacrimógenas y luego vomitivas’, al tiempo que ‘pretenden sofocar el fuego, con dificultad, por encontrarse la puerta cerrada. El humo más el fuego generaron un gran número de muertos, unos por asfixia y otros por quemaduras’, apuntó”.

Este es un párrafo particularmente perverso: Dotti cuenta que los presos se están quemando vivos, y que en ese momento se le tiran granadas lacrimógenas y vomitivas para controlar la situación! Está revelando una masacre, pero a nadie le importó: ni al juez Rivarola que supuestamente estaba investigando, ni al resto de los jueces que tenían responsabilidad por la integridad física y la vida de presos a los que habían mandado a detener, y estaban alojados en ese pabellón. Menos aún, obviamente, al Poder Ejecutivo Nacional, a disposición de quien estaban al menos tres presos, dos de los cuales habían muerto el 14 de marzo.

“En otro tramo de la conferencia de prensa, destacó la excelente labor de los bomberos y las fuerzas de la Superintendencia de Seguridad. Agregó que, al controlar el fuego, los presos muertos eran 41 y que en todos los casos se trataba de presos por delitos comunes, ‘negando enfáticamente que hubiera subversivos”.

A los bomberos, como veremos más adelante, les prohibieron entrar cuando llegaron a las 9.15 de la mañana, así que no había ninguna labor para resaltar. El otro punto es muy importante, porque el énfasis en negar la existencia de “subversivos”

tenía una única razón de ser: que no se generaran repercusiones internacionales, que no hubiera reclamos de investigaciones, ni movilización de algún tipo, presuponiendo —lamentablemente, no le faltaba razón—, que la muerte de presos comunes no provocaría el mismo impacto que si se hubiera tratado de presos/as políticos/as.

“Acto seguido, fustigó duramente al ‘grupo de delincuentes subversivos actualmente en el exterior que efectúan una campaña difamatoria y tendenciosa contra el país’ y sostuvo que ‘en el ámbito nacional no existen detenidos políticos sino subversivos”.

Quizá este párrafo, además de ser el típico brulote militar, se explica porque había habido algunos reclamos, sobre todo en México, de parte de organizaciones solidarias. El 20 de marzo el Comité de Solidaridad con el Pueblo Argentino (COSPAL), dio una conferencia de prensa en el Distrito Federal, en la que su secretario de Relaciones Internacionales, Carlos González Gartland, denunció la represión en la cárcel de Devoto, y la muerte de sesenta presos “cuatro de ellos, presos políticos”. “No hay nada para pensar que no fue una ejecución masiva”, dijo. El 22 de marzo, el diario Uno más Uno había publicado una solicitada, firmada por cientos de exiliados, que decía así:

“Argentina

Ante los hechos ocurridos en la Cárcel de Villa Devoto. Los abajo firmantes, hacemos un llamado a todas las personas e instituciones que defienden la paz y los derechos humanos, con la finalidad de que hagan oír su voz ante la Junta Militar argentina, exigiendo:

1— Nómina de la población total de Villa Devoto (presos políticos y comunes).

2— Nómina completa de muertos y heridos en los hechos ocurridos el 14 de marzo de 1978.

3— Certificación por parte de la Cruz Roja Internacional, de la causa de los decesos.

4— Garantías totales para la integridad física de los detenidos sobrevivientes.

5— Formación de una comisión internacional de juristas que investigue los hechos”.

Lo que se pedía era sencillo y posible, aun en el contexto de una dictadura militar. Sin embargo, no se hizo: ningún juez ordenó que se tomaran esas medidas, y las autoridades militares se dieron por cumplidas con el listado de muertos.

La nota del diario La Nación continúa relatando los dichos del Coronel Dotti, responsable del SPF: “Consultado sobre los dichos de los vecinos que escucharon disparos, dijo que seguramente se debió a una confusión que atribuyó a las bombas de gases y al estallido de los colchones de poliuretano al incendiarse. En cuanto a los impactos de bala en los muros junto a las ventanas, respondió que son viejos, de hechos anteriores, que todavía no fueron arreglados por falta de recursos económicos, como los impactos en el frente del Ministerio de Economía en Plaza de Mayo”.

Parece una burla, y lo es. Trágica e impune burla.

“Preguntado por las demoras en combatir el fuego, Dotti explicó que se debió a que la puerta y las camas utilizadas para la barricada estaban ‘al rojo vivo’ (... y porque no dejaron ingresar a los bomberos, quizá. O porque actuaron de modo

criminal)... y destacó que algunos internos colaboraron para despejar la puerta. El pabellón mide 15 por 30 metros y estimó el exceso de internos en un 25 por ciento” (Falso: la sobrepoblación era del ciento setenta y cinco [175] por ciento: con una capacidad para sesenta, en el pabellón vivían ciento sesenta y una personas hacinadas).

“Por último, mencionó un intento de captación, por parte de ‘subversivos y familiares de subversivos,’ dirigido hacia familiares de presos comunes, ‘que repudian esos hechos en su gran mayoría.’ Hasta ayer, 61 muertos y 84 internados en hospitales y el penal”.

Ninguna persona fue procesada por las muertes en el Pabellón Séptimo. Y mucho menos que ninguna, el Coronel Dotti, que tanto y tan descaradamente mintió en su conferencia de prensa (13).

(13) El 25 de marzo de 2013 un sobreviviente de la Masacre en el Pabellón Séptimo se presentó ante el Juzgado Federal N° 3 solicitando la reapertura de la causa judicial. La presentación ante el Juzgado Federal N° 3 se funda en que es donde se está desarrollando la megacausa sobre el Primer Cuerpo del Ejército, zona de la que dependía la Unidad 2 de Devoto.

Hecho del 6 de mayo de 1990 en la Cárcel de Olmos (Servicio Penitenciario Bonaerense)

Tipo de hecho	Presos muertos	Penitenciarios muertos	Causa de las muertes
Conflicto/ represión ilegal	35	0	Fuego/falta de oxígeno

Todos los muertos vivían en el Pabellón Séptimo, y estaban considerados como de “excelente conducta, e inclusive muchos de ellos estaban trabajando voluntariamente en la reforma edilicia de la cárcel”, dice un artículo del diario Clarín del 17 de octubre de 2005, dos días después de la masacre de la cárcel de Magdalena. Estas notas son una constante luego de cada hecho grave de violencia en una cárcel. aunque el medio lo titule “tragedia”, luego lo incluye en una lista bajo la denominación genérica de “motines”: “Tragedia en la cárcel: el de ayer fue uno de los más cruentos. Los motines, una constante histórica”. Sobre las causas por las que esos hombres trabajadores y de buena conducta terminaron muertos en su pabellón, dice el diario: “aparentemente la

tragedia comenzó a raíz de una pelea entre dos presos. Cuando un guardiacárcel, a través de la reja, les ordenó que dejaran de pelearse, uno de los presos le dio una trompada. El penitenciario fue a buscar ayuda de otros guardas, y mientras tanto los detenidos bloquearon el acceso al pabellón con colchones. Un calentador —algunas versiones dijeron que fue arrojado intencionalmente sobre los colchones, otras que se trató de un accidente originado por el desorden que había el pabellón— inició el fuego. Los 45 presos del pabellón quedaron atrapados y sin posibilidad de salida, trataron de refugiarse en la parte posterior, pero allí sólo había dos ventanas pequeñas. Murieron 35 internos asfixiados, y los diez restantes debieron ser internados”.

Como en otros casos, el relato deja muchas preguntas sin respuesta. ¿Por qué los presos prendieron fuego a colchones que, como reiteradamente han denunciado, entre muchos otros, Elías Neuman y Eugenio Zaffaroni, son peligrosos y causan muertes evitables?

Neuman ha escrito: “Mueren presos por incendio de colchones, generalmente de poliuretano, que estallan como bolas de fuego al encenderse y despiden un gas denso e irrespirable” (14).

(14) Neuman e Irurzun, *La sociedad carcelaria*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1990, pág. 33.

Zaffaroni ha presentado proyectos de ley, para obligar a las autoridades penitenciarias a usar sólo colchones ignífugos. Sin embargo, no parece ser el único problema. ¿Por qué presos que, según la información, tenían buena conducta, reaccionaron violentamente al pedido de que no se peleen? ¿De qué modo se habrá hecho ese pedido? ¿Cuánto hartazgo tiene que tener un sujeto, o varios, cuántas humillaciones soportadas, cuántos golpes, insultos y castigos como para estallar, y protestar de un modo que pone en riesgo su propia vida? ¿Cuánto temor provocan las requisas brutales, como para que intente desesperadamente frenar esa represión?

Hecho del 16 de octubre de 2005 en la Unidad 28 de Magdalena (Servicio Penitenciario Bonaerense)

Tipo de hecho	Presos muertos	Penitenciarios muertos	Causa de las muertes
Conflicto/ represión ilegal/ masacre	33	0	Fuego/falta de oxígeno

El domingo 16 de octubre era el Día de la Madre. Los presos de Magdalena, como los de tantas otras cárceles, esperaban la visita de sus familias para compartir los festejos de esas fechas, especialmente difíciles para vivirlas de ambos lados de la reja. En los pabellones se preparan tortas, o regalos sencillos, o se encarga a algunos/as de quienes vendrán a la visita, que traiga algo especial para homenajear a la madre de la familia. En eso estaban los presos del pabellón 16 de la cárcel de Magdalena, hasta que se desató lo que los diarios del día siguiente llamarían alternativamente “motín”, “incendio”, “horror”, “tragedia” o “infierno”.

La explicación de qué fue lo que sucedió incluyó la versión penitenciaria de la pelea entre presos, la represión mínima, el descontrol, la quema de colchones y la autoinmolación: el diario Clarín recoge esa versión oficial, el sábado 22 de octubre, cuando ya habían sido publicados los testimonios de los presos sobrevivientes, vecinos de los muertos en el Pabellón 16: “El subprefecto Miguel Montoya, a cargo del penal la noche de la tragedia, dio ayer su versión a Clarín: ‘Fuimos al pabellón 16, se efectuaron disparos para que dos internos cesaran una pelea y uno prendió fuego a un colchón. El personal se replegó y comenzaron a salir los internos. Pero algunos quedaron adentro, no sabemos

por qué. Quizá se intoxicaron, pero la puerta no se cerró”. Todos los presos que a riesgo de su propia vida intentaron salvar a los del pabellón 16, dicen lo contrario, en una nota que se titula “Tragedia en Magdalena: cómo se vive hoy en la cárcel del infierno” (22/10/05). La fuerza y la verdad de las palabras de los presos testigos de la masacre torna innecesario agregar más palabras: “El sábado estaban mirando televisión cuando todo empezó. Algunos preparaban manualidades para la esperada visita del Día de la Madre, la mañana siguiente. Otros estaban tirados en las camas, separadas del resto del pabellón por sábanas colgadas. En eso empezaron los gritos del otro lado, los disparos de los guardias y todos se largaron a toser. El techo del pabellón 15 todavía sigue negro, justo sobre las camas, por el humo que entró en ese momento. ‘Se apagó la luz y empezamos a gritar. Tardaron 20 minutos en abrirnos la puerta de atrás’ (...) ‘Salimos y ahí nos redujeron.’ Cuentan que 20 guardias armados los apuntaron en el patio, pero que ellos igual saltaron al techo del pabellón 16, desde ahí a un patio y así llegaron al muro para hacer agujeros con los matafuegos, que no andaban. ‘Ahí fue cuando desde las garitas nos entraron a disparar’, cuenta otro detenido. ‘Pero yo veía que los pibes sacaban los brazos por las rejas y estaban negros, y nos pedían agua’, recuerda. ‘Abrimos las mangueras

y no salía agua, no salía nada, don', relata otro joven, un procesado por robo agravado. 'Ahí pasamos estos bancos y empezamos a darle a las paredes' (...). Todos coinciden en que las puertas del pabellón 16 habían sido cerradas con candado por un guardia, algo que el Servicio Penitenciario niega. También, que los abandonaron. 'Sólo cuidaron a los bomberos, que no querían entrar allí. Nos daban las mascarillas a nosotros. Yo entré y encontré a un compañero en el piletón, con la canilla abierta, y del agua salía vapor', cuenta un detenido. 'No me olvido más.' 'Estuvimos sacando cuerpos hasta las 2.30. Los agarrábamos y nos quedábamos con la piel en la mano. Los guardias desaparecieron', relata otro. Los presos juran que luego les entregaron la cárcel buscando que armaran un motín, mientras que el Servicio dice que el penal 'fue tomado'. Lo cierto es que en esas horas en libertad en prisión, los detenidos no se agredieron entre sí" (15).

Del mismo modo que los conflictos en las cárceles se resuelven con violencia, y con la producción de un daño mucho mayor que el que supuestamente se pretende evitar (lo que reconoce tranquilamente el funcionario de Magdalena, al que le parece normal entrar tirando tiros a un pabellón porque dos presos se están peleando); a las víctimas y sobrevivientes de una masacre, no se las reconoce como tales. En primer lugar, no hay protección de su integridad física, considerando que tienen mucho para decir, y razonable temor a declarar, ya que siguen en manos de los funcionarios que podrían señalar. Y mucho menos, quizá pueda considerarse un lujo innecesario, se les brinda desde alguna oficina pública algún tipo de acompañamiento psicológico, de contención emocional, o de seguimiento para ver cuánto sufrimiento padecen por haber visto a decenas de compañeros morir calcinados o asfixiados. Uno de los testigos confesaba al periodista que es posible más horror después del horror: "peor es lo que pasa ahora. Viene la requisa a las 2 o 3 de la mañana y nos rompe todo, nos mezcla la ropa para que nos peleemos y nos provoca para que reaccionemos ... nos ofrecen traslados todo el tiempo, para separarnos y que no hablemos. Acá estamos unidos, pero hay pibes que están mal. Agrega que muchos estuvieron vomitando varios días. Que a la noche, cuando apagan las luces, les parece escuchar del otro lado los gritos de ese sábado. 'Yo no sé si me

voy a ir vivo o muerto de acá, por lo que vimos. Pero sí sé que voy a pensar en cada Día de la Madre hasta que me muera', concluye otro preso" (16).

El caso de Magdalena logró la inmediata atención de un organismo público como la Comisión Provincial de la Memoria, que pudo reunirse con el entonces presidente Néstor Kirchner el martes 18, dos días después de la masacre. A partir de esa entrevista, el entonces gobernador de la provincia de Buenos Aires, Felipé Solá, ordenó la intervención del penal. La nota de Horacio Verbitsky que relata ese encuentro menciona una anécdota que habría contado Kirchner, de sus épocas de gobernador de Santa Cruz: "Se escaparon dos presos de una comisaría porque les abrieron la puerta en un incendio. Tardamos dos meses en encontrarlos y tuve que pagar el costo durante esos dos meses. Pero con la gente viva, todo se puede rever" (17).

Este relato, efectuado en ese contexto y ante ese auditorio, debería haber sido una palabra de autoridad ineludible. En la aparente sencillez del relato, daba varios indicios políticos, éticos y de respeto real a los derechos humanos: no hay nada más importante que la vida de las personas, de todas, aun de las que prenden fuego, aun de las que cometen un delito, aun de las que se quieren fugar. Mantener encerradas a personas que corren riesgo de morir quemadas y/o asfixiadas, bajo el pretexto de que si se abre la puerta se pueden escapar, no es aceptable en ninguna situación y en ningún contexto, en un Estado que se pretende democrático. Y mucho menos, si además no se hace nada para apagar ese fuego: ni se tira agua, ni se utilizan matafuegos, ni se busca ninguna otra manera de apagar un incendio.

Dos años después, un grupo de detenidos y detenidas publicó un documento con el título "El silencio te mata, también", donde denunciaban que "Muchos medios de prensa, aún hoy siguen hablando del 'motín de Magdalena', jamás de masacre, jamás de homicidio, nunca de irresponsabilidad civil, del fracaso de estas cárceles rehabilitadoras y aún persisten con ganas de construir más y erradicar por completo a los pobres. Nosotros los SIN VOZ, los mismos pobres de siempre, no

(16) Barbano, *ibídem*.

(17) Verbitsky, Horacio, Buitres, recuadro en la nota de Cecchi, Horacio, Intervención después de 32 muertes, Página 12 del martes 18 de octubre de 2013.

(15) Rolando Barbano, Tragedia en Magdalena: cómo se vive hoy en la cárcel del infierno, Diario Clarín, 22 de octubre de 2005.

olvidamos que el discurso periodístico absorbe la voz oficial o policial. Los medios de comunicación manipulan la realidad pero no la pueden cambiar. De nosotros nada se sabe, se nos estigmatiza y el carácter de ciudadano nos esquivo, afuera y adentro, nos aleja de la sociedad, parecemos actores de una película de terror, donde hasta nuestros

movimientos son deshumanizantes. Quizá para esta sociedad los presos somos marcianos que venimos de otro planeta” (18).

(18) Documento detenidas y detenidos al cumplirse el 2do. Aniversario de la Masacre de Magdalena, archivo personal de la autora.

Hecho del 4 de noviembre de 2007 en el Penal de Varones de Santiago del Estero (Servicio Penitenciario de Santiago del Estero)

Tipo de hecho	Presos muertos	Penitenciarios muertos	Causa de las muertes
Protesta/ represión ilegal/masacre	34	0	Fuego/falta de oxígeno

Pocos días después de que se emitiera el comunicado referido a la Masacre de Magdalena, sucedió otro hecho similar, prácticamente calcaado, en el Penal de Varones de Santiago del Estero. La disparidad entre las provincias, la inexistencia de algún organismo de derechos humanos que se hiciera cargo del tema, la falta de recursos de todo tipo de los familiares, como para encabezar una batalla por sus derechos, condenó a esta nueva masacre a un olvido todavía mayor.

Al día siguiente del hecho, se usó la palabra “motín”, que no se había utilizado dos años antes para definir lo sucedido en Magdalena: “Un sangriento motín en Santiago provocó al menos 29 muertos”. Y en la bajada: “Todo se inició con un intento de fuga en un pabellón de procesados. Quemaron colchones y eso habría provocado la asfixia de los internos” (19). También resulta interesante observar en qué parte del diario se publica esta nota: en “Policiales”.

Los funcionarios que hablan se refieren a “situación desgraciada” (subsecretario de Justicia, Santiago Nassif, que relata una cosa y concluye otra: “los presos reclamaban una mejora en el horario de visitas, agilización de causas penales y modificación en el régimen carcelario. Se trató de un motín con intento de fuga”) y “tragedia” (subsecretario de Desarrollo Social, Horacio Lugones, quien además, aclara: “tenemos un *stock* de 100 cajones pero no creo que hagan falta tantos”).

A lo largo de la nota aparecen otros datos: la unidad tenía lugar para 180, pero había 465 presos, los bomberos tardaron más de una hora en extinguir el fuego, todos los presos eran procesados.

Al día siguiente, 6 de noviembre, ya no se tituló como motín, sino como “tragedia” para Clarín, mientras que el diario Perfil, que seguía refiriéndose a un “trágico motín”, al mismo tiempo informaba que un “Sacerdote denunció que hubo una ‘brutal represión’”, y que el trato “indignante” que los penitenciarios habían dado a las mujeres que fueron de visita el domingo había sido lo que había provocado la protesta de los presos, contradiciendo así la fábula del “motín para fugarse”.

Un día después, el 7 de noviembre, Clarín usa el término motín, pero con un sentido más ajustado a la realidad, aunque seguramente sin intención: “Motín en Santiago del Estero. Los guardiacárceles se autocuartelaron y se niegan a trabajar”. Eso, según se informa, porque no aceptaron el envío de penitenciarios federales, en lo que se entendía —y era— una virtual intervención. Este rol del Servicio Penitenciario Federal, entendido como “fuerza federal de intervención” en las cárceles provinciales, a partir de una pretendida excelencia y formación profesional, se repite cada vez que hay un conflicto en alguna provincia. Sucedió en Mendoza, cuando fue denunciada ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos por la sucesión de muertes ocurridas en sus cárceles (20), y en Río Negro, cuan-

(19) Rodríguez, Julio, Sangriento motín en Santiago provocó al menos 29 muertos, Clarín, 5 de noviembre de 2007.

(20) Ver: Caso de las Penitenciarías de Mendoza, en www.corteidh.or.cr.

do se intentó organizar un servicio penitenciario provincial, echándose mano de penitenciaros federales retirados.

En la misma nota, se hace referencia a amenazas previas que habrían recibido algunos de los presos, y de las que estaban enteradas sus familias. Los presos amenazados eran los que vivían en el barrio Pacará. María Josefina Sosa era tía de un muchacho de 27 años, al que le faltaba un mes para salir en libertad. Ambos vivían en el Barrio Pacará, y ella había fundado la asociación “Madres Unidas del Barrio Pacará” para luchar “contra el hambre, la discriminación y el atropello policial”, además de ser la secretaria de Derechos Humanos de la Central de Trabajadores Argentinos de Santiago del Estero. Llorando, le decía al periodista de Página 12: “Los han matado. Les estaban pegando desde una hora antes de la visita. No hubo intento de fuga, ésa es la mayor mentira. Los han matado. Ni los animales son capaces de hacer una masacre semejante. No hubo motín, no había nada preparado. Ni fuga ni nada. Ellos tuvieron que reaccionar porque la famosa patota los estaba castigando. Y ni hablar del trato que recibíamos nosotros, los familiares, en la requisa previa a la visita. Nos hacían acostar sobre una mesa, nos hacían abrir las piernas para ver si llevábamos droga dentro nuestro. Había droga en el penal, pero era la que vendían ellos. ¿Dónde están nuestros derechos humanos, dígame usted?” (21).

V. Observaciones finales

Recorrer las notas de los diarios luego de cada episodio sucedido en cárceles permite encontrar relatos similares, y denominaciones parecidas: “motines”, “disturbios”, “levantamientos”, “desórdenes”, en menor medida “reclamos” y “protestas”. Pocas veces se averigua el porqué de los hechos que, salvo muy escasas excepciones, sólo arrojan víctimas del lado de presos y presas.

En la cárcel, en las cárceles, suceden hechos violentos cotidianamente. Involucran a una persona, a varias, a un pabellón entero, a un familiar, a varios. El listado de violencias que suceden sería interminable. Sin embargo, lo que nos interesa destacar en este punto es cómo se construye la noción de “motín”, en situaciones que son diversas, con motivaciones de todo tipo,

(21) Rodríguez, Carlos, “Nos hacían abrir las piernas para ver si llevábamos drogas”, Página 12, 6 de noviembre de 2007.

con participación de presos/as conflictivos/as o de “buena conducta”, en cárceles de máxima seguridad o mínima, trabajadores/as habitantes de pabellones de “autodisciplina” o inmersos/as en un ocio obligado y nocivo. No son todos los presos monstruos violentos a los que les gusta prenderse fuego, para morir de ese modo horroroso. Las notas periodísticas, que alternativamente llaman motín, o tragedia, horror, protesta o disturbio, sobrevuelan las motivaciones de esos hechos que, como se ve en el cuadro que sigue, provocan la muerte de presos en una proporción de 9 a 1 con respecto del personal a cargo. Hablamos de personas que están en el mismo espacio físico, personas que, según la información que difunde el personal penitenciario luego de cada hecho, corrieron riesgo en forma similar.

El cuadro que presentamos resume los hechos violentos sucedidos en cárceles, tanto federales como provinciales, desde 1962 a 2012, en los que se hayan producido muertes como consecuencia de una situación en la que se involucraron más de dos personas. Por lo tanto:

1) No están incluidos los hechos y las muertes que se han dado en otro tipo de instituciones como comisarías, institutos de menores, centros de atención para adictos, psiquiátricos, y cualquier otro lugar de encierro. Durante los últimos diez años han sido particularmente graves los reiterados episodios que se dieron en comisarías, con resultado de muerte de decenas de personas, la mayoría jóvenes, también a partir de situaciones de abuso y falta de atención a los reclamos. Son gravísimos, y en muchos de ellos han sido asesinados niños, o sea, personas menores de 18 años. Pero no son objeto de esta investigación, por eso no los incluimos.

2) No se registran las muertes violentas y/o dudosas, incluidas las denominadas “suicidios”, producidas en situaciones individuales o en las que participaron un máximo de dos personas, y por lo tanto, no son considerados hechos con participación colectiva (22).

(22) Desde el año 2005, el Centro de Estudios en Política Criminal y Derechos Humanos (CEPOC, ver en www.cepoc.org.ar) realiza un “Registro de muertes violentas y/o dudosas en lugares de encierro”, que arroja los siguientes totales. Año 2005: 198; Año 2006: 86 Año 2007: 93; Año 2008: 77; Año 2009: 80; Año 2010: 44; Año 2011 no se registró, Año 2012: 42.

Casos de hechos con participación colectiva con resultado de muertes en cárceles de la República Argentina. Período 1962 a 2012

Número	Fecha	Tipo de hecho	Unidad penitenciaria	Jurisdicción	Cantidad muertes	Presos	Personal	Causa de las muertes
1	18/12/62	Intento de Fuga/ Motín parcial con toma rehenes/ Represión ilegal	U.2 Devoto	SPF	24	15	9	Disparos de armas de fuego
2	14/3/78	Protesta/ Masacre	U.2 Devoto	SPF	64	64	-	Fuego y falta de oxígeno
3	6/5/90	Conflicto/ Represión ilegal	U.22 Olmos	SPB	35	35	-	Fuego y falta de oxígeno
4	25/7/91	Protesta/ Represión ilegal	U.13 Sta. Rosa, La Pampa	SPF	12	12	-	Fuego y falta de oxígeno
5	23/11/93	Protesta/ Represión ilegal	Penal Julio Herrera	Serv. Penit. Catamarca	13	13	-	Fuego y falta de oxígeno
6	7/4/96	Motín parcial con toma rehenes	U.2 Sierra Chica	SPB	8	8	-	Heridas cortopunzantes
7	1/5/04	Conflicto/ Represión ilegal	Col. Penal Gustavo André	Serv. Penit. Mendoza	5	5	-	Fuego y falta de oxígeno (4) Heridas cortopunzantes (1)
8	1/1/05	Conflicto	U.22 Olmos	SPB	6	6	-	Fuego y falta de oxígeno
9	10/2/05	Intento de fuga/ Protesta/ Represión ilegal	Cárcel de San Martín	Serv. Penit. Córdoba	8	5	3 (2 penit. 1 policía)	Disparos de armas de fuego (6) sin especificar (2)
10	12/4/05	Conflicto	Cárcel de Coronda	Serv. Penit. Santa Fe	13	13	-	Heridas cortopunzantes
11	16/10/05	Protesta/ Represión ilegal/ Masacre	U.28 Magdalena	SPB	33	33	-	Fuego y falta de oxígeno
12	4/11/07	Protesta/ Represión ilegal/ Masacre	Penal Varones	Serv. Penit. Sgo. del Estero	34	34	-	Fuego y falta de oxígeno
Total					255	243	12	

La proporción es abrumadora: pese a compartir un mismo espacio físico, del total de muertos, un 94 por ciento son presos y sólo hubo muertos del lado de los funcionarios, en el 16,6 por ciento de los casos (dos sobre doce). Las muertes producidas por efecto del fuego y de la falta de oxígeno son el 78 por ciento del total (doscientas una sobre doscientas cincuenta y cinco). Como ya dijimos,

los colchones de gomaespuma son un problema, pero no el único, ni la única explicación a las muertes en el encierro. Sólo en dos casos el origen del hecho fue un intento de fuga (16,6 por ciento del total), y en un caso, puede hablarse de un motín en sentido estricto (caso Sierra Chica). En los casos en los que hubo protestas (siete sobre doce casos, 58 por ciento), se trataba de situaciones perfectamen-

te atendibles: el maltrato a familiares, las requisas violentas, el intento de castigar a uno o varios presos. De igual modo, en los casos en los que hubo conflictos entre presos (tres sobre doce, 25 por ciento). Cada uno de estos hechos podría haberse resuelto de modo pacífico, respetando la vida por encima de cualquier otro bien. Por el contrario, el modo en que se resolvió enfrentar cada situación transformó lo que se llamó motín o tragedia en masacre, entendida ésta como el asesinato de personas indefensas, o incapaces de defenderse, o en una brutal disparidad de poder. Eso es lo que sucede cuando se encierra a personas que se están prendiendo fuego y se las deja morir.

En los cuatro hechos más graves de la historia argentina: 14 de marzo de 1978, Cárcel de Devoto, dependiente del Servicio Penitenciario Federal, 64 muertos; 6 de mayo de 1990, Cárcel de Olmos, dependiente del Servicio Penitenciario Bonaerense, 35 muertos; 15 de octubre de 2005, Cárcel de Magdalena, dependiente del Servicio Penitenciario Bonaerense, 33 muertos; 4 de noviembre de 2007, Penal de Varones de Santiago del Estero, dependiente del Servicio Penitenciario de Santiago del Estero, 34 muertos; el total de 166 personas murió dentro de los pabellones o como consecuencia de las heridas provocadas mientras estaban allí.

En los cuatro casos, no hubo muertes del lado del personal penitenciario, ni heridos. Tampoco

padeció consecuencias ninguna persona —jueces/zas, funcionarios políticos, visitantes, familiares— ajena al conflicto.

En los cuatro casos, no estuvo en peligro la seguridad de cada una de las cárceles, ni hubo intentos de fuga. Reiteramos: las víctimas sólo fueron los presos, y siempre estuvieron detrás de las rejas, encerrados, quemados vivos, y asfixiados. No se les abrieron las puertas, no se intentó apagar el fuego, no se los quiso salvar. Se los dejó morir. En los cuatro casos. Y de cada una de esas muertes es responsable el Estado. La muerte de una persona en un lugar de encierro siempre es responsabilidad del Estado, por acción o por omisión. El Estado tiene un deber de garante, y es responsable de la vida y de la integridad física de las personas que decide privar de libertad.

En los cuatro casos, también, las primeras informaciones publicadas en los diarios aludieron a un “motín”.

Inclusive, durante años, se llamó “motín de los colchones” a lo que fue la Masacre en el Pabellón Séptimo, en la que no sólo murieron encerrados, por efecto del humo y el fuego, sino que a varios de ellos los remataron con disparos en la cabeza, cuando intentaban respirar aire puro por las ventanas, o correr desesperados hacia el fondo del pabellón. ♦

.....

PÁGINAS CLÁSICAS



Aspectos jurídicos de la marginalidad social

POR HELENO CLAUDIO FRAGOSO

Sumario: I. Introducción.— II. Marginalidad y delincuencia.— III. Marginalidad y justicia criminal.— IV. Derecho criminal y marginados.— V. Menores desadaptados.— VI. Enfermedades mentales.— VII. Marginalidad de la mujer.— VIII. Memorias étnicas y culturales.

I. Introducción


1. El examen de los aspectos jurídicos de la marginalidad social tiene que ser iniciado estableciéndose su alcance y significado, para delimitar y caracterizar en forma precisa el objeto de nuestro trabajo.

El concepto de marginalidad es una materia controversial que compete a los sociólogos. El esquema presentado en el comentario oficial del tema del Congreso fue objeto de crítica por parte de varios participantes, algunas de ellas hasta exaltadas, partiendo de diversas concepciones ideológicas. El comentario se refiere a la marginalidad como fenómeno general en cualquier tipo de sociedad donde exista un mínimo de coherencia política y cultural que constituya una fisonomía social determinada que se convierte en el parámetro para la identificación de los descañados. De ahí que Tosca Hernández (*La marginalidad social en el Noveno Congreso Internacional de Defensa Social*) haya creído que se hizo una delimitación artificiosa de los hechos que se señalaban como manifestaciones de marginalidad social, por la ahistoricidad atribuida al fenómeno que no implicaría en su génesis, en la conceptualización presentada, la sociedad en que se manifiesta.

Indudablemente, la expresión puede ser utilizada en diversas acepciones. El maestro José

Rafael Mendoza (*Sociología descriptiva de la marginalidad de la población indígena y de las áreas periféricas de las ciudades latinoamericanas*) afirma que toda sociedad y toda época conocen hombres que se apartan individualmente o en grupos delimitados de lo que es aceptado por la mayoría, de lo que es considerado correcto, formando grupos o agrupaciones sociales al margen de los beneficios característicos de la vida moderna. Leszek Lernell (*Social marginality and justice*) señala igualmente que en toda sociedad (con excepción de las sociedades homogéneas primitivas) siempre aparece algún fenómeno de marginalidad social. Pero advierte que existen marginalidades sociales institucionalizadas y no institucionalizadas con diferentes tipologías de marginales.

2. La expresión “marginalidad social” ha sido empleada para distinguir a las personas que se sitúan en los límites o fuera del sistema social aceptado por la mayoría (Escuela de Chicago). Son grupos marginales aquellos formados por las poblaciones pobres en la periferia de las grandes ciudades, como resultado del impresionante fenómeno de urbanización (junto con otros factores) característico de las modernas sociedades industriales (1). La marginalidad social todavía no se limita a ciertas áreas geográficas. Ella caracteriza los estratos más bajos de la población que participan en forma precaria en la producción de bienes y que por ello se sitúa al margen de los beneficios que proporciona la vida moderna y de sus centros de decisión.

(*) Relato oficial de  Congreso Internacional de Defensa Social (Caracas, agosto de 1976). Publicado en *Nuevo pensamiento pena*. Revista de derecho y ciencias penales, fundada por Luis Jiménez de Asúa, director: Ricardo C. Núñez.

(**) Profesor de Derecho Penal (Río de Janeiro, Brasil).

(1) La población urbana del continente pasó del 29,5% en 1925 al 51,4% en 1965. Cf.: KOWARICK, Lucio, *Capitalismo e marginalidade na América Latina*, Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1975, p. 128.

3. En la interpretación del fenómeno existen diversas posiciones ideológicas. Por una parte, se presenta la marginalidad como disfunción de la estructura social vigente, que sería capaz de incorporar a los grupos marginales, si éstos estuviesen en capacidad de obtener bienes materiales y culturales y de participar en las decisiones (2). Por otra parte, están los que entienden ser la marginalidad inherente al sistema capitalista, no siendo el resultado de una mera disfunción del sistema. Como afirma, por ejemplo, Lucio Kowarick, ella sería el resultado de las estructuras societarias de carácter global, las cuales traen en su esencia un conjunto de contracciones de expresiones múltiples, entre las cuales se sitúa la propia Marginalidad Social. La participación social que no se realiza y de la cual están excluidos los marginados sería así la resultante del sistema que la crea, no siendo, pues, necesariamente disfuncional para el sistema.

4. El debate sociológico se sitúa más allá de los límites de este trabajo. Dándose a la expresión “marginalidad social” su sentido propio, se trata aquí de examinar los aspectos jurídicos que, como problema social y criminológico, presentan los grupos y los individuos marginados por la estructura socio-económica de la comunidad. En un sentido más amplio y figurado, se puede hablar de marginalidad en determinado contexto social para designar las situaciones de excepción, en lo que respecta a otras consideradas generales y dominantes. La enunciación hecha al final de los comentarios oficiales demuestra que la marginalidad social está entendida en sentido amplio, por cuyo motivo, cuando sea oportuno y pertinente la consideraremos de la misma manera.

II. Marginalidad y delincuencia

5. Se presentan como marginados frente a los valores que inspiran la realización de la justicia criminal quienes realizan hechos que la ley define como penalmente ilícitos y que constituyen en momento dado la criminalidad aparente. Como se sabe, la criminalidad desconocida, junto con la criminalidad conocida pero no denunciada, es más extensa y seria que la criminalidad aparente

(2) Es el modelo DESAL (Centro para el Desarrollo Económico y Social de América Latina). Cf.: Marginalidad en América Latina: un ensayo de diagnóstico, Herder, Barcelona, 1969.

(3). Esta constituye, en forma paradójica, el resultado de un proceso de marginalización realizado, con sus injusticias y desigualdades, por el sistema de justicia criminal.

Debe tenerse presente que la criminalidad no es el Privilegio de personas que integran grupos marginados o considerados marginales. La identificación de criminoso y marginal resulta del hecho de ser alcanzados por la justicia principalmente los pobres y los desamparados que llenan las prisiones y constituyen la clientela del sistema. El derecho penal es realmente el derecho de los pobres, no porque los tutela o protege, sino porque sobre ellos exclusivamente hace recaer su fuerza y su dramático rigor (4). La experiencia demuestra que las clases sociales más favorecidas son prácticamente inmunes a la represión penal, librándose con facilidad en todos los niveles, inclusive por la corrupción. Los habitantes de los barrios pobres son los que están en la mira del aparato policial-judicial represivo, y que al ser atrapados son virtualmente masacrados por el sistema. Los que habitan en los ranchos (cordones de miseria) son comúnmente víctimas de prisiones ilegales en las aparatosas operaciones policiales colectivas realizadas en esos lugares, muchas veces por el simple hecho de no llevar la cédula de identidad o registro de trabajo. Sólo los pobres son detenidos por vagancia y son ellos el blanco preferido de la violencia policial. Los que cometen actos delictivos en el mundo de los negocios (*white collar*) ni siquiera son considerados criminales (5). Sólo los marginados están en las cárceles porque los ricos se libran de ellas. La administración de la justicia criminal constituye el aspecto más dramático de la desigualdad de la justicia, siendo en ella puramente formal y totalmente ilusorio el principio de igualdad de todos ante la ley, dogma de los regímenes democráticos. Según dice María Los en su ponencia al Congreso (*Law and social relationship*), el derecho participa con otros mecanismos de control, de la tendencia a ser gobernado por prejuicios y estereotipos socialmente condicionados. Como uno de los mecanismos de control

(3) LOPEZ-REY, Manuel, *Analytical appraisal*, Praeger Publishers, New York - Washington, 1970, p. 99.

(4) NOVOA MONREAL, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, Siglo XXI Editores, México, 1975, p. 25.

(5) YOCHELSON, S. y SAMENOW, S. E. *The criminal personality*, I, Jason Aronson. New York, 1976, p. vro.

social, el derecho también tiende a atacar los desvíos de la norma social que están más expuestos y, por ende, sin defensa.

El crimen constituye fenómeno general en la sociedad y es falso identificarlo con la marginalidad social.

III. Marginalidad y justicia criminal

6. Debe hacerse algunas observaciones a la estructura y al sistema de justicia criminal, así como a la actuación del derecho penal como instrumento de marginalización.

Francisco Muñoz Conde, en su ponencia al Congreso (*Función motivadora de la norma penal y marginalización*), observa que las propias normas son instrumento de marginalización cuando son dictadas y accionadas por grupos minoritarios de presión manipuladores del poder, cuando se hallan en discrepancia con la evaluación general imperante en el medio social. Dudamos de que la pena sirva para motivar comportamientos. En realidad, el derecho penal juega un papel secundario en la prevención del crimen, no habiendo sido demostrada la función intimidativa de la pena y su efecto de prevención general. Véase la ponencia de Alenka Selih (*Perception of deviance by various groups of population*). El derecho penal es más un medio de reafirmación de valores que un sistema de protección y tutela de bienes e intereses que trata de proteger mediante la amenaza penal. En ese sentido, apenas puede hablarse, a nuestro modo de ver, de función motivadora.

Sin embargo, tiene razón Muñoz Conde cuando denuncia el abuso del derecho penal por parte de quienes tienen el poder de dictar la norma penal y hacerla cumplir. Eso sucede no sólo cuando se alcanza el “derecho a ser diferente”, en nombre de la moral y las buenas costumbres, sino también cuando se recurre al sistema penal para proscribir y perseguir la oposición política, marginalizando ciertos grupos de opinión. A este respecto podríamos hablar de un auténtico derecho penal terrorista, con la evidente desproporción de las penas impuestas a crímenes políticos y el confinamiento administrativo impuesto a adversarios políticos (6).

(6) Es lo que ocurre en varios países africanos. Cf.: “Bulletin of the International Commission of Jurists”, n° 24, dic. 1965, p. 36 (Ghana); íd., p. 8; íd., n° 30, Julio de 1967, p. 96

7. Otro aspecto particularmente importante de la marginalización hecha por el propio sistema de justicia criminal es el de la deformación y aislamiento que determina el cumplimiento de las penas privativas de la libertad. Tenemos aquí el fenómeno de prisionización que resulta de la institución total. Como bien lo hace notar Adam Podgorecki (*The isolated communities*), la institución cerrada crea el fenómeno de la “segunda vida”, que consiste en la estratificación única operada en relación a los internos, diversa de la estratificación que se observa en el mundo exterior. La prisión como institución total, necesariamente envilece, corrompe y deforma la personalidad, mediante la creación de mecanismos de adaptación y de defensa en el medio cerrado. Se constituye en una paradoja que la rutina del sistema dirija parte considerable de su energía a la creación de grupos aislados, estigmatizados y explotados, sin tener presente su integración en la sociedad (María Los). La contribución de Emilio C. Viano a este congreso destaca varios aspectos interesantes del mismo fenómeno (*Victim-exploiter-environment: an interactional analysis of victimization in the prison setting*).

8. Es conveniente aun señalar las distorsiones a que conduce la administración de la justicia, exageradamente lenta, abstracta e insensible a los problemas humanos y sociales que surgen en el proceso penal. En la mayoría de los casos ella es ejercida por un cuerpo judicial conservador y tradicional, aferrado a la dogmática jurídica y ajena a las realidades sociales que condicionan la criminalidad (7). Por ello, Joachim Schmidt (*Re-integrational processes in multicultural societies*), habla de proyectar de nuevo nuestras instituciones, haciendo alusión a las funciones del juez en las sociedades multiculturales.

IV. Derecho criminal y marginados

9. Siempre ha constituido materia de particular preocupación la de criminalidad de ciertas áreas marginadas y la conducta antisocial mendigos,

(Zanzíbar); etc. Podríamos también mencionar algunas leyes de seguridad nacional, con definiciones vagas e imprecisas y penas desproporcionadas.

(7) Cf.: RICO, José M. y VERSELE, Séverin C., La criminalité classique et la crise de la justice pénale, en *La criminalité urbaine*, Denis Szabo. (ed.), Les Presses Universitaires de l'Université de Montréal, 1973, p. 155.

vagabundos y prostitutas, considerados marginados.

Estudios realizados en el Brasil y en otros países de América Latina han demostrado que los habitantes de los ranchos presentan la misma estructura de los demás grupos de pobres que viven en las ciudades, no teniendo justificación científica ni práctica el tratamiento de dichas poblaciones como clase distinta y separada (8). La marginalidad no se delimita por áreas geográficas; es, al contrario, consecuencia de procesos que afectan los estratos pobres de la población (9). La mayor parte de los habitantes de los ranchos (donde habitan de 18 a 25% de los residentes de Río de Janeiro) está constituida por personas honestas y humildes que viven de su trabajo (10).

10. En lo que respecta a los mendigos y vagabundos, que son los marginados *par excellence*, ellos han constituido un fenómeno social de todos los tiempos y la preocupación permanente de los poderes públicos. Por mucho tiempo la ociosidad y la mendicidad han sido consideradas penalmente ilícitas, siendo así introducidas en el Código Penal francés de 1810 (“Les vagabonds ou gens sans aveu sont ceux qui n’ont ni domicile certain, ni moyens de subsistance et qui n’exercent habituellement ni métier, ni profession”). Desde el siglo XIV, los reglamentos policiales enumeraban entre los vagabundos, diversas y variadas actividades marginales. Se pretendía inútilmente, mediante la represión policial y la pena criminal, resolver un problema originado en las propias estructuras del orden social imperante.

Son conocidos los términos vagos e indeterminados de la *common law* en la definición de vagancia (*vagrancy*), castigada en el derecho antiguo con penas corporales, la conscripción para el servicio militar y el traslado a colonias penales. El *Vagrancy Act* de 1824, declarado como la más inconstitucional

(8) LEEDS, Anthony, The significant variables determining the character of squatter settlements, en “America Latina”, 12 (13), jul-set. 1969; p. 49.

(9) KOWARICK, Lócio, Capitalismo e marginalidade na América Latina, cit., p. 15.

(10) CASTIGLIONE, Theodolindo, O que revela a criminalidade das favelas, “Rev. Bras. Crim. Direito Penal”, n° 1 (1963), p. 65.

de las leyes (11), hizo posible la persecución criminal de los trabajadores que rechazaban la disminución de salarios (12). En los Estados Unidos de América, la Corte Suprema ya declaró la inconstitucionalidad de una ley de Florida sobre vagancia, bajo el fundamento de que sus términos no eran suficientemente explícitos (13).

La incriminación de la vagancia ha provocado por todas partes graves abusos, no sólo porque se pretende resolver con la justicia punitiva un problema social, sino también porque la policía no vacila en clasificar como vagos a los pobres o indeseables sin documentos o en situación considerada sospechosa. En el Brasil, por ejemplo, la vagancia constituye una contravención penal inafianzable definida como “entregarse alguien habitualmente a la ociosidad, siendo apto para el trabajo”. Esa contravención sólo puede ser cometida por los pobres. La pena es prisión de 15 días a 3 meses. En el año 1973, los presos por vagancia constituían el 12,9%, de la población carcelaria en los establecimientos penales de Río de Janeiro.

11. La ciencia penal de este siglo se ocupó de esa clase de marginados en la perspectiva de la definición de un estado peligroso predelinuencial y de las medidas de seguridad detentivas para los imputables.

La antigua Unión Internacional de Derecho Criminal, inspirada por von Liszt, se ocupó del asunto en varios de sus congresos y asambleas, proponiendo medidas de defensa social para no delinquentes considerados peligrosos (14). Las medidas solicitadas incluían el internado curativo o resocializador, conceptualmente distinto de la pena criminal.

(11) Serjent Cox’s, Principles of punishment, p. 212, cit. Kenny’s Outlinés of Criminal Law (Turner), Cambridge University Press, 1958, p. 411.

(12) ANDERSON, N., vo “Vagrancy”, en Enc. soc. sciences, vol. 15 (1951).

(13) Cf.: DUBIN-ROBINSON, The vagrancy concept reconsidered, 37 “New York Univ. Law Review” 102 (1962); E. Sherry, Vagrants, rogues and vagabonds, old concepts in need of recision, 48 “Calif. L. Review” 557 (1960); H. L. Rosenthal, Constitutional laws: A fourteenth amendment violation, “Washburn Law J.”, 1972, 12/1, p. 82.

(14) Ver, por bien características, las propuestas de von Liszt en la Asamblea General de Bruselas (1910). “Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung”, vol. 17, fase. 2, Berlín, 1910; p. 495.

Según nuestro criterio, se cumplió el histórico y se cerró la experiencia de leyes supuestamente preventivas, fundadas en una peligrosidad *antedelictum*, o en el carácter antisocial de la conducta, independientemente de la acción delictiva. Se podría decir lo mismo de las medidas de seguridad detentivas para imputables considerados peligrosos, que serían cumplidas después de la pena privativa de la libertad (sistema de la doble vía).

12. Frecuentemente se menciona como ejemplo de las leyes a que hacernos referencia, la ley de vagos y maleantes española de 1933. Diversas leyes de este tipo están en vigor o lo estuvieron en América Latina, con resultados casi siempre negativos y siempre extremadamente peligrosos para el derecho a la libertad del ciudadano.

Lo que impresiona de esas leyes es, por una parte, la imprecisión con que se define a los vagos, y, por la otra, la imposición de confinamiento (que en ciertos casos puede llegar hasta 5 años) por medio de autoridades policiales o administrativas. La ley peruana (de 1924) aclara que los declarados vagos no tienen derecho al hábeas corpus (15).

Las ambigüedades y las incongruencias técnicas de esas leyes, así como los peligros de la filosofía que las inspira, han sido denunciadas desde hace mucho por los juristas del continente (16). Su constitucionalidad, en la mayoría de los casos, es más que dudosa.

13. El problema social que constituyen los vagabundos y los mendigos no se resuelve con el derecho penal, como lo demuestra la experiencia de varios siglos. Ellos constituyen una deuda social; son personas a quienes la sociedad les debe algo, que no puede ser el internado punitivo (aunque tenga el nombre de medida de reeducación o resocialización). Con relación a estas personas, más que a cualesquiera otras, surge aquel derecho a la socialización de que habla Filippo Gramatica (*L'inserimento sociale*), como fenómeno seme-

jante al derecho a ser educado, instruido, libre de enfermedades y preparado para el trabajo.

Ciertas formas de conductas previstas en las leyes de vagos y maleantes pueden constituir infracciones penales (rufianismo, proxenetismo, etc.) sometidas al debido proceso legal para juicio. Otras, que derivan específicamente del proceso social de marginalización, difícilmente podrán ser resueltas con la estructura social de pobreza y miseria que impera en esta parte del mundo, donde pocos muy ricos conviven con una inmensa mayoría de muy pobres (17). Sin embargo, parece claro que el derecho penal nada tiene que hacer aquí, compitiendo la acción social a otras agencias u organismos del Estado. A ese respecto, es de considerable importancia la experiencia de algunos países socialistas en el sentido de la participación directa del público y de agencias sociales en la acción educativa y preventiva. Ver la contribución de Oldrich Suchy (*Le rôle des organisations sociales dans les processus de redressement et de la re-intégration sociale des individus deviants en Tchecoslovaquie*). En lo que respecta a la insuficiencia o insignificancia de la sanción penal, hace un pronunciamiento Jean Michaud en *Les marginaux devant les juridictions penales*.

14. Vale la pena señalar, de paso, la caída del sistema de medidas de seguridad detentiva para imputables y muy particularmente del sistema de la doble vía. Esta penetró en las legislaciones durante el período comprendido entre las dos grandes guerras y tuvo la histórica misión de conservar la simetría del sistema punitivo, manteniéndose el carácter retributivo de la sanción penal. Hoy en día es insostenible, no sólo porque todo internamiento obligatorio (cualquiera que sea su nombre) implica siempre un castigo, sino también porque nadie más duda de que la pena debe ser cumplida como medida de seguridad, es decir, con miras siempre que sea posible a la resocialización del delincuente.

V. Menores desadaptados

15. El problema de los menores desadaptados y abandonados es sumamente arduo y difícil. Al

(17) Ver la comunicación al Congreso de María A. Jiménez de M. y Emperatriz Arreaza C. de M., Las dos caras de la defensa social; CEPAL, La distribución del ingreso en América Latina, 1970, p. 33.

(15) El autor agradece las preciosas ayudas recibidas de sus colegas Ali Lasser (Venezuela), Domingo García Rada (Perú), Enrique Cury (Chile), Enrique Ramos Mejía (Argentina), José Enrique Silva (El Salvador), Jorge E. Gutiérrez Anzola (Colombia) y Manuel Durán P. (Bolivia).

(16) Ver, por bien representativo, en todo sentido, el antiguo trabajo de Sebastián Soler, Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1929.

instituirse los tribunales de menores, en la segunda mitad del siglo pasado, se pretendía someterlos a disciplina coercitiva totalmente diversa de la prevista por las leyes para los adultos, en una auténtica revolución. En el derecho antiguo, como se sabe, los menores eran sometidos al derecho penal de los adultos, excluyéndose la responsabilidad de los infantes (por presunción absoluta de inexistencia de malicia), y atenuándose la pena en el caso de los que ya habían entrado en la pubertad. En Inglaterra y en los Estados Unidos, a principios del siglo pasado, aún se ejecutaba a los menores que habían cometido ciertos crímenes, entre los 8 y 14 años de edad.

Con los tribunales de menores, el procedimiento judicial, de manera general, no se instituye contra, sino en favor del joven delincuente, de tal modo que en vez de tratar principalmente de determinar la culpa; para aplicar el castigo en la medida del daño provocado, se pretende conocer las causas y condiciones del comportamiento antisocial, proporcionando las medidas de rehabilitación adecuadas.

Teóricamente, el autor de un hecho que constituye un crimen es entonces considerado un niño o un joven con problemas, ante los cuales la sociedad se protege mediante tratamiento o rehabilitación. Inclusive la punición, cuando es necesaria se concibe como pena medicinal. El Estado se presenta como la última instancia de parentesco y se pone en lugar de los padres (*in loco parentis*).

Con esa filosofía generosa no se han logrado los resultados que se esperaba obtener. Y por ello la razón de tantos esfuerzos en el sentido de ampliar el carácter asistencial de la acción judicial por medio de otros organismos.

El Estado sustituye a los padres como *ultima ratio*, como última instancia de intimidación, de represión y de castigo. El conflicto se establece entonces en términos más dramáticos.

En primer lugar, porque es un instrumento demasiado tosco y brutal, para intervenir en situaciones delicadas de privación y crisis, agravando comúnmente los problemas que trata de resolver. En segundo lugar, porque el mecanismo policial-judicial es totalmente desperejo, no contando con la estructura médico-asistencial y tutelar indispensable. En

tercer lugar, porque las medidas institucionales que prevé para los casos más graves (internamiento correccional) están en jaque y se hallan en crisis, como soluciones de tratamiento y represión penal, como lo demuestra el cuadro complejo y difícil de la delincuencia de los adultos.

Los menores que la ley denomina abandonados, y que recorren la etapa que antecede a la delincuencia, constituyen sobre todo un grave problema social, que difícilmente se resuelve con medidas asistenciales y paternalistas, y que está ligado a la estructura social vigente.

¿Quién es el responsable del abandono? ¿Quiénes son los abandonados?

¿Quién es el responsable del abandono en el caso de familias numerosas, que viven en la miseria, cuando los padres ganan un salario mínimo (o están en estado de subempleo), no teniendo el mínimo necesario para la propia subsistencia?

En el Brasil, según los datos obtenidos por una Comisión Parlamentaria de Encuestas, existen 15 millones de menores abandonados o en estado de privación. En Río de Janeiro, más del 50% de las infracciones penales cometidas por menores son delitos contra el patrimonio. Este dato es prácticamente universal. Ver la ponencia de Paul C. Friclay y Gerald Hage, *Youth crime in post-industrial societies: an integrated perspectiva*. La estructura policial-judicial es demasiado formal, impersonal y objetiva, y no puede funcionar adecuadamente sin una retaguardia médico-asistencial eficaz; sin centros de recogimiento de menores, centros de observación y selección, institutos médico-psicológicos para los que presenten serias desviaciones de la personalidad, sin establecimientos de terapéutica social. Todo ello exige cantidades voluminosas de dinero, que dependen de un sistema institucionalizado de obtención de fondos. Para una información más amplia sobre el sistema vigente en Venezuela, puede verse el trabajo de Suave Vivas de Serfaty, *Menores en situación irregular*.

Finalmente, los graves problemas que hoy en día constituyen la crisis de las prisiones se reflejan sobre las soluciones de internado para los jóvenes delincuentes.

El internado correccional es siempre sentido por el menor como una pena. Constituye el último

recurso judicial en el caso de jóvenes delincuentes peligrosos.

Los principios que inspiraron el surgimiento de los tribunales de menores fueron extendidos a los jóvenes adultos delincuentes y en la actualidad dominan la penología de la criminalidad de los adultos. Los jóvenes delincuentes, en fin, son encarcelados como los adultos, surgiendo aquí los problemas revelados por la sociología y la psicología de la comunidad carcelaria en los últimos tiempos.

Son, pues complejas y difíciles las cuestiones que implica la delincuencia juvenil como problema social. Los juristas no pueden resolverlas aisladamente, por muy buenas que sean sus intenciones, ni por brillante que sea su imaginación creadora.

16. El sistema de educación coactiva obligatoria de menores, aunque no hubiesen cometido ningún delito, propuesto desde hace mucho por algunos pioneros (18), se contempla hoy en día con reservas, después de una larga experiencia.

¿En qué medida puede ser transferido de los tribunales de menores a otras autoridades ligadas al bienestar del menor, el poder para imponer las sanciones y otras medidas coercitivas (por ejemplo, el internado, la pérdida o suspensión de la patria potestad? En algunos lugares esa transferencia se llevó a cabo. Es el caso de los países escandinavos y varias ciudades de la federación en los Estados Unidos (California, Wisconsin, Minnesota, etc.) que atribuyen a las *Child Welfare Authorities* los poderes de disponer en cuanto a los menores infractores y desadaptados. El asunto es delicado porque pone en juego derechos y, por consiguiente, la transferencia de poderes jurisdiccionales a las autoridades administrativas. Lo que caracteriza al tribunal de menores como agencia del Estado es precisamente su poder de amenazar y controlar (19).

La fracasada experiencia de las autoridades administrativas en las juntas de libertad condicional, al decidir sobre la terminación de la pena

(18) VON LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1871-1904, vol. 1, p. 451.

(19) TAFT, *Criminology*, Macmillan, New York, 1961, p. 638.

indeterminada en los Estados Unidos, es buena prueba del peligro de retirar del juez la decisión sobre las medidas que restringen la libertad.

VI. Enfermedades mentales

17. Apenas en los últimos años se han preocupado los juristas con la dramática realidad del régimen de prisión impuesto a los enfermos mentales. En los hospitales psiquiátricos está recluida una enorme masa de personas socialmente marginadas (enfermos mentales, neuróticos, oligofrénicos, alcohólicos, etc.) a las cuales no se les reconoce ningún derecho. Ellas son oprimidas por la institución total que "crea y mantiene un tipo particular de tensión entre el mundo habitual y el institucional, empleando esa tensión como instrumento estratégico para manejar a los hombres" (20).

Como afirma Rubén Hernández Serrano y sus colegas en su ponencia al Congreso (Análisis preliminar de la casuística de los años 1973/75), es imposible establecer en líneas generales una relación de causa y efecto entre la enfermedad mental y el delito. La gran mayoría de los enfermos mentales se comporta conservando los patrones de conducta que no violan las leyes, a pesar de sus trastornos específicos. La reclusión, comúnmente, entraña una discriminación contra los pobres, bajo el pretexto de ciencia en materia de enfermedad mental, tomándose en cuenta los términos vagos del poder arbitrario ejercido por los directores de los hospitales. Es lo que observa Tashio Sawanobori en su trabajo (*Discrimination on the pretext of science*).

Son muchos los casos que revelan que el tratamiento psiquiátrico está tan mal organizado como el régimen penal (21), surgiendo los hospitales como instituciones donde los enfermos se vuelven más enfermos y los sanos de mente se convierten en alienados (22).

(20) GOFFMAN, E., *Asylums Essays on the social situation of mental patients and other inmates*, Doubleday, New York, 1961, p. 15.

(21) LOPEZ-REY, Manuel, *Crime: an analytical appraisal*, cit., p. 236; Pauline Morris, *Put away, a sociological study of institutions for the mentally retarded*, 1969.

(22) ENNIS, B. J., *Prisoners of psychiatry. Mental patients, psychiatrists and the law*, Harcourt Brace Jovanovich, New York, 1972, p. 138. En Francia, algunas organizaciones se han destacado en la lucha por los derechos de los internos

En la actualidad se apoya la necesidad de abolir o controlar la hospitalización involuntaria, otorgándose a los pacientes de los hospitales psiquiátricos los mismos derechos y privilegios que tienen los internados en las demás instituciones hospitalarias. A este respecto fue muy importante la decisión tomada por el tribunal federal de Alabama en el caso de *Wyatt v. Stickney*. El tribunal proclamó el derecho de que los internados fuesen sometidos a tratamiento efectivo, no pudiendo permanecer sujetos sólo a confinación (23).

Por las garantías que establece, nos parece interesante la disposición del art. 482 del Código Civil argentino: "El demente no será privado de su libertad personal sino en los casos en que sea de temer que, usando de ella, se dañe a sí mismo o dañe a otros. No podrá tampoco ser trasladado a una casa de dementes sin autorización judicial.

"Las autoridades policiales podrán disponer la internación, dando inmediata cuenta al juez, de las personas que por padecer enfermedades mentales, o ser alcoholistas crónicos o toxicómanos, pudieren dañar su salud o la de terceros o afectaren la tranquilidad pública. Dicha internación sólo podrá ordenarse, previo dictamen del médico oficial.

"A pedido de las personas enumeradas en el art. 144 (esposo o esposa, parientes, ministerio de menores, cónsul), el juez podrá, previa información sumaria, disponer la internación de quienes se encuentren afectados de enfermedades mentales aunque no justifiquen la declaración de demencia, alcoholistas crónicos y toxicómanos, que requieran asistencia en establecimientos adecuados, debiendo designar un defensor especial para asegurar que la internación no se prolongue más de lo indispensable y aun evitarla, si pueden prestarle debida asistencia las personas obligadas a la prestación de alimentos".

VII. Marginalidad de la mujer

18. La llamada marginalidad de la mujer constituye un fenómeno cultural resultante de la po-

y por la transformación del sistema (GIA = Groupe Information Asiles; Cardes Fous — C.L.H. = Comité de Lutte des Handicapés; y la AERLIP = Mouvement de Travailleurs de la Santé Mentale).

(23) Cf., *Wyatt v. Stickney and the right of civilly committed mental patients to adequate treatment*, "Harvard Law Review", 1973, 86/7, 1282.

sición de inferioridad y subordinación impuesta a las personas del sexo femenino en la sociedad. Ella se manifiesta en diversas disposiciones de la legislación civil y penal vigente en varios países, siendo bien señaladas por Helena Fierro Herrera en las dos ponencias que presentó al Congreso (*La marginalidad de la mujer, y Delincuencia femenina y maternidad*).

Varios países, en los últimos tiempos, han desarrollado numerosas leyes en el sentido de asegurar a la mujer igualdad de derechos en la vida civil y, sobre todo, en la familia, en consonancia con el papel que ella desempeña en la vida moderna. De esa mayor participación en varios sectores de la vida social proviene, sin duda, el aumento de la criminalidad femenina, que aun no siendo un fenómeno universal, se observa en muchos países. La materia fue objeto de análisis y debate en el V Congreso de la ONU sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, realizado el año pasado en Ginebra (24).

19. Háblase igualmente de marginalidad de la mujer con referencia a la prostitución femenina, la cual se debe a factores de orden social y económico y a la posición desventajosa e inferior que la mujer ocupa en la sociedad. No parecen merecer atención especial las recientes protestas y reivindicaciones de las prostitutas, reclamando un tratamiento menos injusto y discriminatorio. A este respecto, ver el trabajo de M. Sacotte, *Prostitution et marginalité*.

VIII. Memorias étnicas y culturales

20. Los altos índices de criminalidad presentados por ciertos grupos étnicos parecen estar vinculados a un conjunto de factores de orden social. A este respecto existen numerosos estudios y amplia literatura.

Alfonso Serrano Gómez, en su ponencia (*Raza y delito*), estudiando a los gitanos y a los "uinquis", traduce la opinión generalizada, observando que en esos grupos es superior la cifra de aquellos que no delinquen y que viven de su trabajo. Refiriéndose a los negros y a las personas de clase baja, en la perspectiva de crímenes violentos, Robert Staples, en su trabajo (*Race and family violence: the internal colonialism perspective*), señala igualmente que no

(24) Cf.: FRAGOSO, Heleno, *Changes in forms and dimensions of criminality - transnational and national*, A/CONF. 56/L. 3 (mimeo).

existe razón para suponer que tales grupos sean más propensos a la violencia que los que integran la clase media o la población blanca. Los problemas aquí son todos de naturaleza social o cultural.

Una legislación severa aplicada con rigor puede contribuir a aliviar los conflictos y tensiones provenientes de las diferencias de raza o color, como se puede ver en los Estados Unidos, por una serie de decisiones importantes de la Corte Suprema. Es interesante mencionar que en el Brasil constituye una infracción penal la práctica de actos resultantes de prejuicios raciales o de color, inclusive el rechazo de servicios o trabajo.

21. Han surgido problemas graves con la identificación de grupos étnicos en el interior de las prisiones, lo que puede provocar situaciones explosivas, como ocurrió en Attica (25).

22. Con referencia a la marginalidad de las poblaciones indígenas del continente, debe prestarse atención especial al excelente trabajo del profesor José Rafael Mendoza que ya mencionamos (*Sociología descriptiva de la marginalidad de la población indígena y de las áreas periféricas de las ciudades latinoamericanas*). Los indígenas han sido víctimas de antiguos y recientes procesos sistemáticos de genocidio y de irrespeto a los principios de su cultura. Como afirma, el Dr. Mendoza, "el indio no está identificado con la civilización del blanco, pero posee una característica social propia que puede transformarse, no mediante la sujeción, no por medio de la llamada protección con leyes, decretos, publicaciones, de beneficencia, igualdad de derechos y otras medidas que, en lugar de protección, encubren una explotación real, sino mediante la educación".

Desde el punto de vista civil y administrativo, existe en muchos países una amplia legislación tendiente, por lo menos en el plano teórico, a la protección de las comunidades indígenas y de sus miembros. Desde el punto de vista criminal, la cuestión jurídica más importante es la relacionada con la responsabilidad penal. En la mayoría de los códigos penales no existe regla expresa al respecto, en el entendimiento de que del indígena se puede decir que presenta desarrollo mental incompleto,

revelándose su inadaptación al medio civilizado. Por este medio se excluye o atenúa la imputabilidad según los principios generales.

No siempre la cuestión estará bien planteada por el prisma de la imputabilidad. Imputabilidad es capacidad de culpa, es decir, capacidad de gobernar la propia conducta según las exigencias del ordenamiento jurídico. Según nuestro criterio, tienen razón quienes afirman no tener fundamento válido formular, como principio general, la inimputabilidad del indígena. Escribiendo en relación al indio boliviano, Manuel Durán dice: "El indio en general posee la capacidad suficiente para darse cuenta de sus actos y está dotado del sentido ético necesario para apreciar aquellos inmorales o prohibidos y para abstenerse de ejecutarlos. Vive de acuerdo con normas morales que vienen de sus antepasados y es casi seguro que si alguien se dedicase a hacer un estudio comparativo de la moralidad media de la población que habita en las ciudades con la de los indios, llegaría a la conclusión sorprendente de que en esa comparación resulta favorecido el elemento autóctono. Lo prueba el hecho fácilmente comprobable de que la criminalidad del indio es reducida, si se considera que tiene menos posibilidades que el blanco para eludir la acción de la justicia, por su desamparo económico y social" (26).

Se trata de atribuir relevancia jurídica al déficit social de los indígenas, como extraños y ajenos a nuestro estilo de civilización.

Por tales razones sería indudablemente más correcto establecer expresamente la inimputabilidad del silvícola inadaptado. Aquí se revela muy bien y con claridad el carácter valorativo del juicio de imputabilidad, que compete al juez en el análisis de la capacidad de culpa.

El añorado profesor Carrancá y Trujillo, en la reunión de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para la América Latina realizada en Méjico en octubre de 1965, observó: "Realmente no veo por qué se ponga en el banquillo constantemente como faltos de desarrollo mental completo a los indígenas", pues "pueden tener

(25) Cf. al respecto: DENFELD, D. y HOPKINS, A. Racial-ethnic identification in prison: right on from the inside, "Int. J. of Crim. Pen.", 1975-3, p. 355.

(26) DURAN, Manuel, El indio ante el derecho penal, en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asila, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, p. 556.

un desarrollo mucho más completo que otras razas" (27).

El Código Penal peruano (art. 90) permite que el juez, teniendo en cuenta el desarrollo mental de

(27) Código Penal Tipo para Latinoamérica, México, Academia Mexicana de Ciencias Penales, 1967, p. 191

los indígenas, su grado de cultura y sus costumbres, aplique la sanción penal en forma prudencial, sustituyendo la pena por internado en colonia agrícola, por tiempo indeterminado. Esto corresponde, como se sabe, virtualmente a una pena. La problemática social de los indígenas no es uniforme en los diferentes países de América Latina, presentándose, al contrario, notables diferencias. ♦

.....

BIBLIOGRAFÍA

.....

Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal

Ed. Marcial Pons, 2012

JOSÉ MILTON PERALTA

POR SANTIAGO ROLDÁN

Con esta investigación, la cual constituyó la tesis con la que obtuvo el título de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad de Córdoba a comienzos del año 2009, José Milton Peralta encara un tema tan antiguo como actual y que, curiosamente, no había tenido un tratamiento profundo hasta ahora en nuestra literatura. Se trata de la pregunta acerca de la legitimidad de agravar la sanción penal cuando el delito ha sido cometido por motivos que nos parecen reprochables.

Quizá lo primero que nos genere enfrentarnos a este interrogante sea la respuesta intuitiva de que los hechos mediados por ese tipo de motivaciones son delitos más graves y que, como delitos más graves que son, ameritan una reacción más intensa. Nos parece que un delito no podría ser acertadamente definido sin ponderar esa razón pues, que concurra en un hecho una motivación tal, marca precisamente la diferencia.

Las legislaciones parecen seguir ese camino. El Código Penal Argentino, por ejemplo, agrava la comisión de los delitos de homicidio y lesiones si el autor actúa "por placer, codicia, odio racial o religioso" (arts. 80.4 y 92). Pero la cuestión no se limita a una clase de delitos en particular; por el contrario, el Código Penal prevé que "la calidad de los motivos" que determinaron al sujeto a actuar es un parámetro de mensuración de la pena para todos los delitos (art. 41). En la misma línea se puede mencionar las agravantes genéricas, basadas en los motivos discriminatorios, previstas en la ley 23.592. Regulaciones por el estilo pueden encontrarse en el Código Penal Alemán y en el Español.

Sin embargo esa intuición puede ser desafiada casi al empezar a andar: si nos enfrentamos a dos hechos que son sustancialmente iguales, por ejemplo, dos homicidios, en ambos casos consumados, cometidos con el mismo método (un disparo de arma corta, del mismo calibre, a igual distancia) y mediando en cada caso dolo eventual ¿por qué va a ser más grave uno de los dos porque en uno de los hechos el sujeto actuó determinado por codicia u odio? Planteado acaso de manera más directa: ¿Es ese diferente tratamiento

dado a los motivos reprochables (1) compatible con un derecho penal liberal de acto?

Esta es la pregunta que se formula y responde Peralta en su libro. No se trata del análisis o la mera interpretación de un texto legal (aunque las conclusiones del autor puedan repercutir en la interpretación y aplicación de la ley), sino que el autor se embarca en un análisis crítico tendiente a desentrañar si, y en su caso en qué medida, podría ser legítimo computar los motivos por los cuales se llevó a cabo un delito a los fines de aplicar una mayor sanción penal. Como se resalta varias veces a lo largo del libro: "... el hecho de que el ordenamiento positivo acepte algunas de estas formas de atribución de la responsabilidad nunca puede ser un argumento suficiente para su corrección. Uno puede seguir pre-

(1) Los motivos a los cuales se refiere su investigación son aquellos que única y exclusivamente pueden ser explicados subjetivamente (pp. 28/29) y no, por ejemplo, las agravantes previstas para cuando el homicidio se recurre a la creación de un riesgo común, interviniesen tres o más personas en el hecho o se hubiere utilizado un procedimiento insidioso. En estos casos la mayor gravedad del hecho puede justificarse objetivamente mediante una referencia externa (respectivamente, el peligro adicional generado, la mayor indefensión de la víctima y el actuar de modo tal que la víctima no pueda precaverse). La investigación de Peralta alude entonces a los llamados por la doctrina "Elementos del ánimo propio", en contraposición a los "elementos del ánimo impropios" (pp. 28/29). También los motivos deben ser distinguidos de los objetivos (fines de la acción). Mientras que los últimos miran al futuro y se preguntan para qué se obro (por ejemplo, art. 176, inc. 7), los primeros miran hacia al pasado y responden al por qué se obró: "... Así, se puede distinguir entre quien obra para ganar dinero, porque quiere salir de su situación de pobreza, de quien delinque para ganar dinero, pero debido a que es codicioso. Ambos tienen el mismo objetivo, pero diferentes motivos" (pp. 32/33). Por último, los motivos reprochables, según lo estipula la investigación, incluyen lo abyecto o lo banal, pero no se limitan a ellos, sino que también incluyen otros casos de agravantes que se basan en la motivación del autor y no en el daño a terceros subjetivamente imputable al mismo (p. 32).

guntándose si lo establecido es correcto. Por ello, más allá de que la agravante por motivos reprochables sea compatible con el ordenamiento positivo, es necesario saber si esa clase de responsabilidad es aceptada en un Estado liberal de Derecho” (pág. 60; también págs. 164, 181, 185, 210 y 215).

Dilucidar este interrogante requiere sumergirse en temas quizás de los más espinosos para el derecho penal: fundamentación del castigo, mensuración de la pena, funciones de la teoría del delito. Peralta analiza el primer tema y su vinculación con la problemática de los motivos reprochables en la primera parte del libro, titulada “Justificación de la relevancia de los motivos desde las teorías de la pena”. Allí expone y evalúa las posturas que intentan explicar la relevancia de las motivaciones para agravar la sanción, ya a partir de los fines que se le asignan a la pena. Para estas concepciones, los hechos llevados a cabo por motivos reprochables requerirían de mayor sanción que hechos de iguales características en lo restante, pues ello sería necesario a fines retributivos o bien por tratarse de un indicador de mayores necesidades preventivas. En este contexto Peralta se ocupa de los intentos de justificación que se ofrecen desde perspectivas retribucionistas (capítulo I), desde la Prevención Especial (capítulo II), desde la Prevención General Negativa (capítulo III) y desde la Prevención General Positiva, en sus subconceptualizaciones de la Prevención-integradora y la Prevención con efectos pedagógicos o de educación (capítulo IV). Es de destacar que la exposición y crítica que efectúa en esta primera parte de la obra no se trata de una mera repetición de exposiciones estereotipadas acerca de cada una de estas posturas, con más algún dato histórico acerca de los juristas que las suscribieron. Por el contrario, llama la atención la concreción y sutileza con que es presentada y analizada cada teoría y las consecuencias de los diferentes modelos de justificación. Y éste es un mérito que se puede apreciar a lo largo de toda la obra. En ningún momento se cae en demostración de erudición o en tediosas exposiciones, sino que cada argumento es precisamente presentado -en su mejor versión-, referenciado y analizado por el autor.

Para Peralta ninguno de los fines de la pena permite legitimar, en un derecho penal liberal, una mayor imposición de pena cuando los hechos cometidos fueron iguales a excepción de los motivos con los que actuaron los sujetos. Respecto a las teorías preventiva, el autor desarrolla distintas consideraciones y críticas tanto en el plano empírico (*i.e.* hasta qué punto es posible lograr los resultados que se proponen) y sistemáticas (*i.e.* su compatibilidad con el sistema legal positivo y con las construcciones dogmáticas de la teoría del delito o del hecho punible), tanto a un nivel general como en particular en lo que respecta a una supuesta mayor necesidad de castigo en el caso de motivos reprochables. Pero sin duda, las críticas de mayor importancia son

las de carácter valorativo que resultan oponibles tanto a posturas retribucionistas como a las teorías preventivas (págs. 63 y 67); sólo superadas éstas tiene sentido lidiar con las demás, pues los fines que se pretendiese alcanzar con la previsión e imposición de un castigo, cualquiera que ellos fueran, sólo podrían buscarse a través de medios moralmente aceptables. Explico esto ahora brevemente.

Si lo que diferencia un delito cometido con motivos reprochables con otro en el que aquéllos no concurren es la inmoralidad del sujeto, castigar esa mera inmoralidad en sí no tiene cabida en un Estado liberal. Un Estado así basa su legitimidad precisamente en garantizarles a los individuos una esfera privacidad y asegurar la convivencia pacífica entre los ciudadanos. Y por más que pueda parecer lo contrario, esta inmunidad tampoco se pierde una vez que el sujeto realiza un hecho delictivo. De no considerárselo así, la diferencia entre la sanción correspondiente al hecho base y la escala agravada por la motivación reprochable no sancionaría ya el hecho, sino una forma de pensar. Como dice Peralta, “[e]xiste una invasión injustificada en la esfera privada no sólo cuando se castigan los pensamientos sin acciones, sino también cuando se castigan pensamientos con acciones, si éstos fundamentan por su parte un monto de pena independiente. En este sentido, no son pensamientos *con* acciones, sino pensamiento y acciones” (pág. 44). Dado que garantizar esa esfera privada es lo que legitima al Estado, tales actitudes internas no podrían ser objeto de reproche retribucionista; además, ese límite tampoco podría ser dejado de lado por las distintas necesidades preventivas que los motivos reprochables pudieran llegar a generar de acuerdo a cada teoría relativa de la pena (que, por lo demás, en el caso de las motivaciones reprochables en muchos casos no superan el grado de mera suposición).

La segunda parte del libro (“Justificación de la relevancia de los motivos desde la teoría del delito”) se ocupa de las posturas que intentan justificar la relevancia de los motivos reprochables como factor de agravación de la pena desde la óptica de la teoría del delito. Para estas posturas sería engañoso decir que cuando concurren esa clase de motivos los hechos son iguales excepto en lo que tiene que ver con inmoralidad del autor. Dependiendo de la variante teoría, en tales casos estaríamos, en realidad, ante hechos que importan un ilícito penal o injusto más grave ya sea en su aspecto objetivo o subjetivo, o bien hechos que son más graves porque portan una culpabilidad mayor. No serían los fundamentos del castigo los que hablarían a favor una sanción mayor en el caso de motivos reprochables sino, sencillamente, la mayor pena que requieren los hechos más graves.

Ahora, para que esto no se vuelva un juego de palabras, es necesario definir qué significa un hecho más grave según la teoría del delito. En función de ello, Pe-

ralta presenta el método con el cual pasará a evaluar la legitimidad de estas posturas. La idea es que si el respeto del principio de culpabilidad es un presupuesto necesario para imponer válidamente una pena, la manera de lograr que el principio rija y sea posible controlar su cumplimiento es concebir la teoría del delito no sólo como un filtro relativo al “sí o no” de la sanción, sino también respecto al “cuánto” de pena; en otras palabras, concebir la teoría del delito como el receptáculo de toda -y la única- información que luego podrá ser tenida en cuenta a la hora de fijar la pena en concreto. Aceptado ello, cualquier factor o aspecto del hecho que no pueda ser incluido en alguna de las categorías de la teoría del delito no podrá posteriormente fundamentar una pena o su agravamiento. De este modo Peralta expone lo que es el punto de confluencia entre la justificación del castigo que puede admitir una sociedad liberal, la teoría del delito y la determinación de la pena. Como lo destaca en el libro, se trata de responder una pregunta -“cuánta pena aplicar”- desde una perspectiva dogmática. Si bien tradicionalmente la determinación de la pena era una tarea que se emprendía exclusivamente desde la teoría de la pena, en este menester la teoría del delito siempre estuvo latente: “Desde el momento en que el riesgo para el bien jurídico de una conducta es graduable, desde que las causas de exculpación implican, por lo menos, también una disminución del injusto, desde que el dolo directo se ha considerado más grave que el dolo eventual y que la culpabilidad disminuida atenúa la pena, las repercusiones de la dogmática para la medida de la pena han estado siempre allí” (pág. 126).

Lo anterior permite ver en el marco penal, entre el mínimo y el máximo de pena, escalas de gravedad continua tal como también debería concebirse la relación entre las figuras bases y los tipos calificados, sean agravados o atenuados (pág. 128). Entonces, para aplicar las construcciones dogmáticas se debe partir de dos presupuestos: 1) ningún factor cuenta para la determinación de la pena si no tiene relación con el injusto y la culpabilidad; 2) que ambos factores son graduables. Peralta sigue aquí a Silva Sánchez, de quien toma la siguiente idea: “el marco penal abstracto puede verse como la unión de un conjunto de conminaciones penales más detalladas (submarcos) que asignarían medidas diversas de pena a las distintas subclases de realización (subtipos), más o menos graves, del injusto culpable [...] expresado”. De ese modo, pasan a ser decisivos el grado de ilícito o injusto y culpabilidad, de acuerdo a la graduación de cada uno de sus elementos. Las ventajas de este modelo de análisis para la determinación de la pena no residen únicamente en garantizar que el hecho le pueda ser imputado al autor, sino también en posibilitarle al sujeto hacer un cálculo más o menos preciso de las consecuencias de sus actos, cosa que las teorías de la prevención no están en condiciones de lograr dado que para ellas la respuesta penal estará determinada -al menos también- por factores *ex post* (págs. 132/133).

Si todo esto se acepta, entonces no puede seguir sosteniéndose que los motivos agraven el hecho sólo con apoyo en necesidades preventivas independientes del injusto y la culpabilidad. Si el fundamento de agravación de una pena no puede reconducirse a aquellas categorías, eso pone en evidencia su ilegitimidad (pág. 134). Ahora, tal como pone sobre aviso el libro, sería un error caer en lo que el autor llama la “falacia de remisión”, es decir, pensar que porque un elemento no pertenece al injusto entonces tiene (no queda otra posibilidad) que pertenecer a la culpabilidad, y viceversa. Esa forma de razonar es equivocada; en realidad la cuestión pasa por encontrar fundamentos positivos, coherentes con un concepto liberal de injusto o culpabilidad, que sirvan para dar cuenta de las relevancia de los motivos reprochables ya sea en una u otra categoría y no justificarlo, como quien dice, por descarte. Por ende, la existencia de una tercera posibilidad (que los motivos reprochables no puedan ser ubicados ni en el ilícito o la culpabilidad) es “lo que le da plausibilidad a la generación de una teoría del delito con capacidad crítica” (pág. 153).

Se trata de un desafío genuino que tampoco podría disolverse a través del sencillo recurso de sostener que los motivos reprochables, en rigor, no vienen a agravar la sanción, es decir, no fundamentan un segmento de pena, sino que su ausencia la disminuye, y todo ello siempre dentro del marco que establece la culpabilidad. Peralta descarta esta forma de argumentar, a la que llama la “inversión del argumento”, pues la afirmación de que ese modo se restringe el poder punitivo constituye un caso de *non sequitur* (pág. 284). En primer lugar, la plausibilidad de esa forma de ver las cosas exigiría, ante todo, poder establecer qué pena es adecuada a la culpabilidad; sin embargo, el principio de culpabilidad no está en condiciones de cumplir con tal labor por ser una idea demasiado vaga como para servir de parámetro certero a esos fines. En función de ello, y teniendo en cuenta el grado de sufrimiento que una pena implica, lo más acertado desde el punto de vista metodológico es partir de la ilegitimidad de cualquier intento de justificación de una sanción penal de esa manera, es decir, mediante la simple elección de la descripción más conveniente (descartando la más incómoda) entre las varias con la que se puede describir determinada realidad (págs. 142/143). En segundo lugar, hay otro argumento que impide que se computen elementos por fuera del principio de culpabilidad (en otros términos, según la gravedad del hecho fijada conforme lo realiza la dogmática) y ése es para Peralta, el principio de igualdad que “en el Derecho Penal, está destinado a asegurar la distribución equitativa o igualitaria del castigo” (pág. 144), para lo cual distingue entre la justificación general del castigo y la forma en la que se distribuye su aplicación (págs. 147/150).

¿Podría ser entonces que los motivos reprochables ocasionen un resultado más grave, un injusto objetivo

mayor, un mayor disvalor del resultado? Si no fuera así ¿no podría ser la parte subjetiva del ilícito la que, en rigor, aumentara, ya sea por medio del disvalor de acción (entendida como relación subjetiva del autor con el hecho), del disvalor de energía criminal o conceptos análogos? Si esos caminos fallaran, ¿no podría justificarse que en el caso de los motivos reprochables lo que es más grave es la culpabilidad? Peralta dedica los capítulos III y IV de la segunda parte del libro contestar estas preguntas y en todos los casos las respuestas son negativas. En última instancia, en el caso de que *lo único* que diferencie dos hechos sea la concurrencia o no de motivos reprochables, todos los intentos argumentales por convencer de lo contrario ineludiblemente terminan fundamentando el supuestamente mayor ilícito objetivo (por ejemplo, un mayor riesgo para la víctima, una mayor devaluación o desafío de la norma, o la afectación de otra norma o bien jurídico), o el mayor ilícito subjetivo (por ejemplo, por el vínculo de los motivos con las intenciones) o una mayor culpabilidad (por ejemplo, en función de la postura espiritual del autor frente al hecho o por mayores necesidades preventivas de las cuales se nutriría el concepto de culpabilidad), en algo que es garantizado por un Estado liberal y, por ende, no puede ser legítimamente sancionado por el derecho penal, a saber, en un modo de pensar, es decir, en la actitud interna del sujeto. En otros términos, un motivo reprochable no genera un riesgo mayor para la víctima u otro bien jurídico; tampoco influye en el conocimiento del riesgo, que es el requisito deontológicamente necesario (pág. 169, nota 81) y suficiente para evitar la realización del comportamiento y, con ello, evitar la sanción, ni determina, por último, la capacidad de culpabilidad, la conciencia de la prohibición y las causas de exculpación. En efecto, los motivos reprochables no se encuentran ni empírica ni conceptualmente vinculados con todas aquellas cuestiones.

En este punto del libro se obtiene como saldo que los intentos de justificación dados hasta el momento no pueden dar cuenta de la relevancia de los motivos reprochables para agravar una sanción penal. Sin embargo, Peralta abre la puerta a darle un lugar a las motivaciones dentro de un derecho penal liberal. Con ello se da inicio a la tercera parte de la investigación titulada "Motivos reprochables como negación de algún grado de justificación del hecho". El autor buscará demostrar, en lo que queda del libro, que si bien los motivos no *definen* cuán grave es un hecho ni tampoco son una parte de esa definición, ellos no obstante *señalan* cuán grave es. Los motivos podrían tener una función heurística de *señalar* un hecho más grave: "[l]os motivos, cuando han sido la razón del sujeto para cometer el ilícito, *están indicando la falta total de justificación de la conducta*. Por ello, efectivamente, sí se reflejan en el hecho y no se castigan de manera autónoma..." (pág. 208).

La pregunta por los motivos por los que actuó el agente se emparenta, en cierto sentido, con las causas de justificación. Si el sujeto nos informa que obró porque se defendía de un ataque injusto o porque estaba en estado de necesidad, la situación cambia notablemente y ya no estamos dispuestos a prescindir de la apreciación de sus motivos. Esta vinculación lleva a Peralta a preguntarse si los motivos no podrían tener un lugar en la parte negativa del injusto o ilícito penal.

En el "sí o no" de la pena, las causas de justificación cumplen sólo una función negativa, es decir, "únicamente pueden negar la ilicitud penal signada por el tipo, pero nunca pueden afirmar la ilicitud penal de un hecho atípico" (pág. 202). Pero así como la parte positiva del ilícito puede graduarse, también en la parte negativa (la concurrencia de causas de justificación) las cosas deberían funcionar del mismo modo. Entonces, "[e]l hecho típico concreto indicará la realización de ciertos subtipos que se ubican dentro de la escala penal del delito de que se trate. Las causas de justificación no podrán en ningún caso agregar subtipos que fundamenten la ilicitud, sino que sólo podrán justificarlos. Cuando la justificación es total, se justifican todos los subtipos. Cuando es parcial, sólo se justifican algunos" (págs. 202/203). Peralta destaca que usualmente los códigos contemplan expresamente tres situaciones: las de completa justificación (causas de justificación), las de justificación parcial (exceso en las causas de justificación o eximentes incompletas) y los casos en los cuales la justificación no concurre en absoluto. Sin embargo, no hay buenos motivos para no proceder a una clasificación más rica en subdivisiones (pág. 205). Cuando el hecho no cuenta ya, ni con una justificación total o parcial por exceso, cabe la posibilidad de todavía cuente con elementos que lo aproximen a esta última situación y en esa medida también lo justifiquen. Si ello no sucede, es decir, cuando el autor no puede "invocar" a su favor ninguna circunstancia a la que el sistema de imputación otorgue alguna relevancia para "descontar", aunque sea mínimamente, al monto de la "gravedad del hecho", entonces puede decirse que el sujeto actuó sin una razón atendible. Esto es, justamente, lo que sucede en los casos de motivos reprochables. En otros términos, se trata de casos de *absoluta* falta de justificación; como tales, nunca llevan a agravar el hecho del autor, sino que sólo permiten la imputación completa el hecho (pág. 204). Las tipificaciones legales de motivos reprochables, entonces, seguirían esa intuición no articulada hasta ahora de modo convincente (pág. 208); en rigor no constituirían casos de hechos *agravados*, sino de supuestos básicos sobre los que se evaluará la posible atenuación de concurrir alguna circunstancia que importen segmentos parciales de una justificación (págs. 208/209).

Presupuesto de esta concepción es que las causas de justificación son graduables, es decir, que pueden

ser totales o parciales, pero particularmente que esa parcialidad puede darse en distintos grados. Para demostrarlo Peralta inicia otro análisis que también puede ser considerado otro gran aporte de su obra pues se trata de una cuestión que, hasta donde alcanzo a ver, nunca antes había tenido un desarrollo en nuestro derecho penal. El autor pone a prueba sus ideas con la legítima defensa (capítulo II) y el estado de necesidad (capítulo III), aunque sus conclusiones pretenden tener un grado mayor de generalidad (pág. 213). En ambos capítulos analiza y propone situaciones que implicarían la negación de motivos reprochables en sentido técnico, es decir, casos en los cuales todavía algo de la parte positiva o que fundamenta el ilícito puede ser descontado. Son casos en los que si bien no opera completamente la causa de justificación, y sin ser los tradicionales casos de exceso, hay algo en la situación que los permite tenerlos justificados en algún punto por más que sea mínimo. Como resultado de ello Peralta propone una serie de supuestos en los que no concurrirían motivos reprochables; en tales casos, tanto en lo que hace al estado de necesidad como a la legítima defensa, “el conflicto no tiene un origen exclusivo en la voluntad del autor, sino que también responde a factores ajenos. En las situaciones vinculadas a la legítima defensa, es la propia víctima quien colabora con lo que le sucede por medio de sus propias acciones, en las situaciones próxima a la necesidad, la mala suerte, las acciones de terceros que no son a la postre los perjudicados por la acción amparada parcialmente por un derecho de necesidad, o acciones del propio autor, pero que no le son objetivamente imputables como generadoras del riesgo que padece” (págs. 251/252).

El capítulo IV está destinado a efectuar aclaraciones acerca de algunas cuestiones básicas con el fin de dejar en claro que la concepción de los motivos reprochables propuesta es todavía liberal y compatible con un Derecho penal de acto (i.e. un Derecho que no castiga meros pensamientos). A lo largo del capítulo Peralta busca dejar en claro que los motivos reales del autor, en verdad, no son valorados en absoluto bajo su defensa de su relevancia jurídico-penal: “Hablar aquí de ‘motivos’ no constituye más que una metáfora que describe un epifenómeno que acompaña a un injusto reducido. En efecto, existe *objetivamente* un injusto no reducido (fenómeno principal) que normalmente va acompañado *subjetivamente* de una motivación abyecta o banal (epifenómeno). Pero esta clase de motivos no *implica* un caso de falta de reducción del ilícito ni su ausencia *implica* un ilícito más leve. Ergo, es posible que se presenten motivos reprochables con injustos reducidos y con injustos no reducidos y es posible, también, a la inversa, que motivos no reprochables (en un sentido) acompañen injustos reducidos y no reducidos. Por esta razón, el Estado no pierde, bajo esta concepción, su carácter neutral frente a las valoraciones individuales, pues no privilegia algunas concepciones del bien sobre

otras, al no tomar las motivaciones en sí como factor decisivo para variar el castigo” (págs. 261/262). Ello, cabe aclarar, también rige respecto de los motivos que despiertan una actitud positiva pues privilegiarlos implica, indirectamente, castigar motivaciones negativas (pág. 276).

Como suele suceder con las elaboraciones doctrinarias que aportan nuevas soluciones a viejos problemas, la propuesta de Peralta debe lidiar con nuevos desafíos. Tal es el fin del capítulo V de la tercera parte del libro. Entre los temas que Peralta analiza se encuentra el de las figuras delictivas en las que aparentemente los motivos ya no agravan la sanción, sino que directamente fundamentan el ilícito. Se explora acerca del “ánimo de apropiación” en el hurto, donde esboza una línea de solución respecto de los elementos subjetivos que permitiría evaluar críticamente la labor del legislador en la parte especial, y, por otra parte, analiza otros supuestos de asesinato donde pone en evidencia la necesidad de admitir una pena divisible; ello a la luz del análisis doctrinario que se le ha brindado a las agravantes por alevosía, ensañamiento y el homicidio *criminis causae*. También en este contexto analiza la compatibilidad de la agravante genérica por motivos discriminatorios (ley 23.592). Por último, ofrece una solución a otros problemas que se presentaban bajo la antigua concepción de los motivos (qué hacer ante la motivación reprochable múltiple, cómo solucionar los casos de ausencia de motivación y los problemas de error sobre la reprochabilidad de sus motivaciones). El capítulo VI, por último, está destinado a las conclusiones generales de la obra.

La investigación de Peralta trata temas de suma importancia para el derecho penal. Por un lado deja en claro que la motivación del autor, es decir, la actitud interna real del sujeto, el sentimiento que lo movió a actuar, no puede ser tomada como una variante de diferente tratamiento penal. Un derecho penal liberal, propio de un Estado que garantice un ámbito privado donde cada cual desarrolle su autonomía, no puede computar ese factor para aplicar o aumentar una pena. Lo único que puede ser determinante para sancionar (y esto incluye la pregunta por cuánta pena) es el hecho; cualquier aspecto vinculado a cómo se formó la decisión de cometer un delito que no se traduzca en el hecho no puede ser prohibido ni sancionado. El motivo, en sí mismo, no genera un daño a tercero por lo que no puede tener relevancia ni para el ilícito ni para la culpabilidad. Lo que sucede es que usualmente, cuando un delito se realiza bajo el impulso de motivaciones que nos parecen reprochables, los hechos no tienen el menor grado de justificación o atenuación. Cuando ello ocurre, los hechos nos resultan por completo incomprensibles. Los motivos, entonces, podrán ser el antecedente de un hecho delictivo, pero en definitiva es solamente el

daño o peligro ínsito en el hecho lo único que puede ser sancionado.

Esto último impone que profundicemos en cómo vamos a cuantificar la gravedad de un delito. En efecto, la ilicitud penal de un comportamiento sólo admite dos opciones: ilícito o no ilícito; pero no todos los hechos delictivos son iguales. Si bien en un “mundo deónticamente perfecto” (un donde se cumplan con todas las normas) ningún delito debiera haber ocurrido, hay hechos que son más graves que otros (antijuricidad material). Así, podemos hablar del grado de desarrollo de un delito (principio de ejecución/tentativa inacabada/tentativa acabada/¿consumación?) o analizar cualitativamente su grado de efectividad (tentativas irreales o supersticiosas impunes/delito imposible/riesgos permitidos/riesgos prohibidos y, dentro de éstos, supuestos de idoneidad ascendente hasta llegar a los casos en los que parece imposible que el resultado no vaya a alcanzarse); por último, según la afectación del objeto del bien jurídico o la norma cuya protección se procura (afectación mínima -intrascendente o cercana a ella-, afectación media y afectación grave). El análisis del delito debe reparar, a nivel del ilícito o injusto, en los factores positivos, como son los mencionados, que fundamentaran una mayor o menor sanción de acuerdo a cómo se presenten en el caso cada una de esas variantes (la tipicidad, en el lenguaje de la teoría del delito). Sin embargo, ese análisis estaría incompleto si no incluyera un segundo momento en el que se permitiera el cómputo de factores negativos que cancelen o compensen el castigo que correspondería aplicar de acuerdo con esos factores positivos (paradigmáticamente, causas de justificación, pero también los factores de reducción de gravedad del tipo -véase págs. 205/206-). Aquí reside el otro gran aporte del libro que comento. El esfuerzo por lograr una sistematización y fundamentación de factores que pueden significar una justificación parcial del hecho es una tarea importante y campo fértil para mayores discusiones. En los casos en que concurran tales situaciones podremos hablar de ilícitos reducidos, es decir, hechos menos graves que si esa situación no se hubiera dado. De ese modo el aspecto negativo del ilícito penal (lo que cancela o atenúa los factores que fundamentan la sanción) puede construirse como una escala continua donde en los extremos encontraremos causas de justificación completas y casos donde no concurriría absolutamente ninguna razón atendible para llevar a cabo el hecho. Y digo que este aporte debe ser bienvenido porque, como toda buena dogmática, tiene una aplicación práctica concreta: la determinación de la pena. No digo nada nuevo al afirmar que ésta es una materia donde urge encontrar criterios claros y operativos para poder brindar algo previsible y racionalidad a la tarea de decidir cuántos días de su vida una persona va a sufrir un castigo. La manera en todo sentido arbitraria con la que a diario se imponen las más diversas clases y cantidades de pena en nuestro

país, inclusive para hechos similares, es una realidad que debería dolerle mucho al derecho penal. No puede más que alentarse, entonces, cualquier discusión o planteo que procure ir llenando ese vacío.

Las conclusiones a las que arriba Peralta también invitan a replantearnos nuestras prácticas legislativas a la hora de sancionar leyes penales. En nuestro Código Penal, por ejemplo, los casos de homicidios y lesiones agravadas por “placer, codicia, odio racial o religioso” están legislados como figuras agravadas (arts. 80.4 y 92). Es decir, se da entender que hay casos base, pero que hay otros que se consideran más graves. Aquí se presenta un primer inconveniente: las razones por las que se castiga con más dureza esta clase de hechos parecieran ser exclusivamente los motivos subjetivos que llevaron al sujeto a delinquir y esto, como lo demuestra Peralta, es incompatible con un derecho penal liberal. Pero aun si se quisiera evitar una declaración constitucional sosteniendo que esos artículos deberían considerarse, en rigor, supuestos básicos (porque el hecho no se encuentra compensado o justificado en lo más mínimo) y que los de los artículos 79 y 89/91, respectivamente, constituyen casos atenuados (págs. 141 y 208/209), el identificar esos supuestos a través de motivaciones (“odio”, “placer”, “codicia”) trae un riesgo de sobreinclusión que no debiera subestimarse (es decir, la posibilidad de que queden atrapados por la regulación más casos que los que deberían de acuerdo con la razón que debiera justificar o justificó su dictado). Como lo pone en evidencia Peralta, bien pueden darse casos en los que, por ejemplo, concurra “odio” o “placer”, pero también un ilícito reducido (págs. 266/269 y 274/276) y supuestos en los que no concurra una motivación que nos genere rechazo, por ejemplo, se actúe por “compasión”, pero se incurra en ilícitos completos (págs. 271/272). Todo esto, desde ya, tiene que ver con el mandato de determinación derivado del principio de legalidad. Las preguntas que ameritan un posterior debate son: ¿Es posible describir un hecho absolutamente inaceptable de otro modo? (pág. 287), pero también: ¿El *epifenómeno* (motivo reprochable) y el *fenómeno principal* (ilícito penal no reducido) se dan juntos con la suficiente frecuencia como para seguir utilizando esa técnica legislativa? (págs. 49/51; también págs. 57 y 171. En cuanto a la enumeración de motivos, pág. 304).

Aunque con una vinculación tangencial, otra técnica legislativa que la investigación de Peralta lleva a repensar es la de establecer penas fijas. El dilema es conocido: una pena fija da el máximo de previsible que es uno de los valores que subyacen al principio de legalidad penal, pero por otro lado, no permite adecuar la sanción a las particularidades del caso. Peralta demuestra la elección de tal técnica es inadecuada por lo menos en algunos de los supuestos previstos en art. 80 del CP, lo que torna más grave el asunto, dado que para esos

casos la pena elegida es la privación de libertad perpetua (págs. 291/303, donde trata con detalle el problema de la alevosía, el ensañamiento, y el homicidio *criminis causae*). Se pueden dejar de lado aquí las discusiones que giran en torno a las penas perpetua y su validez constitucional. Lo que debería estar fuera de discusión es que, si se va a echar mano a una pena fija, los casos a los que se asocie esa sanción tendrían que ser de una gravedad tal que cualquier otra particularidad que concurra en ellos resulte indiferente para poder variar ese juicio. De otro modo no podrían cumplirse siquiera mínimamente con esa pareja de objetivos (previsibilidad y adecuación al caso). Alguna vez escuché que a partir de cierta temperatura bajo cero, el ser humano ya no puede percibir las diferencias de frío; su sistema nervioso, por caso, no podría distinguir entre 20 grados bajo cero y 30 (en ese sentido, se torna insensible). Quizás un científico pueda confirmar si ello es realmente así, pero aunque no lo fuera, valga la metáfora para mostrar que el principio de *ultima ratio* también debería surtir efectos en este campo: una sanción fija debería estar prevista únicamente para supuestos en los que se presente de manera ineludible un piso de gravedad que juzguemos correspondiente al tipo y monto de pena de que se trate. Si no es así, lo mejor sería dejar de lado esa técnica legislativa. Por cierto que aun los casos que superen cierto piso de gravedad pueden ser todavía más o menos graves: no es contradictorio afirmar que si bien dos sujetos actuaron con ensañamiento uno generó mayor sufrimiento innecesario a la víctima que el otro. Siempre es posible imaginar hipótesis más graves. En

esos casos el sujeto que llevó a cabo el hecho relativamente menos grave podría decir que el otro debiera recibir más sanción y que al aplicársele a él la misma pena se estaría afectando principio de igualdad ante la ley. Pero en todo caso ése sería una discusión distinta que, por lo demás, perfectamente puede plantearse también respecto de los máximos de las escalas penales cuando se utilizan penas relativas. En este punto el libro que comento también incluye algunas ideas interesantes para pensar sobre estas cuestiones (págs. 144/147: “El principio de igualdad y la ‘inversión’ del argumento”; también pág. 291).

El libro de José Milton Peralta es, en pocas palabras, un trabajo de alta calidad académica. Forma parte de esos libros de derecho en los que, se comparta o no todas o algunas de sus conclusiones, su lectura siempre arroja el saldo positivo que significa el haber adquirido una visión más clara y aguda de una problemática del derecho penal. Además, en la bibliografía predomina la de influencia continental europea (autores nacionales, españoles y, en particular, alemanes), pero también se ha trabajado con autores anglosajones, lo que permite contar con otra mirada que en muchas ocasiones enriquece las discusiones sobre problemas que comparten ambas culturas jurídicas. Por último, es importante destacar las firmes y fundamentadas convicciones en defensa del buen derecho penal liberal volcadas en libro. No es un dato menor en estos tiempos de exaltación del poder punitivo en los que el castigo se pretende mostrar como la única solución a todos los problemas. ♦

.....

DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA MATANZA

DIRECTOR: DR. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Co-director: Dr. Sergio Gabriel TORRES

Coordinador Internacional: Dr. Matías BAILONE

Coordinador Académico: Dr. Javier I. BAÑOS

Coordinador Administrativo: Cristian CABRAL

Comité Académico:

Dr. Eugenio Raúl ZAFFARONI

Dr. Sergio Gabriel TORRES

Dr. Matías BAILONE

Dr. Rubén SANABRIA ORTIZ

Dr. Luis ARROYO ZAPATERO

Dr. José SAEZ CAPEL

Dr. Javier Ignacio BAÑOS

Dr. Mario VIVAS

Dr. Adán NIETO MARTÍN

Acreditación CONEAU por Acta N°354/12

El Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Matanza, que se estructura a partir de su Escuela de Posgrado, tiene como objetivo fundamental la obtención de verdaderos aportes originales en el campo de las ciencias jurídicas, que permita ampliar, actualizar y profundizar las destrezas académicas y profesionales de manera de lograr una máxima excelencia que incorpora los nuevos avances.

Seminarios comunes

- Seminario de Derechos Humanos
- Seminario de Derecho Procesal

- Taller de Idioma
- Seminario de Metodología de la Investigación
- Seminario de Derecho Penal
- Seminario de Teoría e historia del Derecho
- Seminario de Derecho Privado

INFORMACIÓN:

Moreno 1623 - 1º Piso
Ciudad Autónoma de Buenos Aires (C1093ABE)
Teléfono: &(54-11) 4383 - 1323 / 3355 (Opción 2)
posgrado@unlam.edu.ar

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 2da. QUINCENA DE MAYO DE 2013
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA